



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

Conflitto e Diritto

Una prospettiva interdisciplinare

A cura di Ilenia Massa Pinto



**UNIVERSITÀ
DI TORINO**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO
32/2024

Comitato scientifico dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Stefano Barbati, Maurizio Cavanna, Jacopo Ciani Sciolla, Manuela Consito, Federico Consulich, Elena D'Alessandro, Riccardo de Caria, Anna Fenoglio, Barbara Gagliardi (coordinatrice), Valerio Gigliotti, Matteo Losana, Giulia Mantovani, Lorenza Mola, Stefano Montaldo, Luciano Olivero, Francesco Pallante, Andrea Pennini, Sabrina Praduroux, Ilaria Riva, Dario Tosi, Georgia Zara, Ilaria Zuanazzi

Conflitto e Diritto

Una prospettiva interdisciplinare

Atti del Seminario inaugurale del Dottorato
in Diritti e Istituzioni dell'Università di Torino
XXXVIII ciclo - svoltosi a Torino il 13 gennaio 2023

a cura di

Ilenia Massa Pinto



UNIVERSITÀ
DI TORINO

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

La presente opera è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Conflitto e Diritto. Una prospettiva interdisciplinare, a cura di Ilenia Massa Pinto

© 2024 – Università degli Studi di Torino
Via Verdi, 8 – 10124 Torino
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875903008

Prima edizione: marzo 2024

Grafica, composizione e stampa: Rubbettino Editore



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

Indice

Greta Accatino

Il conflitto tra efficienza e ragionevole durata
del processo. Il caso della prescrizione
e dell'improcedibilità cronologica 7

Mauro Balestrieri

Il conflitto tra diritto e letteratura 17

Roberto Beneduce

Conflitto e diritto: la prospettiva dell'antropologia 39

Beatrice Bessone

Il conflitto tra interesse pubblico e protezione
dei dati personali 45

Giorgia Boccaccio

Che cosa ha da dire la psicoanalisi sul tema
dei conflitti e della guerra? 55

Luigino Bruni

Conflitto e diritto: la prospettiva dell'economia 65

Giulia Chinaglia

The conflictual nature of constitutional identity
and its use against minorities. The discrimination
against LGBT+ people in Central and Eastern
Europe 69

Serena Fabbozzo

Alla luce della riforma dell'articolo 41
della Costituzione possiamo affermare
che il conflitto tra la tutela dell'ambiente
e lo sviluppo economico sia innato o
piuttosto frutto dell'impostazione millenaria
di predominio dell'uomo sulla natura? 81

Maria Laura Lanzillo

Tra ordine e conflitto. Strategie del pensiero
politico 97

Ilenia Massa Pinto

Conflitto e diritto: le costituzioni conflittuali 117

Laura Pepe

Conflitto vs. diritto, vendetta vs. giustizia?
La prima legge scritta e l'istituzione del processo
ad Atene 139

Le Autrici e gli Autori 155

Il conflitto tra efficienza e ragionevole durata del processo. Il caso della prescrizione e dell'improcedibilità cronologica

1. Alcune considerazioni di contesto

Il tema dell'efficienza¹, da tempo oggetto di attenzione da parte degli studiosi del diritto, assume in relazione al processo penale – dove sono in gioco i beni giuridici fondamentali dell'individuo – un significato del tutto peculiare rispetto a qualsiasi altra articolazione della giurisdizione².

Data la difficoltà di conciliare il concetto di efficienza con le garanzie fondamentali del processo, è forse bene, quindi, spostare sin d'ora l'attenzione sull'effettività, come punto di tensione dell'ordinamento verso il raggiungimento di un equilibrio tra interessi contrapposti. L'obiettivo di raggiungere un livello di effettività percepito come adeguato dai soggetti che a vario titolo sono coinvolti nell'attività giurisdizionale, oltre che dalla collettività tutta³, in uno con il proposito, altrettanto stringente, di contenere i tempi processuali, si scontra infatti,

1. Il concetto è da sempre impiegato in settori diversi da quello che ci occupa, per indicare il rapporto tra «i mezzi e i fini di un'operazione» (cfr. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, 38). In ambito giuridico e, segnatamente, amministrativistico, l'efficienza è poi uno dei cardini dell'organizzazione e dell'azione della p.a., un'imprescindibile declinazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Sul punto v. R. CARANTA, sub art. 97 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, vol. II, 1992; R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, Firenze 2016, vol. III, 452 e ss.; A. VALASTRO - N. PETTINARI, sub art. 97 Cost., in F. CLEMENTI - L. CUCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, 234.

2. S. QUATTROCOLO, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2020, 189-190.

3. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, cit., 4.

inevitabilmente, con l'imperativo di assicurare *in toto* le garanzie proprie del giusto processo⁴.

La grande sfida dei giorni nostri – e non solo – è, in altri termini, dirimere il conflitto tra efficienza e garanzie, poiché

per essere giusta la giustizia deve potersi realizzare in modo efficiente e in tempi ragionevoli, ma prima di ogni altra cosa deve costituire il più credibile sforzo per conseguire la verità, dando fondo a tutte le risorse conosciute, compatibilmente con il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo⁵.

2. Il principio di ragionevole durata del processo

I dati sui tempi della giustizia penale italiana sono, purtroppo, sconcertanti⁶. Non è, infatti, una novità che il nostro Paese si collochi al primo posto – nell'area del Consiglio d'Europa – per numero di violazioni del

4. Il principio di ragionevole durata è, infatti, una delle garanzie del c.d. "giusto processo". Vengono però in rilievo anche, tra le altre, il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà-imparzialità del giudice. Cfr. *ex multis*, M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2001, XV; ID., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984; ID., *Un "giusto processo" dal futuro ancora incerto*, in *Corriere giuridico*, 2000; P. FERRUA, *Il "giusto processo" in Costituzione*, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 108; R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio. Commento alla Legge 11 marzo 2001 n. 63 aggiornato alle decisioni costituzionali n. 32 e n. 36 del 2002*, Torino, 2002; C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, cit., 142; R. MASONI, *La durata ragionevole del «giusto processo» nell'applicazione giurisprudenziale*, Milano, 2006, 67; P. TONINI, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001.

5. G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, 2021, 609 e ss. Sull'importanza di un bilanciamento tra i valori in gioco v. anche P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Questione Giustizia*, 2017, 110, che in proposito chiarisce: occorre sia «evitare che in nome della speditezza processuale si vanifichi l'inviolabile diritto di difesa», sia che «l'incontrollata proliferazione delle "garanzie difensive" finisca di fatto per paralizzare il corso dei processi»; G. FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21 giugno 2021.

6. Utili strumenti di analisi per comprendere a prima lettura le difficoltà in cui versa la giustizia italiana (penale e non solo) sono anzitutto i report sull'efficacia e qualità della giustizia in Europa della Commissione del Consiglio d'Europa per l'efficienza della giustizia (CEPEJ). Interessanti sono poi le relazioni del Primo Presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia, pubblicate annualmente sul sito della Suprema Corte.

diritto fondamentale a un processo, civile e penale, di ragionevole durata⁷. Altrettanto sorprendente è la quantità degli indennizzi corrisposti dall'E-rario per compensare gli imputati del mancato rispetto di tale diritto⁸.

Eppure, il principio di ragionevole durata del processo, anche prima della sua espressa costituzionalizzazione ad opera della l. cost. 23 novembre 1999 n. 2⁹, si trova consacrato nelle Carte internazionali poste a tutela dei diritti umani, prima tra tutte la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 6¹⁰. Di qui l'interrogativo: com'è possibile che un principio tanto rilevante da essere elevato nel nostro ordinamento a «connotato oggettivo di un processo svolto nel contraddittorio, davanti a giudice terzo ed imparziale»¹¹ sia costantemente sacrificato? Un tentativo di rispondere a questa domanda si trova leggendo le molte pagine dedicate al tema da alcuni dei più autorevoli esponenti della dottrina processualpenalistica. La ragionevole durata – si dice – in quanto “principio”, è soggetta al bilanciamento e in ciò si differenzia dalle “regole”, «proposizioni normative ad elevata specificità [...] destinate

7. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021.

8. Ci si riferisce alla l. 24 marzo 2001 n. 89, c.d. Legge Pinto.

9. Per una disamina degli argomenti spesi dalla dottrina a favore della immanenza del principio nel nostro sistema, anche prima della l. cost. 2/1999, v. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, cit., 81 e ss., che all'uopo parla di una sua “latenza”.

10. V. anche il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e lo Statuto della Corte Penale Internazionale, che – rispettivamente all'art. 14 co. 3 lett. c) e 67 co. 1 lett. c) – sanciscono il diritto dell'imputato ad essere giudicato senza ingiustificato o indebito ritardo.

11. Così P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., 109-110: non si può disconoscere, scrive l'Autore, la natura di “canone oggettivo” del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., il che non esclude, però, che si tratti anche di un diritto soggettivo dell'imputato. Invero, «la formulazione “oggettiva” non esclude, ma assorbe quella “soggettiva”, in quanto ciò che oggettivamente è connotato del processo diventa di per sé anche diritto dell'imputato, mentre non vale di regola l'inverso». *Contra* v. E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1422; ID., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 e ss. In tema v. anche B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 dicembre 2019, secondo la quale il principio in discorso assicura che l'imputato non rimanga per troppo tempo in quella condizione di incertezza che discende dall'essere destinatario dell'accusa. Per tutti, infatti, “colpevoli” e “innocenti”, «il processo è pena» e «proprio la sofferenza del processo, di questa pena legata a un'incognita, che incombe a tutela di un certo ordine giuridico, vuole di per sé la brevità della durata» (cfr. N. IRTI, *I tempi del processo, l'attesa come pena e il ruolo della prescrizione*, in www.ilsole24ore.com, 28 aprile 2021).

ad essere osservate o trasgredite, senza scelte intermedie»¹². Quindi, il principio di cui si discorre dev'essere armonizzato con le altre garanzie proprie del giusto processo: di processo "giusto", difatti, non si può parlare ove sia ravvisabile un deficit sul piano delle garanzie, a prescindere dalla sua effettiva durata¹³.

Ciò posto, è evidente che il concetto di "durata ragionevole" è in sé vago, il che si spiega se solo si pone mente all'impossibilità di elaborare *ex ante* e a priori una nozione standardizzata, per tutti i casi di volta in volta sottoposti alla cognizione del giudice. Il lasso temporale è, piuttosto, ragionevole ove

giustificabile nella sua lunghezza in modo da non vanificare nel caso concreto il diritto alla giurisdizione oppure da arrecare comunque alle parti sofferenze psicologiche o danni economici conseguenti a ingiustificati ritardi processuali¹⁴.

L'accertamento, dunque, dev'essere sempre svolto in concreto. Non solo: attesa la laconicità del dato normativo, che non chiarisce alla luce di quali parametri valutare la ragionevolezza del processo sul piano temporale, soccorre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con il suo ruolo di interprete delle norme convenzionali. Secondo i giudici di Strasburgo, in particolare, per stabilire se sia giustificato o meno il protrarsi del processo, bisogna aver riguardo alla complessità del caso, al comportamento delle parti e delle autorità procedenti, oltre che alla "posta in gioco" per il ricorrente¹⁵.

12. P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., 111 e s.

13. In questo senso C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, § 8 *Considerato in diritto* e C. cost., sent. 9 maggio 2022 n. 111, § 7.1. *Considerato in diritto*, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

14. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 25.

15. *Ex multis*, C. eur., 28 giugno 1978, *König c. Germania*, § 99; C. eur., 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*, § 82; C. eur., 19 febbraio 1991, *Adiledda c. Italia*, § 17; C. eur. GC, 25 marzo 1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, § 67; C. eur. GC, 6 aprile 2000, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*, § 19; C. eur. GC, 27 luglio 2000, *Frydlender c. Francia*, § 43; C. eur., 11 gennaio 2018, *Cipolletta c. Italia*, § 42.

3. Una stagione di riforme. Il binomio prescrizione-improcedibilità

Esaurito questo breve *excursus* sulla portata della ragionevole durata nell'ordinamento, è ora bene calare il principio nella realtà dei giorni nostri, in cui il fattore tempo è sempre più oggetto di dibattito tra gli interpreti.

Premessa necessaria è che – dal 1989 ad oggi – sono innumerevoli le modifiche legislative che hanno interessato il codice di rito, incidendo su pressoché ogni suo settore¹⁶. Malgrado la fisionomia del procedimento sia andata col tempo modificandosi, in conseguenza delle molte riforme che si sono succedute negli ultimi trent'anni, non pare che siano stati ottenuti risultati soddisfacenti¹⁷, specie per quel che qui interessa sul fronte del contenimento della durata processuale. Ciò dimostrerebbe, secondo taluno, che la crisi del sistema non potrebbe attribuirsi soltanto a un istituto o l'altro, singolarmente considerati¹⁸. Sarebbe necessaria, piuttosto, un'organica riforma del processo penale¹⁹.

Nel flusso degli interventi che si sono posti un simile obiettivo, un ruolo determinate ha giocato – in tempi recenti – la l. 27 settembre 2021 n. 134, recante “Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”. La legge – con cui il Governo all'epoca in carica era stato delegato ad adottare decreti legislativi per la modifica, tra l'altro, del codice di procedura penale, delega cui si è poi dato corso con il d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150²⁰ – recava all'art. 2 alcune

16. N. PASCUCCI, *Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2020, 1446.

17. *Ibidem*.

18. *Ibidem*. L'Autore cita a sua volta G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Archivio Penale*, 2017, 989.

19. A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penaedp.it*, 2 novembre 2021, 2; M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica del diritto*, 2021, 591 e ss.; G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, cit., 609 e ss.

20. Com'è noto, la riforma – che sarebbe dovuta entrare in vigore il 1° novembre 2022 – è stata poi successivamente rinviata, ad opera del d.l. 31 ottobre 2022 n. 162, conv. in legge dalla l. 30 dicembre 2022 n. 199, al 30 dicembre 2022 appunto, suscitando comprensibili reazioni di disappunto da parte degli interpreti (v. per tutti S. QUATTROCOLO, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2 novembre 2022).

norme immediatamente precettive²¹. Tra queste si segnalano i commi 1 e 2 dell'art. 2. Il primo, nell'abrogare l'art. 159 co. 2 e 4 c.p., ha introdotto nel tessuto codicistico l'art. 161-*bis* c.p., rubricato "Cessazione del corso della prescrizione". Brevemente, si vuole che la prescrizione del reato cessi definitivamente di correre dal momento della pronuncia della sentenza di primo grado²². Invece, per il caso di annullamento cui consegua la regressione del procedimento al primo grado oppure ad una fase anteriore, prevede la norma che la prescrizione riprenda il suo corso a partire dalla data della pronuncia definitiva di annullamento.

È evidente da quanto precede che l'ennesimo intervento legislativo in tema di prescrizione²³ – si allude con ciò, segnatamente, alla l. 3/2019 – apriva a quella che era stata efficacemente ribattezzata «la stagione dell'imputato eterno giudicabile²⁴». Non vi è chi non veda, infatti, che bloccando il corso della prescrizione dalla pronuncia della sentenza del giudice di prime cure senza introdurre alcun correttivo, a mo' di contraltare, si finivano per consentire palesi violazioni del principio di ragionevole durata del processo nei gradi di impugnazione. Proprio per scongiurare una simile eventualità, con la riforma c.d. Cartabia viene inserito nel codice di procedura penale l'art. 344-*bis* c.p.p. In estrema sintesi, la mancata defini-

21. *Ex multis*, G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021; M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 289; G. SPANGHER, *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in www.penedp.it, 2021, 446 e ss.

22. Per vero, il legislatore della l. 134/2021 ha inteso confermare – nella sostanza – la scelta già operata dalla riforma Bonafede (l. 9 gennaio 2019 n. 3, meglio nota tra gli operatori del diritto e non solo come "legge Spazzacorrotti"), con una fondamentale differenza: se la l. 3/2019 annoverava la sentenza di primo grado tra le cause di sospensione del corso della prescrizione – scelta infelice, è stato osservato da più d'uno (v. sul punto G.L. GATTA, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2018; Id., *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2019; A. MILONE, *La fine della prescrizione?*, in *Processo penale e giustizia* 2019, 970 e ss.; G. SPANGHER, *La riforma Bonafede - Cartabia (prescrizione/improcedibilità) non può operare retroattivamente*, in www.giustiziainsieme.it, 19 ottobre 2021) – con la l. 134/2021 il legislatore parla, più propriamente, di cessazione del corso della prescrizione.

23. La disciplina dell'istituto è stata, dal 2005 ad oggi, rivisitata per ben quattro volte. Dapprima ad opera della l. 5 dicembre 2005 n. 251, per arrivare alla l. 23 giugno 2017 n. 103, alla l. 3/2019 e, infine, alla l. 134/2021.

24. O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, in www.penedp.it, 2022, 8.

zione del giudizio di appello e del giudizio di cassazione entro due anni, quanto al primo, e un anno, per il secondo – decorrenti dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza – comporta l'improcedibilità dell'azione penale²⁵. I termini anzidetti, tuttavia, possono essere prorogati – entro precisi limiti²⁶ – «con ordinanza motivata del giudice che procede» quando «il giudizio di impugnazione [sia] particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare», nonché in relazione ad alcune categorie di delitti espressamente individuate²⁷.

Ebbene, nonostante la *ratio* dell'inedita ipotesi di improcedibilità, costituita, come detto, dalla necessità di assicurare la ragionevole durata del processo²⁸, tale è lo scalpore generato dalla nuova disciplina che, ad appena un anno dalla sua introduzione, già tre sono le proposte di riforma all'esame parlamentare²⁹.

3.1 *Le critiche alla nuova disciplina*

Come accennato poc'anzi, il novello art. 344-*bis* c.p.p. ha diviso i commentatori, attirando numerose critiche.

25. V. art. 344-*bis* co. 1, 2, 3 c.p.p.

26. Ai sensi dell'art. 344-*bis* co. 4 c.p.p., la proroga non può superare, nel giudizio di appello, un anno e, in cassazione, sei mesi.

27. *Ibidem*.

28. Così D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *www.sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022, 53.

29. Si allude ai disegni di legge A.C. n. 745 del 29 dicembre 2022, A.C. n. 893 del 17 febbraio 2023 e A.C. n. 1036 del 23 marzo 2023, testi disponibili al sito *www.camera.it*, ultima consultazione il 3 novembre 2023. Da ultimo, poi, il Ministero della Giustizia, con un comunicato stampa datato 25 ottobre 2023, ha reso noto l'imminente ritorno alla prescrizione sostanziale, con una riforma il cui tratto saliente consisterebbe nella sospensione del corso della prescrizione per la durata di ventiquattro mesi dopo la sentenza di condanna di primo grado e per dodici mesi dopo la conferma della condanna in appello. Quindi, salvo che la sentenza di impugnazione intervenga nei termini, la prescrizione riprenderebbe il suo corso, computandosi altresì il precedente periodo di sospensione (cfr. *www.gnewsonline.it*). Si tratta, a ben guardare, di una delle proposte formulate dalla Commissione Lattanzi, costituita per emendare il d.d.l. A.C. 2435, presentato il 13 marzo 2020 da Alfonso Bonafede (cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435 del 24 maggio 2021 della Commissione Lattanzi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21 maggio 2021, 52 e ss.). Per un primo commento v. G.L. GATTA - M. GIALUZ, *Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste*, in *www.sistemapenale.it*, 6 novembre 2023.

Taluni interpreti hanno, invero, censurato la nuova norma, evidenziandone la dubbia legittimità costituzionale e auspicando, pertanto, il ritorno alla prescrizione sostanziale quale causa di estinzione del reato³⁰. Profili di attrito sono stati ravvisati, in questo senso, con il dettato degli artt. 3, 111 co. 2 e 112 Cost³¹. La prescrizione – si dice – è un istituto che non garantisce che il processo sia improntato al canone della ragionevole durata, poiché obbedisce, piuttosto, ad altre finalità, *id est* l'oblio sulla memoria del reato e la funzione rieducativa della pena³². Peraltro, se il dettato costituzionale demanda alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, non intende però porvi fine con una pronuncia d'improcedibilità: si tratta, viceversa, di ripensare la macchina "giustizia", con interventi tesi ad accelerare il corso del processo nella sua interezza³³.

Sotto altro profilo, assai discusso è pure l'art. 344-bis co. 4 c.p.p., che prevede un sistema di proroghe dei termini ivi indicati: due anni e un anno, rispettivamente, come visto, per il giudizio di appello e di cassazione. In sintesi, non essendo questa la sede per esaminare nel dettaglio tutti gli aspetti dubbi della previsione *de qua*, si critica la scelta legislativa di ricorrere a parametri affatto determinati nel circoscrivere il potere del giudice che procede di disporre la proroga con ordinanza³⁴. In più,

30. M. DANIELE - P. FERRUA - R. ORLANDI - A. SCALFATI - G. SPANGHER, *Improcedibilità e prescrizione: il documento dei Professori Daniele, Ferrua, Orlandi, Scalfati e Spangher*, in www.penedp.it, 31 agosto 2021.

31. Per quanto riguarda il citato contrasto dell'art. 344-bis c.p.p. con l'art. 112 Cost., osserva Ferrua: sarebbe inammissibile che, «restando in vita l'ipotesi di reato e validamente esercitata l'azione penale, il processo evapori e svanisca nel nulla con una sentenza di sopravvenuta improcedibilità temporale; con il risultato che prove, eventuali condanne e risarcimento del danno, tutto si dissolve, e dello svaporante processo resta solo il fumo» (P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penedp.it, 24 gennaio 2022).

32. P. FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *Il Penalista*, 27 agosto 2021. Invero, «la funzione rieducativa della pena [...] sarebbe frustrata se la pena fosse eseguita a troppa distanza dalla commissione del fatto». Dall'altro lato, «l'oblio che il decorso del tempo determina sulla memoria del reato [riduce] progressivamente l'interesse alla sua persecuzione» (cfr. d.d.l. A.C. n. 893 del 17 febbraio 2023).

33. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit.

34. La norma fa riferimento, come anticipato nel paragrafo precedente, alla particolare complessità del giudizio di impugnazione, non chiarendo tuttavia alla stregua di che parametri valutare siffatta complessità, con tutto ciò che ne consegue, *in primis* l'eccessiva discrezionalità del magistrato cui è demandato l'accertamento, il quale potrà decidere se «precludere o consentire la prosecuzione dell'azione penale» (M. DANIELE - P. FERRUA - R. ORLANDI - A. SCALFATI - G. SPANGHER, *Improcedibilità e prescrizione: il documento dei Professori Daniele, Ferrua, Orlandi, Scalfati e Spangher*, cit.). In termini analoghi v. anche G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 settembre 2022, 29

si segnala l'irragionevolezza di un criterio, quello della gravità astratta del reato, quale strumento di selezione delle «fattispecie criminose i cui giudizi di impugnazione possono essere procrastinati indefinitamente in virtù di proroghe seriali»³⁵.

4. Conclusioni

Come si è visto nelle pagine che precedono, il diritto penale, anche nella sua dimensione processuale, è in ogni tempo «terreno di scontro politico»³⁶, una vera e propria arena che vede contrapporsi – legislatura dopo legislatura – le forze della maggioranza a quelle della minoranza. Gli istituti della prescrizione, prima, e dell'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione, poi, ne sono, come detto, l'ennesima dimostrazione.

La tanto attesa entrata in vigore della riforma Cartabia, lungi dall'avere sopito la storica *querelle* tra gli interpreti sul tema del rapporto tra efficienza e garanzie del processo penale, gli ha viceversa dato nuova linfa. Si è visto, difatti, che – proprio in questi giorni – si sta ripensando nelle aule parlamentari il binomio prescrizione-improcedibilità³⁷. Eppure, la prescrizione è un istituto talmente «centrale nelle dinamiche del processo penale», che la sua instabilità costituisce «un problema ormai strutturale, fonte di grande disorientamento nella prassi, e non solo»³⁸.

Ebbene, ammesso e non concesso che la riscrittura delle norme di riferimento in materia di prescrizione (e improcedibilità) sia, infine, portata a compimento, l'attenzione dello studioso che si muove in siffatto contesto conflittuale non può che appuntarsi sul ricercare ulteriori strumenti che,

e ss.; G. MARTIELLO, *Brevi note sulle disposizioni immediatamente esecutive della c.d. «riforma Cartabia» in materia di prescrizione sostanziale e processuale*, in www.discrimen.it, 15 dicembre 2021; D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, cit., 56 e ss.

35. Così D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, cit., 56 e ss. Parla, invece, di «inafferrabilità dei criteri selettivi», G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, cit., 2.

36. G.L. GATTA, *Prescrizione e improcedibilità: alla Camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma*, in www.sistemapenale.it, 28 giugno 2023. Più nello specifico, l'Autore paragona la giustizia penale alla «tela di Penelope: un fare e disfare».

37. Si osserva in dottrina che «abolire l'improcedibilità, in piena fase di attuazione del PNRR, sarebbe un suicidio» (cfr. G.L. GATTA, *Prescrizione e improcedibilità: alla Camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma*, cit.).

38. *Ibidem*.

anche in un'ottica comparativa, mirino a realizzare l'ambizioso ma imprescindibile obiettivo della ragionevole durata. Nondimeno, pare a chi scrive che – al netto delle già segnalate censure, condivisibili o meno – sia da salutare con favore il tentativo del legislatore di introdurre un'ipotesi di improcedibilità cronologica legata alla mancata conclusione dei giudizi di impugnazione nel termine di due anni per l'appello e un anno per il ricorso per cassazione. Sarebbe interessante, cioè, dal punto di vista scientifico, poter registrare le eventuali incidenze positive prodotte dalla novella – una volta entrata a regime – sui tempi del processo penale... Non è detto che ciò si possa realizzare.

Il conflitto tra diritto e letteratura

1. *Che cos'è la letteratura?*

«Non esistono concetti semplici», scrivono Gilles Deleuze e Félix Guattari in apertura del loro celebre *Che cos'è la filosofia?*¹. Questa verità, apparentemente triviale, nasconde qualcosa di decisivo e di necessario. Ogni concetto, sostengono Deleuze e Guattari, è una complessità, poiché si struttura a partire da una “molteplicità”, da qualcosa di irregolare e di multiforme, di ampio e di mutevole. Ogni concetto, si può analogamente dire, è un centro di vibrazione, la costellazione di un evento ancora da realizzarsi: esso è in divenire perché rinvia a un “problema”, e questo problema è la forza interna che ne consente il rinnovamento e il continuo riposizionamento.

Si potrebbe essere tentati di adottare la medesima, suggestiva formulazione nel chiarire che cosa sia la letteratura. Non esiste, possiamo dire, un concetto “semplice” di *letteratura*. Ogni sua definizione, ogni chiarimento, ogni delimitazione sconta sempre il marchio di un'aporia – quella tesa a racchiudere in un segmento di parole il senso compiuto di un fenomeno, la designazione perfetta di un intero universo di ragioni². La letteratura (o meglio, il “concetto” di letteratura) ha una storia, un passato, così come un divenire e uno sviluppo progressivi. Esso è una membrana mobile socchiusa tra passato e futuro, tra vita e morte, in costante oscillazione nelle forme e nei contenuti. Come scriverà ancora Deleuze, «[s]crivere è una questione di divenire, sempre incompiuto, sempre in fieri, e che travalica

1. G. DELEUZE - F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia?*, Torino, 2002, 5.

2. Cfr. la definizione che ne dà E. GARRONI, *Estetica e critica letteraria*, in *Letteratura italiana - L'interpretazione*, Torino, 1985, 428: «[l]a “letteratura” è una nozione (a condizioni date) culturalmente determinata nel suo nucleo, ma ha confini incerti, così da non poter rifiutarsi di espandersi sull'intero universo dei testi, scritti e non scritti, compresi i cosiddetti quasi-testi e non-testi».

qualsiasi materia vivibile o vissuta. È un processo, ossia un passaggio di Vita che attraversa il vivibile e il vissuto»³. Confrontarsi con la letteratura, esplicitarne il senso e l'oggetto, è un'impresa che sembra inevitabilmente scontrarsi con mancanze e debolezze – o per meglio dire, con «[l]a vergogna di essere uomo»⁴.

La teoria letteraria ha variamente tentato di fare i conti con tali aporie. Così, per seguire una nota formulazione, la letteratura esprimerebbe in qualche modo una “deviazione” dal linguaggio ordinario, come già sosteneva Roman Jakobson⁵. Essa rappresenterebbe quell'insieme di tecniche che inaugurano una specifica strategia discorsiva *alternativa* e *diversa* rispetto all'uso linguistico quotidiano: la c.d. “letterarietà”⁶. Queste pratiche fanno di un'opera specifica ciò che usualmente denominiamo un'opera “letteraria”, ossia un oggetto artistico a cui è possibile ascrivere un regime di eccezionalità e di specialità rispetto all'uso linguistico quotidiano. Secondo Michel Foucault, la letteratura non è «un semplice fatto del linguaggio» che si lascia interrogare «dalla questione sottile e secondaria della sua esistenza», ma «una distanza scavata all'interno del linguaggio... incessantemente percorsa e mai realmente superata»⁷, un luogo che abita dentro la nostra natura linguistica e che ci permette di comprendere e realizzare i margini attorno a cui si costruisce il pensiero. Oppure – e qui la prospettiva muta nuovamente – letteratura è percepita come l'insieme dei desideri, delle ambizioni, dei viaggi, dei mondi possibili che un essere umano attraversa e che si risolve spesso in quel “brivido che corre lungo la schiena” che tanto affascina chi cerca conforto in un racconto⁸.

3. G. DELEUZE, *La letteratura e la vita*, in ID., *Critica e clinica*, Milano, 1996, 13.

4. *Ivi*, 13.

5. R. JAKOBSON, *Che cos'è la poesia?*, in ID., *Poetica e poesia. Questioni di teoria e analisi testuali*, Torino, 1985, 42-55.

6. Per citare direttamente Jakobson: «oggetto della scienza letteraria non è la letteratura ma la *letterarietà*, vale a dire, ciò che di una data opera fa un'opera letteraria». Il passo è riportato in G. BOTTIROLI, *Che cos'è la teoria della letteratura. Fondamenti e problemi*, Torino, 2006, 38.

7. M. FOUCAULT, *La grande straniera. A proposito di letteratura*, Napoli, 2015, 60.

8. La locuzione è di Vladimir Nabokov con riferimento al romanzo *La Casa desolata* di Charles Dickens. Cfr. V. NABOKOV, *Lezioni di letteratura*, Milano, 2018, 116: «[q]uel piccolo brivido là dietro è sicuramente la forma più sublime di emozione raggiunta dall'uomo quando ha elaborato l'arte pura e la scienza pura. Veneriamo la spina dorsale e il suo fremito. Sentiamoci fieri di essere vertebrati, perché siamo vertebrati che hanno ricevuto sul capo il magico tocco di una fiamma divina. Il cervello non è che il proseguimento della spina dorsale: lo stoppino percorre di fatto tutta la lunghezza della

Insomma, da qualunque lato venga osservata, la letteratura sembra esprimere e incorporare una strategia di spaesamento, di “dentro” e di “fuori”, di oscillazione perenne, in cui la posta in gioco è lo statuto del soggetto, la sua identità formale e sostanziale, e il registro narrativo che sembra connotarlo. La letterarietà – il *proprio* della letteratura, potremmo dire; il suo elemento decisivo e fortemente caratterizzante – non è solo una semplice classificazione del gesto letterario, ma un “principio di organizzazione” della letteratura stessa⁹. La letteratura cresce, si costruisce, agisce, condiziona e influenza pratiche a partire da un regime di eccezionalità ospitato al suo interno. Di fronte a questo orizzonte mobile e fluttuante, ciò che occorre comprendere è quali forze determinino realmente la forma letteraria e secondo quali logiche esse siano capaci di evolvere e di conferire senso al mondo del diritto.

2. *Conflitto e dominazione*

Nel campo lungo della critica letteraria contemporanea, un'opera in particolare ha contribuito a definire in modo originale e differente il concetto di letteratura. Delineando una teoria dell'oggetto letterario in profonda connessione con elementi extra- e meta-letterari, nonché unendo alcune intuizioni provenienti tanto dalla critica post-coloniale quanto, più ampiamente, dalle influenze post-strutturaliste della c.d. “French Theory”, *La République mondiale des Lettres* (2004) di Pascale Casanova si è dimostrato un saggio inatteso, sconvolgente, denso di forza. La tesi di fondo del volume, difficilmente sintetizzabile in poche righe data la densità elevatissima di implicazioni storiche, politiche e filosofiche che esso contiene, è che il *corpo mondiale* della letteratura – la “Repubblica” delle lettere – sia il risultato degli scontri, delle tensioni o, per meglio dire, dei rapporti di dominazione che hanno attraversato, dall'Europa fino ai margini dell'Occidente, la geografia del mondo intero¹⁰.

candela. Se non siamo in grado di gustare quel brivido, di gustare la letteratura, allora lasciamo perdere tutto». Con riferimento al medesimo problema in una prospettiva vicina alla filosofia analitica, si veda di recente T. ANDINA, *Quel brivido nella schiena. I linguaggi della letteratura*, Bologna, 2023.

9. Seguendo in tal senso G. BOTTIROLI, *Che cos'è la teoria della letteratura*, cit., 44.

10. P. CASANOVA, *La Repubblica mondiale delle lettere*, Milano, 2023. Sul profondo e duraturo impatto dell'Autrice nel campo degli studi letterari, cfr. di recente G. SAPIRO - D. UNGUREANU, *Pascale Casanova's World of Letters and Its Legacies: Introduction*, in *Journal of World Literature*, 5, 2020, 159-168.

Agli occhi dell'Autrice, il fenomeno artistico, culturale e intellettuale che ordinariamente denominiamo "letteratura" (e che spesso ascriviamo al genio individuale dell'artista o alla sua originalità) sarebbe assai meno il prodotto di un immaginario dorato, elegantemente ispirato o romanticamente suggestivo e assai più quello (non così aulico) di un conflitto penetrante, diffuso, irregolare: ossia, di una *forma* della violenza.

A partire dal momento in cui sorpassano i confini nazionali, le opere letterarie sono invero impegnate in un conflitto senza fine: esse accedono a un universo gerarchizzato alla cui base vi è il principio del comando e della dominazione. Secondo Casanova, esistono forze egemoniche che controllano e direzionano in modo penetrante i flussi della letteratura, promuovendo o boicottando, includendo o escludendo opere e autori – e altre che, dal fronte opposto, tentano pervicacemente di resistere alla violenza simbolica di tali rapporti di potere¹¹.

Proprio l'elemento politico-nazionale risulta di eccezionale rilievo per comprendere la logica attorno a cui Casanova concepisce l'ordito del proprio lavoro. Le tappe che hanno consentito il progressivo emergere della letteratura come campo autonomo di gerarchie e poteri vanno sostanzialmente ascritte alla creazione di un "ordine" – di una dislocazione politica tra centro che decide e periferia che subisce – in cui le relazioni letterarie sono, in realtà, un'altra forma dell'agire globale. In questo percorso, le tradizioni inglesi, francesi e russe hanno rappresentato dei centri di attrazione universale per il loro prestigio e il loro potere. Per citare Pierre Bourdieu,

[c]e n'est pas assez de dire que l'histoire du champ [littéraire] est l'histoire de la lutte pour le monopole de l'imposition des catégories de perception et d'appréciation légitimes; c'est la *lutte* même qui fait l'histoire du champ; c'est par la lutte qu'il se temporalise¹².

11. Il tema sarà affrontato nuovamente dall'Autrice anche in P. CASANOVA, *European Literature: Simply a Higher Degree of Universality?*, in *European Review*, 17, 2009, 121: «[o]ne of the few trans-historical features that constitutes Europe, in effect, one of the only forms of both political and cultural unity – one that is paradoxical but genuine – that makes of Europe a coherent whole, is none other than the conflicts and competitions that pitted Europe's national literary spaces against one another in relentless and ongoing rivalry».

12. P. BOURDIEU, *Les Règles de l'art: Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, 1992, 261. Come può facilmente emergere da questa citazione, Casanova è stata invero largamente ispirata dagli scritti e dalle teorie di Bourdieu sulla formazione conflittuale e antagonistica dei saperi accademici.

In questa visione fortemente contingente del conflitto, il tragitto che Casanova scandisce nel suo volume sembra dunque volutamente mettere in crisi le nostre imperturbabili certezze di colti e illuminati europei, così come la superiorità apparente che molto spesso vi fa da contorno, snodandosi attraverso fasi storiche che, in modo inaspettato, si rivelano essere espressione di dinamiche intrinsecamente “geopolitiche” e immanenti¹³.

Qualche anno più tardi la pubblicazione di *La République mondiale*, l'Autrice ha percorso nuovamente il medesimo terreno, soffermandosi questa volta sul ruolo strategico delle traduzioni nella diffusione di un particolare prestigio letterario. “Prestigio” è propriamente il termine chiave attorno a cui ruota l'impianto de *La langue mondiale. Traduction et domination* (2015) e che funge da grimaldello per decostruire, ancora una volta, la pacificante ricostruzione della tradizione letteraria occidentale. Le lingue, si legge, non costituiscono meri veicoli di espressione artistica ma, più propriamente, forme di dominazione estetica e politica. Esse danno vita a una gerarchia, strisciante e diffusa, che agisce secondo le medesime logiche del dominio politico, pur non essendo, a rigore, influenzata pedissequamente da tale modello. Molto spesso la popolarità che le lingue incorporano non è di carattere militare, economico o storico, ma più propriamente “simbolica”. Per citare direttamente Casanova,

[l]es langues sont socialement hiérarchisées selon leur proximité au pouvoir et à la légitimité ou (ce qui revient au même) selon les profits symboliques qu'elles procurent. Ceux qui peuvent afficher une bonne maîtrise de la langue mondiale (en d'autres termes, ceux qui ont ce “capital”) exercent aussi l'autorité puisque seule la langue reconnue fait la loi sur les marchés contrôlés par les classes dominantes¹⁴.

Non è difficile scorgere un preciso parallelismo con il mondo del diritto e, più in particolare, con la diffusione di particolari modelli giuridici in forme nazionali e sovranazionali. Come è noto, proprio la circolazione di modelli ha segnato in modo eclatante lo sviluppo moderno dei sistemi

13. Forse non sarebbe del tutto scorretto scorgere in questa articolazione globale della lotta per il “prestigio” letterario l'ambizione che, nel campo degli studi geopolitici, cattura ogni nazione al raggiungimento di un ruolo di egemonia politica nello scenario internazionale. Quasi paradossalmente, il miglior alleato del volume di Casanova è Hans Morgenthau, che nel suo celebre *Politics Among Nations* (1948) si esprimeva chiaramente sull'egemonia quale fine precipuo di ogni nazione. In modo assai simile, il pensiero di Immanuel Wallerstein sul tema del “sistema-mondo” appare oltremodo utile per inquadrare l'impianto estetico e geopolitico dell'Autrice.

14. P. CASANOVA, *La langue mondiale. Traduction et domination*, Paris, 2015, 11.

giuridici mondiali¹⁵. Il *Code Napoléon*, ad esempio, improntato a una pretesa “*clarté*” della lingua francese, ha agito come veicolo tanto giuridico, quanto politico, quanto ancora linguistico. In parte simile può dirsi l’effetto del modello tedesco, anche se più caratterizzato dall’attenzione alla costruzione dogmatica e alle sue implicazioni concettuali e, ovviamente, del modello inglese di *common law*, espressione della forza espansiva e dinamica del ragionamento casistico.

Insomma, possiamo definire tanto *La République mondiale* quanto *La langue mondiale* come due opere speculari, l’una il riflesso luminoso dell’altra, entrambe espressione di quel tentativo di “provincializzare l’Europa” (per seguire, almeno in parte, l’altrettanto noto messaggio di Dipesh Chakrabarty¹⁶) attraverso un viaggio che espone i nervi scoperti dell’agire letterario e, forse ancor più ampiamente, di quell’insieme di pratiche che si occultano molto più spesso dietro le belle pagine di qualche illustre scrittore.

Al di là della ricostruzione che Casanova propone – non priva, com’è ovvio, di considerazioni delicate e di prese di posizione provocatorie – ciò che dovrebbe attirare la nostra attenzione è il modo attraverso cui la forma “letteratura” viene in sé descritta e prodotta. Lungi dall’essere un campo liscio, privo di irregolarità o frizioni, esente da incrinature, la letteratura è al contrario satura di rapporti di dominazione, di tensioni e di conflitti che rendono la sua stessa natura intrinsecamente pulsante, mobile e vivente.

3. “Canone” e “anti-canone”

Se si osserva in controluce il discorso sviluppato da Casanova, si può facilmente rilevare che esso insiste, in realtà, su un tema che è ampiamente parte (quasi da sempre, si potrebbe dire) dei discorsi interni alla critica letteraria. Enfatizzare il conflitto tra dominatori e dominati, tra egemonia letteraria e minoranza, tra prestigio e biasimo significa, in altre parole, riproporre con una modulazione diversa il discorso sempiterno sul “canone” letterario.

15. Il tema, amplissimo e assai ben studiato nel campo del diritto comparato, costituisce di fatto il punto nevralgico dell’intera disciplina. Si vedano almeno, senza alcuna pretesa di completezza, R. SACCO - P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 5 e ss.; P.G. MONATERI - A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, 247 e ss.; U. MATTEI - E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 206 e ss.; P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, Bologna, 2011.

16. D. CHAKRABARTY, *Provincializzare l’Europa*, Roma, 2016.

Il “canone” – anche etimologicamente – è il metro di misura e, insieme, il modello di riferimento per una fattispecie¹⁷. Esso è una forza normativa inscritta nel cuore di una determinata pratica¹⁸. Parlare di “canone letterario” significa ricomprendere attraverso l’ausilio di una semplice fraseologia quell’insieme assai più complesso e sfaccettato di autori e capaci di costituire autonomamente il centro nevralgico di una determinata tradizione. Che “canone” e “tradizione” siano inscindibilmente legati lo dimostra invero il noto saggio di Harold Bloom dedicato alla morfologia della letteratura occidentale. Nel suo *The Western Canon* (1994), Bloom giustifica l’esigenza di un “canone” sulla base di motivazioni non tanto politiche o culturali quanto, più prosaicamente, biologiche¹⁹. Seguendo il noto adagio, ogni essere umano è mortale, come lo è Socrate. In quanto mortale, l’essere umano ha un tempo limitato per compiere ciascuna delle proprie attività, ivi compresa quella di leggere e acculturarsi. Di qui l’esigenza – esistenziale e materiale insieme – di redigere un elenco di opere minime imprescindibili che consentano di ottenere una padronanza essenziale della parte “migliore” della propria cultura.

Come scrive Bloom:

[p]ossediamo il Canone perché siamo mortali e anche piuttosto in ritardo. Il tempo a nostra disposizione è limitato e deve subire una battuta d’arresto, mentre c’è più da leggere di quanto ce ne sia mai stato prima²⁰.

Il canone è dunque l’emblema della nostra mortalità, la prova del tempo che fugge, il segno della nostra limitatezza: in altri termini, esso è il contrassegno della necessità di scegliere qualcosa o qualcuno nel *mare magnum* di una letteratura in continua espansione.

17. Su cui si veda almeno M. ONOFRI, *Il canone letterario*, Roma-Bari, 2015.

18. Lo rileva, con precisione, F. CURI, *Canone e anticanone. Viatico per una ricognizione*, in *Intersezioni*, 17, 1997, 495: «[u]n canone letterario è una struttura legislativa, un insieme di norme stilistiche incarnato in alcuni autori, e solo in quelli, ossia è un codice. Giova aggiungere che il codice, ossia il canone, si costituisce quando una civiltà letteraria, arrivata a un certo punto del suo sviluppo, sente il bisogno, per usare un termine di Habermas, non solo di un’“autocomprensione”, ma anche di rendere certa e permanente questa “autocomprensione” mediante l’elaborazione di alcune inflessibili regole. Sono queste regole che istituiscono il canone, e il canone, una volta fondato, consente, per usare ancora termini di Habermas, l’“autoaccertamento” e l’“autofondazione” di quella civiltà letteraria». Da qui la nota tesi, particolarmente fortunata, per cui il canone sia il prodotto di una pratica circolare che si auto-fonda e auto-justifica in mondo essenzialmente arbitrario.

19. H. BLOOM, *Il canone occidentale. I libri e le scuole delle età*, Milano, 2008.

20. *Ivi*, 37.

Eppure, a una più attenta analisi, vi è qualcosa di ulteriore che si cela dietro la scelta di uno specifico canone letterario. Come si diceva poco sopra, la tradizione – il corpo storico della letteratura – è un universo mobile, in perenne espansione, aperto all'assimilazione, potenzialmente in grado di espellere parti della propria struttura. Il canone, scrive ancora Bloom, è un modo per raccontare la lotta infinita per la sopravvivenza in seno a uno specifico universo culturale:

[l]a tradizione non è soltanto un retaggio o un processo di benevola trasmissione; è anche un conflitto tra il genio passato e l'aspirazione presente, un conflitto il cui premio è la sopravvivenza letteraria o l'inclusione nel Canone²¹.

Nella perenne angoscia di restare vivi tra i propri contemporanei e di permanere nel ricordo e nella memoria dei posteri, il canone è la messa in scena della dialettica conflittuale tra nuovo e antico, tra passato e presente, tra giovane e vecchio²².

È abbastanza ovvio che il libro di Bloom sia stato esposto, nel corso degli anni, a numerose critiche e a osservazioni contrastanti²³. C'è tuttavia qualcosa che può spingerci a rivedere, con occhi differenti, la tesi provocatoria che egli ha adottato nel suo saggio. Nella tradizione giuridica statunitense, è ben noto come il concetto di “canone” abbia assunto nelle ultime

21. H. BLOOM, *Il canone*, cit., 15.

22. Proprio il concetto di “angoscia dell'influenza” costituisce uno dei maggiori risultati teorici di Bloom (cfr. H. BLOOM, *L'angoscia dell'influenza. Una teoria della poesia*, Milano, 2018).

23. Si veda ad esempio, F. COSTE, *Explore. Investigations littéraires*, Paris, 2017, 51, secondo cui il concetto di *canone* costituisce in realtà una sorta di maschera teologica da sempre implicitamente presupposta nella nostra idea di letteratura, intrisa di una venerazione idiosincratica per la singolarità del soggetto autoriale e incapace di esplorare le innumerevoli ramificazioni che essa in realtà produce: «[c]ar un canon, c'est cela: *very few books, occupying a very large space*; un ensemble déterminé et même assez restreint de textes, passant pour la règle, la norme et le critère de la vraie littérature, qui n'est en réalité qu'une infime partie émergée d'un iceberg, dont on persiste sciemment à tout ignorer. Le coup de force est massif, il consiste à annexer et disqualifier de manière assez péremptoire toute la littérature existant *de facto* par celle des chefs-d'œuvre, dont le statut serait légitimement reconnu par la postérité, pour leur beauté, leur force, que sais-je encore. Or la notion même de *canon* masque à peine la charge théologique qui la fonde et le culte de la singularité qu'elle recèle. Notre rapport à la littérature a ce défaut majeur d'être pétri d'une révérence pour un nombre infime d'échantillons survalorisés et tournant à vide, déférence qui paralyse nos capacités scientifiques d'exploration, d'expérimentation et de discussion et qui, enfin, invisibilise des pans entiers de littérature sous-représentés – *The Great Unread*».

decadi un'importanza decisiva²⁴. Secondo alcuni voci della dottrina, esso designerebbe quei casi storicamente influenti nell'evoluzione del sistema giuridico americano tali da costituire l'ossatura fondamentale dell'intera struttura costituzionale²⁵. In qualche modo, possiamo dire che al centro dell'idea di canone costituzionale giochino due idee essenziali: quella di "valore" (morale, parenetico, didascalico, e così via) e di "ambito", ossia di localizzazione territoriale. Il canone, si può affermare, non è un *quid* di universale ma segue la legge del luogo: esso evolve in base a un principio di competenza territoriale che fa sì che ogni territorio e ogni popolo abbiano il loro specifico "decalogo", ossia quella gerarchia di valori, di fonti e di modelli giuridici alla luce della quale viene costruito un collettivo politicamente e socialmente organizzato.

In ciò, il concetto di canone dimostra sostanzialmente tutta la propria "modernità": esso è figlio dell'idea di Stato e della centralità che assume il criterio di identità nazionale, nonché delle specifiche culture, attitudini, preferenze e idiosincrasie che si sviluppano entro una data comunità politica. Eppure, lo studio del canone – in diritto, come anche in letteratura – non è affatto un'operazione banale o anodina, ma il primo passo per comprendere la reciproca articolazione di sapere e potere²⁶.

Il potere amministra invero la propria esistenza stabilendo un regime di "dentro" e di "fuori", di "inclusione" e di "esclusione", il cui risultato finale è la creazione di specifici campi del sapere²⁷. La logica binaria suggerisce

24. La letteratura in merito è amplissima: si vedano almeno J.M. BALKIN - S. LEVINSON, *The Canons of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 111, 1998, 963; R.A. PRIMUS, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in *Duke Law Journal*, 48, 1998, 243; J.M. BALKIN, *Wrong the Day It Was Decided: Lochner and Constitutional Historicism*, in *Boston University Law Review*, 85, 2005, 677; J. GREENE, *The Anticanon*, in *Harvard Law Review*, 125, 2011, 379.

25. In tal senso, cfr. B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 2: *Transformations*, Cambridge (MA), 1998, 359 e ss.; P.W. KAHN, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, Yale, 1997, 4, con particolare riguardo al celebre caso deciso dal giudice Marshall: «[t]oday, *Marbury* is a canonical text of constitutional law. The study of constitutional law not only begins with this case, it ends there as well. For *Marbury* includes in the rule of law the power of judicial review – that is, the power of the courts to declare actions by the other branches of government unconstitutional».

26. Così J.M. BALKIN - S. LEVINSON, *Legal Canons: An Introduction*, in *Legal Canons*, a cura di J.M. Balkin e S. Levinson, New York, 2000, 3: «[i]n our view, there is no better way to understand a discipline – its underlying assumptions, its current concerns and anxieties – than to study what its members think is canonical to that discipline. The study of canons and canonicity is the key to the secrets of a culture and its characteristic modes of thought».

27. Notissima la lezione contenuta in M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e di esclusione della parola*, Torino, 1972, 9: «[...] in ogni società la pro-

inoltre un'altra semplice verità. Se esiste un canone, allora evidentemente si dà anche un "anti-canone", ossia un insieme di idee, precetti, argomentazioni che smentiscono, si oppongono o contraddicono il canone dominante. Sempre nel campo della discussione giuridica statunitense, l'anti-canone designerebbe quell'insieme di decisioni che contrastano manifestamente con i principi essenziali dell'ordinamento. *Dred Scott*²⁸, *Plessy*²⁹, *Lochner*³⁰ e *Korematsu*³¹ rappresenterebbero, ciascuno in modo diverso, pronunce problematiche che non rispecchiano più il sentire attuale della Corte Suprema, o i valori più nobili incardinati nel disegno costituzionale americano, ponendosi dunque per ciò stesso *al di fuori* dalla legittimità costituzionale.

Eppure, possiamo brevemente chiosare, nulla può garantire che casi oggi considerati "canonici" divengano ben presto "anti-canonici" o – seppur in una prospettiva più fosca – che idee larvatamente presenti in casi anti-canonici rispuntino, all'improvviso, per minacciare il canone costituzionale odierno.

Al di là delle molteplici posizioni in gioco, ciò che sembra di poter dire è dunque che la dialettica tra "canone" e "anti-canone" sia, ancora una volta, qualcosa di essenzialmente aperto, di contestato e, soprattutto, di *conflittuale*, come lo è la letteratura. Nessun precedente cade in desuetudine: pur contraddetto, osteggiato o fermamente censurato, esso mantiene il potenziale per riemergere e imporsi nuovamente nella discussione pubblica e politica. Analogamente, nessuna decisione si prescrive cadendo nell'oblio dei secoli ma resiste, pur nella sua paradossalità o pericolosità, nell'alveo delle potenziali scelte.

Insomma, il diritto – esattamente come la letteratura – è il prodotto di una *lotta*, per citare il celebre saggio di von Jhering³². L'esito di questo scontro, in costante divenire e aperto alle mutevolezze del tempo, determina l'apertura di mondi o la condanna al silenzio. Vincitori e vinti

duzione del discorso è insieme controllata, selezionata, organizzata e distribuita tramite un certo numero di procedure che hanno la funzione di scongiurare i poteri e i pericoli, di padroneggiarne l'evento aleatorio, di schivarne la pesante, temibile materialità. In una società come la nostra si conoscono, naturalmente, le procedure d'*esclusione*. La più evidente, ed anche la più familiare, è quella dell'*interdetto*».

28. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

29. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

30. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

31. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

32. R. JHERING, *La lotta per il diritto*, Roma-Bari, 1960.

– simbolicamente parlando – si scambiano la parte in un dramma che va sempre in scena.

È proprio alla luce di questa dinamica, altamente instabile, conflittuale e spettacolarizzata, che occorre osservare più da vicino il ruolo che “diritto” e “narrazione” intrecciano all’interno della società. Nella creazione di un particolare equilibrio di poteri, nella reciproca articolazione di diritto e conflitto, il racconto su che cosa sia la Legge fondamentale di una comunità assurge a criterio essenziale e insieme decisivo per delineare le forme attraverso cui uno specifico immaginario giuridico viene eretto.

4. *Mitologie giuridiche*

In un celebre passaggio del suo *Dizionario giuridico*, Santi Romano ha potuto introdurre la fortunata nozione di “mitologia giuridica”, con ciò illuminando, con acutezza e precisione, uno dei meccanismi più affascinanti e allo stesso tempo inattesi concernenti la nascita e diffusione del diritto³³.

Come si può leggere all’inizio della voce, il concetto di “mito” – che come noto sorge e si diffonde in campi delle scienze umane ben specifici quali la letteratura e la religione – ben riguarderebbe anche il mondo del diritto, la sua tradizione, ma soprattutto la sua genesi, racchiusa nebulosamente tra l’istituzionale e il sociale, tra il normativo e il fattuale³⁴. Ma che cos’è realmente il “mito”, per Romano, e per quale motivo esso diviene rilevante nel lessico del diritto? Qui la risposta che il celebre giurista fornisce intreccia, quasi inaspettatamente, il sapere dell’antropologia moderna e lo studio del linguaggio, le scienze cognitive e la storia del pensiero giuridico occidentale:

[i]l mito è una nonverità, un errore, una «inopia», ma è anche immaginazione, una immaginazione «favolosa» (mito, infatti, originariamente, non significa che favola), che ha potuto spesso, come è noto, essere riaccostata alla poesia o alla «sapienza poetica»³⁵.

33. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2022, 159 e ss. Come noto, la medesima fraseologia sarà resa celebre da P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

34. Per una bibliografia di partenza sul problema del “mito” e sulle sue molteplici ramificazioni nella storia della cultura moderna, cfr. G. LEGHISSA - E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, Roma, 2015.

35. S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 161.

Esso, prosegue Romano, «nasce dal bisogno di intendere ciò che non si intende e di esprimerlo con immagini»; scaturisce «da bisogni pratici, di cui non si ha sempre chiara coscienza, da intuizioni nebuloze che pure hanno elementi di verità, da istinti oscuri, ma profondi»³⁶. Il mito, si legge ancora, è l'opposto della realtà ordinariamente intesa, ma curiosamente ambisce a divenirne esso stesso una forma tangibile, materiale, concreta: lungi dal risultare un semplice specchio deformato del mondo, il mito punta a riorganizzarne le logiche, quasi ricreandolo a sua immagine e somiglianza.

Questa sorta di “impotenza potente”, di capacità teurgica diffusa e capillare di creare forme e racconti in grado di condizionare la vita di un popolo e di esprimere il sentire più profondo di una fede è tipica, sostiene Romano, dei grandi periodi rivoluzionari: di quei momenti di crisi, cioè, in cui il conflitto politico si fa acceso e violento e in cui la realtà giuridica decade a favore di un futuro aperto e imprevedibile. Lo *ius conditum*, chiuso nella sua fissità, nel suo passato, nella sua dimensione di statica ricorrenza, è continuamente messo in crisi dalle prospettive dello *ius condendum*, del diritto “a venire”, di quelle istanze corpuscolari e insopprimibili che ambiscono a modificare il quadro costituzionale di ogni comunità.

Se si osserva da vicino l'operazione compiuta da Romano, si può notare tuttavia come essa risponda a un interrogativo ulteriore e quasi più profondo, quello che può racchiudersi nella constatazione per cui il mito è l'espressione di un bisogno antropologico fondamentale, di un'esigenza, per esprimersi più radicalmente, che sta alla base dello stesso processo di antropogenesi.

Il mito non è pura irrazionalità, anche se da lì in parte proviene, così come non è perfettamente logico, anche se ambisce a diventarlo, ma esprime una sostanza composita che articola in modo peculiare “conscio” e “inconscio”, razionale e irrazionale. Questo è, propriamente, il significato della parola “mitologia”. Come Furio Jesi ha efficacemente sostenuto, “mitologia” è l'unione di *mythos* e *lógos*, due termini opposti e in parte inconciliabili³⁷. In qualche modo, ogni mitologia è una “razionalizzazione” del mito, ossia una sua declinazione in termini

36. S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 161 e 167.

37. Cfr. F. JESI, *Mito*, Macerata, 2023, 16: «[...] l'etimologia stessa di “mitologia” rivela che questa parola, derivante dal greco *mythos* e *lógos*, può essere intesa come una “mescolanza di contrari”. La parola “mitologia” (in greco *mythología*) non è, dunque, sinonimo certo di “mito” (*mythos*), ed anzi se ne distingue nettamente poiché a “mito” aggiunge quello che pare essere il suo contrario, *lógos*».

operativi, logici, formali. Essa – per citare Nancy – è «l'autofigurazione trascendentale della natura e dell'umanità», ma declinata in una forma eminentemente pragmatica, performativa e materiale³⁸.

In tutto ciò, l'operazione compiuta da Romano è parzialmente assimilabile alla *macchina antropologica* di Jesi, ma articolata in un'ottica che è eminentemente giuridica³⁹. Se per Jesi il problema principale sarà quello di indagare il modo nel quale il mito si manifesta e opera attraverso la sua *sostanza*, per Romano l'attenzione sarà tutta rivolta alle *epifanie* del discorso giuridico, ai suoi meccanismi produttivi e diffusivi, alle strategie retoriche e istituzionali con cui il sapere del diritto risponde a un bisogno primario: quello di auto-giustificazione e di auto-fondazione, nell'assenza (o nel vuoto) di un autentico fondamento.

5. *Nómos e narrazione*

Narrazione e finzione, dunque. Ma anche narrazione e costituzione di collettivi politicamente e giuridicamente organizzati. Può allora stupire rilevare come uno dei più brillanti (anche se involontari) recettori del messaggio di Santi Romano sia stato un'importante voce del dibattito giuridico americano, Robert Cover, autore nel 1983 di un celebrato saggio sul rapporto tra diritto e letteratura⁴⁰. L'apertura del *Foreword* dischiude già la posta in gioco del rapporto tra narrazione e istituzione così come concepita dall'Autore. Come scrive Cover,

[w]e inhabit a *nomos* – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world;

38. J.-L. NANCY, *La comunità inoperosa*, Napoli, 2002, 117.

39. F. JESI, *Mito*, cit., 119.

40. Ora ristampato in R. COVER, *Nomos and Narrative*, in ID., *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor (MI), 1995, 95 e ss. Il saggio di Cover ha prodotto un impatto duraturo e costante nell'accademia statunitense non soltanto sul tema, ampiamente dibattuto, dei rapporti tra diritto e letteratura, ma soprattutto sull'importanza dell'interpretazione costituzionale nel conflitto tra poteri, sul ruolo delle corti di giustizia nell'attribuzione di diritti e obblighi, nonché sulle sfide poste dall'affermazione di gruppi e comunità locali. Cfr. R.A. BART, *Symposium: Rethinking Robert Cover's Nomos and Narrative - Robert Cover's Passion*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, 17, 2005, 1.

they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture⁴¹.

Ognuno di noi abita un *nómos* – sostiene Cover – da intendersi come un peculiare “universo normativo”. Questa dimensione – vera e propria costellazione di valori, di principi e di pratiche giuridiche – è l’inevitabile quanto necessario supplemento della tradizionale visione “formalistica” delle istituzioni, tutta racchiusa nei parafernali rigidi delle procedure, degli atti, delle invalidità. Il mondo rigido dei dispositivi del diritto non è che una minima parte di quel pluriverso di codici (moralì, religiosi, culturali) al cui centro giace pur sempre un racconto fondativo, un’origine, un sentire comune declinato tanto in forma di narrazione quanto in forma di regola.

È per questo, prosegue Cover, che non è possibile pensare al diritto come un semplice insieme di prescrizioni legali ma, al contrario, occorre ridelinearlo alla luce della concrescenza viva e attiva di storia e destino, di credo e azione. Al centro di questa trama composita e fitta, l’essere umano crea artificiosamente un sistema di referenti simbolici, di significati, di pratiche associative che danno vita a una rete ampia e sfaccettata di relazioni e esperienze sociali in cui prende avvio ciò che comunemente denominiamo “cultura”⁴². Esiste, dunque, un complesso di livelli o “frames”, per usare il lessico Erving Goffman, all’interno dei quali si determinano quelle molteplici esperienze soggettive che imprinono un senso al modo stesso in cui la vita si forma e si sviluppa giuridicamente⁴³.

È importante evidenziare ancora una volta il particolare gesto che risiede in questo superamento del formalismo giuridico. Ciò che Cover esplicita attraverso lo sguardo lucido e distaccato del giurista critico è l’assunto fondamentale secondo cui il mondo del diritto non sia affatto una realtà unitaria, armonica e compatta, ma un coacervo di conflitti striscianti e penetranti, frutto delle molteplici interpretazioni attraverso cui i suoi protagonisti stanno al mondo, infiammato dagli attriti, dai miti e dai paradigmi narrativi attorno ai quali il mondo formale delle istituzioni è faticosamente costruito:

41. R. COVER, *Nomos and Narrative*, in ID., *Narrative, Violence*, cit., 95.

42. Su quest’ultimo aspetto, assai forte è l’influenza di C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Bologna, 2019.

43. E. GOFFMAN, *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience*, Boston, 1974.

[a] legal tradition is hence part and parcel of a complex normative world. The tradition includes not only a corpus juris, but also a language and a mythos – narratives in which the corpus juris is located by those whose wills act upon it. These myths establish the paradigms for behavior. They build relations between the normative and the material universe, between the constraints of reality and the demands of an ethic. These myths establish a repertoire of moves – a lexicon of normative action – that may be combined into meaningful patterns culled from the meaningful patterns of the past⁴⁴.

Insomma, una tradizione giuridica non può essere concepita come un semplice insieme di atti normativi ma come un tessuto poroso attraversato da linguaggi e mitologie, da forme che creano collegamenti (“ponti”) all’interno del corpo politico e plasmano di conseguenza uno specifico vocabolario di comportamenti e valori. Eppure, come si è visto, non è soltanto la parola “*narrative*” a orientare il discorso di Cover: l’altro termine del binomio – “*nómos*”, ossia “territorio giuridicamente organizzato” – racchiude al suo interno un messaggio altrettanto potente e certamente emblematico.

È nota l’analisi etimologica che Benveniste ha fornito di questo lessema⁴⁵. Il verbo *nèmein* incorpora invero una duplice possibilità, rappresentata tanto dalla dipendenza semantica dal lessico del diritto positivo (o dall’autorità dello Stato), quanto dalla vicinanza ai fenomeni della consuetudine, del rito religioso o del mito. In qualche modo, il concetto di *nómos* incorpora già il senso di un’ambiguità strutturale, di una scissione interna tra “diritto” e “letteratura”, tra “forma” e “racconto”, che definisce il modo in cui il sensibile viene amministrato, reso visibile e pianificato in seno a collettività organizzate⁴⁶. Nella visione di Cover, il diritto e la letteratura rappresentano entrambi due facce di un medesimo spazio abitabile, vivo e politicamente denso; una dimensione porosa al cui interno

44. R. COVER, *Nomos and Narrative*, in ID., *Narrative, Violence*, cit., 101.

45. E. BENVENISTE, *Noms d’agent et noms d’action en indo-européen*, Paris, 1948, 79 e ss. Sull’etimologia di *nómos* si veda anche l’ampia ricostruzione di E. STOLFI, *La cultura giuridica dell’antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020.

46. Come scriverà anche J. RANCIÈRE, *Politica della letteratura*, Palermo, 2010, 16-17: «[I]a letteratura, in sintesi, è un regime nuovo di identificazione dell’arte dello scrivere. Il regime di identificazione di un’arte è un sistema di rapporti tra pratiche, tra forme di visibilità di tali pratiche e tra modi di intelligibilità. È dunque una maniera specifica di intervenire nella divisione del sensibile che definisce il mondo che noi abitiamo: il modo in cui esso è per noi visibile, il modo col quale questo visibile si lascia esprimere, e le capacità e incapacità che si palesano per suo tramite».

si agitano pratiche di legittimazione ancorate a un determinato “immaginario” giuridico⁴⁷.

Ancora una volta, al centro di questa prospettiva vi è l’opera sostanziale del giurista, impegnato nell’elaborare interpretazioni adatte al proprio fine, nello stabilire differenze, nell’includere o escludere dal ragionamento giuridico gruppi o individui. Proprio il tema dell’interpretazione dischiude ancora l’agire potente della violenza e del conflitto quali forze latenti all’interno di ogni comunità. Come Cover potrà chiosare in un altro importante contributo,

[l]egal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it⁴⁸.

Ogni gesto ermeneutico racchiude un atto di violenza. Non esistono diritti o doveri “neutri”: ciascuno di essi influenza materialmente una specifica economia sociale. Similmente, ogni attribuzione di diritti o ascrizione di obblighi implica a sua volta un cambiamento sostanziale dello stato del mondo e lo stravolgimento di uno specifico equilibrio politico⁴⁹. Potrebbe essere molto interessante avvicinare il discorso giuspubblicistico di Cover alla teoria dell’interpretazione sviluppata, alcuni anni prima, da Susan Sontag nel suo celebrato *Against Interpretation* (1966). Secondo la Sontag,

47. Sul concetto di “immaginario giuridico”, essenziale il lavoro di J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, Chicago, 1985.

48. R. COVER, *Violence and the World*, in ID., *Narrative, Violence*, cit., 203.

49. Come ha potuto efficacemente notare Tarello nel suo celebre studio sul realismo giuridico americano, ogni nuova decisione pone in essere un conflitto che racconta precipuamente del modo in cui la sovranità, il giusto e l’ingiusto, il “bene” e il “male” vengono distinti in seno a una società. Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 84 e ss.

[l']interpretazione è un metodo strategico radicale che tenta di conservare un vecchio testo, ritenuto troppo prezioso perché sia lecito scartarlo, rimettendolo a nuovo. L'interprete non lo distrugge e non lo riscrive, ma di fatto lo modifica. Tuttavia non ammette di averlo fatto. Sostiene di averlo soltanto reso comprensibile svelandone il vero significato⁵⁰.

Insomma, in entrambi i casi l'interpretazione è l'esito di una strategia, sottile e decisiva, di una messa in scena in cui ciò che è in gioco realmente è il dominio concreto dei significati e delle potenzialità di un testo, nonché di quelle pratiche surrettiziamente conflittuali che di fatto si sviluppano tra le sue righe.

6. Homo Narrans

Nella letteratura antropologica e paleontologica di settore, esiste un caso che ha suscitato per molti anni l'interesse di gran parte della comunità scientifica. Sulla base di alcuni importanti ritrovamenti effettuati nell'estremo nord del continente americano, la cultura Dorset, precedente di alcuni secoli la civiltà Inuit, attraversò tra l'800 a.C. e il 1300 d.C. un periodo di inaspettata fioritura culturale. Le ragioni dietro questo ricchissimo rinascimento artistico – rappresentato volta per volta da statuette in avorio e osso, da piccoli manufatti in corno, nonché dallo sviluppo di pratiche rituali e di narrazioni mitiche – sono rimaste a lungo avvolte nel mistero.

Nel tentativo di sciogliere questo delicato enigma, uno studio specialistico ha avanzato una tesi rivoluzionaria e decisiva. L'incremento notevole dei fenomeni artistici che ha riguardato i Dorset sarebbe da imputare alla sussistenza di due minacce incombenti: il cambiamento climatico (che ingenerò un inusuale aumento della temperatura delle acque e lo stravolgimento delle abitudini della fauna locale) e il timore continuo di una possibile invasione da parte della popolazione rivale dei Dorset, i Thule. Nella ricostruzione offerta, entrambe queste circostanze furono percepite dai membri della comunità Dorset come funeste e per certi versi apocalittiche e avrebbero indotto i suoi membri a inscenare con insistenza pratiche sciamaniche e sciamanistiche, a elaborare il pericolo attraverso racconti magici, e a circondare la storia della propria cultura

50. S. SONTAG, *Contro l'interpretazione*, Milano, 1998, 25.

con rituali e forme di narrazione condivisa⁵¹. Di qui la tesi, avanzata per questo caso di specie e presto sposata da numerosi altri studiosi, secondo cui le culture diventano più creative e più ricche proprio nel momento in cui sono sottoposte a uno stress di carattere ambientale o sociale, o – per dirla diversamente – proprio nel momento in cui la minaccia del *conflitto* stravolge l'ordinaria serenità del vivere collettivo⁵².

Ci si potrebbe interrogare a lungo sulle ragioni che congiungono, forse un po' inaspettatamente, il pericolo derivante da agenti esterni (bellici o ecologici) con il "rimedio" interno della narrazione e della pratica artistica.

In realtà, da molti anni un interessante filone scientifico ha avuto cura di evidenziare la stringente affinità tra queste due dimensioni. Secondo la corrente del *Literary Darwinism*, l'essere umano ha da sempre fatto uso della propria capacità di narrare quale contromisura rispetto al sentimento di percepita precarietà, insicurezza e ansia dovute al fatto di vivere in un ambiente profondamente ostile e minaccioso⁵³.

La letteratura – da intendersi quale pratica capace di orientare le aspettative del reale all'interno di una cornice di senso rappresentata da miti, riti e racconti fondativi – ha agito come una preziosissima alleata per sopravvivere all'imprevedibilità dell'esistenza mortale⁵⁴. L'essere umano (*Homo sapiens*, per intenderci) è sempre stato anche, e soprattutto, un *Homo narrans*: un individuo, cioè, capace di far fronte alle pressioni ambientali e alle difficoltà che esse comportano, organizzando in forma di racconto collettivo un'esistenza condivisa e flessibile⁵⁵. La letteratura (anche attraverso il ricorso a pratiche figurative, a elementi simbolici e a sensibilità estetica) ha offerto alla nostra specie un notevole vantaggio evolutivo poiché ha consentito forme maggiori di adattamento all'ambiente circostante.

51. P.S.C. TAÇON, *An analysis of Dorset Art in relation to prehistoric culture stress*, in *Études Inuit Studies*, 7, 1983, 41-65.

52. Cfr. ad esempio, B. HAYDEN, *Alliances and Ritual Ecstasy: Human Responses to Resource Stress*, in *Journal for the Scientific Study of Religion*, 26, 1987, 81-91; E. DISSANAYAKE, *The Artification Hypothesis and Its Relevance to Cognitive Science, Evolutionary Aesthetics and Neuroaesthetics*, in *Cognitive Semiotics*, 5, 2009, 136-191.

53. Per questi spunti, si vedano almeno J. CARROLL, *Literary Darwinism. Evolution, Human Nature, and Literature*, New York, 2004; J. GOTTSCHALL, *L'istinto di narrare. Come le storie ci hanno reso umani*, Torino, 2018.

54. Come mostra anche M. BARENGHI, *Poetici primati. Saggio su letteratura e evoluzione*, Macerata, 2020.

55. Sul concetto di "*Homo narrans*", si consenta il rinvio a M. BALESTRIERI, *Homo narrans. Diritto, letteratura, antropologia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 23, 2021, 473-495.

Le finzioni letterarie sono dunque qualcosa di utile e di “genetico” al tempo stesso. Esse costituiscono il cuore del processo di costruzione dell’umano, della sua socialità, dei suoi sentimenti, nonché della sua sfera collettiva. Secondo una delle voci più influenti di questo dibattito, le forme semplici della narrazione condivisa si sarebbero progressivamente agglutinate in composti sempre più complessi, permettendo alle storie di diffondere conoscenze, di attrarre partner e di costituire comunità politiche⁵⁶. Alla base di tutto questo sta, ovviamente, il linguaggio, da intendersi però non come linguaggio semplice ma “qualificato”, ossia come *un certo modo* di utilizzare la parola in combinazione con il nostro specifico apparato cognitivo. Per questo si può pensare che esista, oltretutto un’antropologia, anche una specifica “biologia” della letteratura: una dimensione cioè in cui la pratica artistica viene inquadrata come estensione necessaria dei processi rappresentati dall’insieme “mente-corpo”⁵⁷.

In qualche modo, possiamo allora dire che le storie sono manufatti preziosi, oggetti necessari alla vita individuale e collettiva, perché attraverso la mediazione del racconto esse «ci aiutano a vivere»⁵⁸. La letteratura è una pratica antropologica perché ci riguarda innanzitutto come specie, rappresentando una tappa fondamentale nel nostro percorso di antropogenesi. La letteratura, si può ancora aggiungere, è un fenomeno indissociabile dalla stessa natura umana perché ha cooperato (e tuttora coopera) nel conferire una fisionomia al mondo che ci circonda, alle esperienze che viviamo, alla memoria degli eventi abbiamo vissuto⁵⁹. Le storie non sono semplicemente espressione di un diletto artistico ma di una necessità primaria e fondamentale: quella volta a dare una *struttura* agli eventi che costellano il mondo, a porli all’interno di una griglia causa-effetto, a conferire senso e intelligibilità alla mutevolezza caotica delle circostanze. Producendo pattern di pensiero, organizzando sequenze temporali e dando senso alle direttrici spaziali, la letteratura diviene un macro-apparato cognitivo che trascende i soggetti e, allo stesso tempo, li convoca come attori principali.

56. M. AUSTIN, *Useful Fictions. Evolution, Anxiety, and the Origins of Literature*, Lincoln, 2011, 15 e ss.

57. Così esplicitamente A. CASADEI, *Biologia della letteratura*, Milano, 2018, 8 e ss.

58. Cfr. in tal senso l’ampio lavoro ricostruttivo di M. COMETA, *Perché le storie ci aiutano a vivere. La letteratura necessaria*, Milano, 2017.

59. Secondo quanto efficacemente mostrato da P. GOLDIE, *The Mess Inside. Narrative, Emotion, and the Mind*, Oxford, 2012.

Se ogni essere umano sperimenta, individualmente e collettivamente, ciò che gli psicanalisti chiamano il “trauma della nascita”, la letteratura diviene allora quel dispositivo articolato e complesso finalizzato a restituire un senso di riparo al timore dell’impotenza. Se davanti al pericolo o al conflitto occorre pur fare qualcosa, le storie sono gli strumenti attraverso cui diviene possibile prendere possesso delle proprie capacità e costruire mondi possibili. Il ruolo che esse incarnano non è semplicemente curativo, ma creativo: attraverso la letteratura, è un intero universo di pratiche e di saperi a divenire improvvisamente possibile.

7. *I confini della letteratura*

Si è dunque visto come la letteratura costituisca un vero e proprio *spazio mediano*, agendo come un campo di tensioni, di identità e di esperienze che si configurano contemporaneamente come antropologiche e estetiche, geopolitiche e giuridiche. Nell’analisi di Casanova, ad esempio, la storia degli antagonismi letterari e delle rivolte nate al loro interno rappresentano nel modo migliore le dinamiche di potere che si agitano nello spazio letterario. Per Santi Romano, la letteratura costituisce il serbatoio mitico da cui un particolare immaginario giuridico può sorgere e diffondersi. Negli scritti di Cover, proprio il modo in cui il rapporto tra comunità, immaginazione e sentimento giuridico si articolano determina i percorsi attraverso cui le istituzioni alla base del vivere collettivo prendono forma. Il pensiero antropologico, da ultimo, ha elevato tale “istinto narrativo” a tappa fondamentale del processo antropogenico, considerandolo uno dei fattori più importanti per la realizzazione di forme complesse di collaborazione e socialità.

In qualche modo, la letteratura è dunque contemporaneamente “dentro” e “fuori” i margini del sapere. Se considerare la letteratura come pura e semplice espressione di una volontà politica risulta, ad esempio, fuorviante e riduttivo, così pure considerarla unicamente come una forma per se stessa (“l’arte per l’arte” quale principio classico dell’estetismo) si rivela in modo simile alquanto insoddisfacente⁶⁰.

Si tratta, allora, di vedere lo *spazio letterario* come costantemente “ai bordi” del discorso, come una forza cioè capace di intervenire e modificare la percezione del tempo e dello spazio, del razionale e dell’irrazionale,

60. Come opportunamente nota E.D. HIRSCH, *What Isn’t Literature?*, in *What Is Literature?*, a cura di P. Hernadi, Bloomington, 1978, 24 e ss.

dell'identità e della differenza, stando all'interno e allo stesso tempo all'esterno del loro perimetro. Osservare la letteratura in questo modo significa cioè intenderla come una pratica capace di conferire costantemente un senso diverso all'uguale e di garantire, specularmente, continuità davanti all'imprevisto. In qualche modo, sarebbe opportuno cogliere il gesto letterario come la prefigurazione di una forma di *enciclopedia* del sapere, come una pratica alchemica che fa del dolore e della sofferenza le risorse attraverso cui potersi diffondere e trasformarsi.

Forse, è proprio attraverso questa luce, come ha scritto Robert Storey, che possiamo considerare i vari generi letterari – il *comico*, il *tragico*, e così via – come nient'altro che potentissimi meccanismi di sopravvivenza sviluppati dall'essere umano per far fronte al cuore di tenebra del reale: davanti all'insensatezza del mondo e al caos dell'esistenza mortale, essi consentono, versando una lacrima o strappando un sorriso, di filtrare e comprendere ancora una volta ciò che, ben diversamente, non sarebbe facile accettare⁶¹.

61. Cfr. R. STOREY, *Mimesis and the Human Animal. On the Biogenetic Foundations of Literary Representation*, Evanston, 1996, 131 e ss. Sul ruolo "salvifico" della letteratura e della tragedia in particolare, si vedano A.D. NUTTALL, *Why Does Tragedy Give Pleasure?*, Oxford, 1996; M. TRIMBLE, *Why Humans Like to Cry. Tragedy, Evolution, and the Brain*, Oxford, 2012.

Roberto Beneduce

Conflitto e diritto: la prospettiva dell'antropologia*

Trovo coraggiosa la scelta dei temi di questo Seminario e ringrazio chi ha pensato ad un incontro di questo tipo, che vuole offrire qualcosa di più della semplice interdisciplinarietà, che non è appunto solo l'affiancamento di varie discipline, ma anche la capacità da parte nostra di turbare gli altri spazi disciplinari.

Parto dal celebre caso delle sorelle Papin. Per chi non conoscesse questa vicenda oggetto di studio di diversi psicanalisti, ricordo che essa riguarda il feroce omicidio avvenuto nel 1933 da parte di due sorelle nei confronti della padrona e della figlia di lei. Queste ultime, una volta tornate in casa, avevano rimproverato le due cameriere, appunto le sorelle Papin, perché avevano causato un cortocircuito mentre stiravano. Davanti al giudice le due sorelle avevano negato l'omicidio e, a quel punto, il giudice aveva chiesto ad uno psichiatra se le due sorelle avevano mentito oppure se per altre ragioni avevano rimosso l'accaduto.

Una simile condizione riguarda il caso dei nordafricani colti in fragranza di reato, vicenda anch'essa divenuta un caso di studio, in particolare dello psichiatra Fanon. Anche in questo caso il giudice aveva chiesto allo psichiatra se i due nordafricani stavano mentendo, come lo stereotipo coloniale e razzista dell'epoca spesso sosteneva, ovvero se vi fosse una propensione culturale alla menzogna oppure che non fossero soggetti criminali ma in preda ad un atto dissociativo. Lo psichiatra chiamato a scegliere fra questa alternativa ne introdusse una terza, che diventa preziosa per il nostro ragionamento.

Infatti, Fanon non si interroga semplicemente sul significato del fatto – “crimine” o “disturbo” – del giovane nordafricano sorpreso in fragranza di reato, ma ragiona sul rapporto fra le persone colonizzate e il potere che il giudice incarna. Secondo Fanon, perché si possa ammettere la propria colpa, la propria responsabilità, la persona deve identificarsi, riconoscersi

* Relazione trascritta e non rivista dall'Autore.

ed essere riconosciuto dal sistema di norme e valori. Ora, tenuto conto che nella colonia esisteva una cesura molto netta fra bianchi e neri, fra dominanti e dominati, cristiani e musulmani, il nordafricano non poteva e non avrebbe potuto dichiararsi colpevole, sarebbe stata un'ammissione ontologicamente impossibile dentro un sistema di rapporti perverso come è quello coloniale.

Un simile ragionamento può essere condotto anche con riferimento al caso del richiedente asilo. Il diritto al riconoscimento della protezione internazionale viene riconosciuto solo a condizione che la narrazione del ricorrente sia giudicata coerente, credibile e verosimile. Per chi si occupa di questi temi, esistono autentici criteri labirintici per definire cosa si debba intendere per coerenza interna, esterna, e così via. Insomma, lo stesso richiedente asilo che fino a qualche decennio fa immaginavamo ingenuamente come qualcuno che ponesse un problema di ordine politico, di diritto, si trova oggi sul tavolo di una vivisezione linguistica, psicologica, biografica, rispetto alla quale appare spesso un po' come i criminali nordafricani di cui si dovette occupare Fanon, perché ci si chiede soprattutto se ci dicono il vero o il falso.

Ora, parlando di vero e falso, a molti di voi verrà in mente quello straordinario lavoro di Foucault che si occupa proprio delle procedure di veridizione di diritto penale. Ciò che accade nel caso dei richiedenti asilo è qualcosa di analogo: noi vogliamo che ci dicano il vero, ma le loro storie, le loro vicende, vengono in qualche modo a custodire segreti di misfatti, reati di menzogne e noi ancora una volta siamo paralizzati da questa domanda sulla natura, sulla qualità del racconto, vera, verosimile, credibile, comprensibile al limite o, in alternativa, sulla natura menzognera, criminale. Quest'alternativa è un "pendolo" che ci tormenta e che, quando si ferma sul lato sbagliato, determina un destino tragico per le persone alle quali non viene riconosciuto il diritto alla protezione internazionale e che per questo vengono, appunto, denegate, respinte ed espulse.

Una vicenda sulla quale ho riflettuto molto è quella di una donna che, proveniente da un paese dell'Africa centrale, aveva dichiarato di essere all'interno di una vicenda di violenze strutturali ed è divenuta vittima di soprusi da parte di un colonnello del luogo, il quale aveva in qualche modo deciso di fare di lei il capo espiatorio perché, a sua volta, il padre della ragazza aveva investito per errore sua figlia. Di conseguenza, il colonnello voleva vendicarsi punendo a sua volta la figlia dell'investitore, mandando i suoi soldati a casa loro e autorizzandoli a fare ciò che più volevano alla giovane donna. La ragazza era stata violentata numerose volte, aveva avuto lesioni gravissime, era stata ricoverata, e poi il

padre le aveva detto di fuggire dal Paese perché purtroppo la figlia del colonello era deceduta e, quindi, il militare non si sarebbe rassegnato. Questa storia (che per chi conosce l'Africa non è affatto straordinaria) era stata ritenuta poco credibile, soprattutto quando questa ragazza non aveva saputo dire altro di questo personaggio se non il nome con il quale veniva chiamato localmente per definirne la cattiveria ("coccodrillo"). La Commissione aveva ritenuto improponibile questa risposta, perché non si poteva ignorare il vero nome del militare e, per tali motivi, la richiesta era stata negata.

Potrei a lungo dilungarmi su queste vicende, aggiungendo che probabilmente il diritto oggi è nuovamente interpellato da una politica del vero e del falso che non sembra riuscire a guardare alla totalità delle variabili in gioco e ad utilizzare delle norme e delle definizioni che possono valere solo in certa misura e non vengono attenuate da quelle inoculazioni di piccole dosi di relativismo culturale che oggi tutti siamo disposti a fare. C'è una domanda più radicale sulla questione del vero e del falso che queste vicende (dalle sorelle Papin, ai nordafricani di Fanon, fino ai richiedenti asilo oggi) continuano a porre alle nostre leggi ed è una domanda, complessa e cruciale, che cerco di semplificare in poche battute. Inevitabilmente, i nostri saperi sono esposti al rischio di una lettura parziale dei fatti, anche quando dotati delle migliori intenzioni. I nostri saperi talvolta realizzano quello che gli psicanalisti chiamano *diniego*: vediamo qualcosa ma al tempo stesso non riusciamo ad accogliere un reale che è complesso, contraddittorio, doloroso e questo è stato fatto anche, in epoca coloniale, la psicanalisi e la psichiatria. Ed infatti, gli psichiatri dell'epoca pensavano di interpretare il delirio persecutorio delle donne algerine, le loro allucinazioni, quando, ad esempio, si sentivano minacciate dalle baionette dei fucilieri, dalle voci di soldati francesi, dimenticando quello che i soldati francesi facevano ad Algeri, gli stupri alle donne algerine, le minacce, le derisioni, il disvelamento forzato. In un testo celebre del 1939, tutto questo veniva omesso e si guardava al comportamento delle donne come semplice delirio ed allucinazione. Molti psichiatri avevano espulso la storia di vita di queste donne dall'analisi di quello che avevano di fronte e, pertanto, nelle loro mani rimaneva il mero sintomo, il mero delirio. Se dico questo è per dire che anche gli esperti più dotati di strumenti teorici possono realizzare inconsapevolmente autentici atti di *diniego*, escludendo parti importanti del problema. A tal proposito, il filosofo francese Louis Althusser ha offerto alle nostre analisi una formula molto importante anche in psicanalisi che è quella di "lettura sintomale": l'autore aveva utilizzato questa

nozione in riferimento ad un problema specifico, il capitale di Marx, al quale Althusser riconosceva sicuramente un contributo enorme ma al tempo stesso riteneva che in quell'opera non fosse stato detto qualcosa sul rapporto fra capitale fisso e capitale variabile. Il filosofo francese ha utilizzato questa formula per dire che talvolta il problema non è ciò che non si vede, ciò che non riusciamo a cogliere, le parti che non riusciamo ad individuare e a riconoscere, ma ciò che si vede "troppo", che è sin troppo in evidenza, al punto tale da disorientarci e da farci propendere per analisi parziali di quanto stiamo osservando e studiando.

Credo che la nostra riflessione di oggi sui temi del diritto, del conflitto e della violenza è in qualche modo paralizzata o rallentata dal fatto di non riuscire a vedere ciò che ci sta troppo davanti agli occhi, che si impone troppo alla nostra percezione e per chi si occupa di immigrazione è sin troppo evidente che quello che poi noi riconduciamo alle categorie della violenza barbara del crimine, in un contesto che è nutrito quotidianamente da segni putridi del razzismo, non è soltanto un sintomo. Questo aspetto è importante, dobbiamo ricordarcene, anche se fa male. In questo senso, allora, il nostro lavoro epistemologicamente rigoroso non può rinunciare agli elementi di questo tipo; non possiamo più separare il comportamento deviante, criminale, il sintomo dal fatto che le società oggi nutrono, in qualche modo, il dispositivo della menzogna, lo alimentano, lo rendono necessario, così come al tempo stesso alimentano il rischio di comportamenti violenti che noi finiamo per attribuire soltanto a traumi, a vicende passate e così via...E no. Sarebbe troppo semplice dire che quell'immigrato, quell'immigrata, si comportano così solo perché hanno subito tanti traumi, sarebbe disonesto sul piano della clinica e così sul piano del diritto. Dobbiamo riconoscere quello che di invisibile ha generato quello che poi rimane il nostro mondo. Lo dico perché lavorando ogni giorno (e qualche volta anche di notte) con immigrati e immigrate e avendone misurato il lavoro invisibile, doloroso, silenzioso che fa in loro la paura di essere aggrediti, la paura dello sguardo dell'altro, vi posso assicurare che ho imparato a riconoscere questa genealogia occulta di quelli che alla fine diventano soltanto crimini.

Vorrei chiudere questo intervento con un ultimo rinvio. Accanto alla questione della comprensibilità e incomprensibilità, che rimane una dialettica di grande rilievo della storia delle scienze psicologiche e psichiatriche, quantomeno dagli inizi del secolo passato, l'altra parola chiave è il dubbio, la necessità di riconoscersi ignoranti. Introduco questo termine, non evocando il filosofo, lo psicanalista, né tanto meno

l'antropologo, ma evocando un giurista (e sono debitore di questo a mio fratello che ha studiato molto il tema occupandosi di storia e istituzioni del diritto) ovvero Dante Troisi, un giurista eretico, che è stato sottoposto a procedure disciplinari e che fu consumato dal dubbio della verità del diritto lungo tutta la sua vita. Troisi produsse magnifici racconti e sceneggiature di film proprio animate da questa dimensione del dubbio sul diritto. Chiudo semplicemente raccomandandovi una lettura, quella più vicina alle vostre bibliografie: leggete tutto di Dante Troisi, la sua produzione è stata per me preziosissima, così come il dubbio di Fanon sulla verità della psichiatria o il dubbio di De Martino sulla verità dell'antropologia.

Il conflitto tra interesse pubblico e protezione dei dati personali

1. *La protezione dei dati personali: un diritto dinamico*

Lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che caratterizza la c.d. "rivoluzione digitale"¹ e la centralità che, in tale contesto, assume la risorsa costituita dai dati personali, hanno avuto un impatto consistente, tanto sulla disciplina della loro circolazione, quanto sulla loro protezione, ove l'effettività delle regole di tutela è messa a dura prova².

La portata della condivisione e della raccolta di dati personali, in ragione dello sviluppo tecnologico, è considerevolmente aumentata. Non solo le imprese private ma anche le Pubbliche Autorità trattano dati personali nello svolgimento delle proprie attività. La tecnologia, trasformando

1. R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino 2019, 65 e s.; Id., *Dati personali in rete aperta*, in *Il trattamento dei dati personali*, vol. II: *profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1999, 277 e s.; sul concetto di rivoluzione digitale, si veda R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, a cura di A. Carbone, Torino, 2021, I, 10 e Id., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2020, 305 e s.; D.U. GALETTA - J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 2019, www.federalismi.it. Da ultimo G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 5 e s.; F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale europeo e il regolamento Ue sulla privacy*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, 2020, 43 e s. e Id., *Qualche considerazione d'insieme sul mercato unico dei dati e la loro tutela nell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2020, 7 e s. Circa il recente Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, cfr. S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla casa di vetro?*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, 515 e s.

2. R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 65. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, vol. II, 3 e s.

l'economia e le relazioni sociali, facilita la circolazione dei dati personali all'interno del sistema unionale, nonché il loro trasferimento verso Paesi terzi e organizzazioni internazionali; le persone fisiche si rendono, perciò, disponibili al pubblico diffondendo su scala mondiale le informazioni personali che le riguardano³.

Ne deriva che la normativa europea per la protezione dei dati personali tende a un obiettivo duplice. L'impostazione testuale del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (Reg. UE, 27 aprile 2016, n. 679), noto come GDPR, è orientata a garantire la circolazione delle informazioni quale presupposto per lo sviluppo del mercato. Le stesse informazioni sono, tuttavia, personali e perciò debbono ricevere una protezione adeguata cui il GDPR tenta di ottemperare bilanciando interessi contrapposti, così come richiesto dal principio di proporzionalità⁴. Quanto ivi previsto, tuttavia, non vale a stabilire un equilibrio immutabile, che deve, di contro, essere definito tramite continue operazioni di bilanciamento, allorquando i diritti, in concreto, contrastino⁵.

Quando si tratta di protezione dei dati personali si ha riguardo ad un diritto fondamentale della persona umana, tale a seguito dell'esplicito riconoscimento nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8 CDFUE). Siffatta impostazione è relativamente recente, se si considera che la *privacy* è stata inizialmente configurata quale dispositivo "escludente", uno strumento volto più a proteggere i dati destinati a rimanere riservati⁶ che a tutelare l'autodeterminazione del soggetto

3. È quanto affermato dal Considerando n. 6 del Reg. (UE) n. 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE* in GU L 119/1 del 4 maggio 2016.

4. Sul principio di proporzionalità quale fondamento di validità rispetto al diritto alla protezione dei dati personali, si veda, da ultimo, V. FIORILLO, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità a fondamento del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2017, www.federalismi.it. Sul principio di proporzionalità, si vedano altresì A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e ID., voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. V, 4644. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, 21; D.U. GALETTA, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in *Enc. Dir.: potere e costituzione*, vol. V: *I tematici*, Milano, 2023, 1032 e s.

5. R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 6.

6. S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, vol. 4, 5, 1890; cfr. S. RODOTÀ, *Controllo e privacy della vita quotidiana*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 402, ora in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2019, 9.

interessato. Cionondimeno, le sue evoluzioni hanno fatto emergere «un diritto sempre più finalizzato a rendere possibile la libera costruzione della personalità, l'autonomo strutturarsi dell'identità, la proiezione nella sfera privata dei principi fondamentali della democrazia»⁷.

Oggi le persone fisiche sono coinvolte nelle dinamiche proprie della società dell'informazione; trovandosi al centro di un flusso continuo di dati, di cui sono sia produttrici che destinatarie, devono poter governare il flusso e, dunque, seguire, controllare e indirizzare la circolazione delle proprie informazioni⁸. Il diritto alla protezione dei dati personali, pertanto, abbandona il carattere statico proprio dei diritti della personalità piuttosto concedendo agli individui strumenti di reazione per rispondere a eventuali intrusioni di terzi⁹. Non più *privacy* come «diritto ad essere lasciato solo»¹⁰, ma protezione in senso proprio, ove il soggetto assume un ruolo attivo nella tutela delle informazioni che lo riguardano¹¹.

Quanto prospettato emerge chiaramente dalla Direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla circolazione dei dati personali¹², prima, e dal Regolamento, poi. Entrambi gli atti legislativi contengono una serie di facoltà riconosciute ai soggetti interessati da un trattamento di dati personali. In particolare il GDPR, con la locuzione «diritti dell'interessato», designa alcune prerogative di natura diversa che, insieme, compongono il diritto – unitario – alla protezione dei dati personali. Agli interessati viene garantito il potere di conoscere l'esistenza di trattamenti relativi a propri dati; di modificarne i contenuti; di cancellare i dati o di rettificarli e – qualora vi siano motivi legittimi – di opporsi alla stessa prosecuzione del trattamento. Un diritto fondamentale, dunque, che richiede – perché la tutela sia effettiva – l'attivazione del soggetto interessato.

Il GDPR, sin dal primo articolo, riconosce la natura fondamentale del diritto oggetto di analisi (art. 1, par. 2, Reg. UE, n. 679 del 2016, cit.), tuttavia la formula della disposizione mostra, *ictu oculi*, una prima contraddizione. Se, da un lato, la norma “consacra” il diritto alla protezione

7. S. RODOTÀ, *Controllo e privacy della vita quotidiana*, cit., 402.

8. *Ibidem*; F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2777 e s.

9. S. RODOTÀ, *Controllo e privacy della vita quotidiana*, cit., 402.

10. S. D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, cit., 194.

11. S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2017, 594.

12. Dir. 1995/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati* in GU L 281 del 23 novembre 1995.

dei dati personali come fondamentale, dall'altro ne sottolinea il carattere complementare all'esercizio di altri diritti pari ordinati. Una criticità emerge quando il riconosciuto carattere fondamentale ha da conciliarsi con il principio della libera circolazione dei dati personali che, sempre stando al GDPR (art. 1, par. 3, Reg. UE, n. 679 del 2016, cit.), non può subire limitazioni per proteggere i dati degli individui. La circolazione dei dati è sacrificabile quando, a fronte della diffusione delle informazioni identificative di un soggetto, possano essere frustrati altri diritti e libertà fondamentali dello stesso (dignità, onore, reputazione) che siano ritenuti prevalenti nel caso concreto¹³.

2. Interesse pubblico e clausola di necessità

Il trattamento dei dati personali¹⁴, da parte di imprese o pubbliche amministrazioni, è lecito quando sussiste almeno una tra le c.d. "basi giuridiche" (art. 6, Reg. UE, n. 679 del 2016, cit.) che di fatto – salvo nell'ipotesi del consenso libero ed informato – rappresentano casi in cui il trattamento si rivela necessario per conseguire scopi determinati (esecuzione di un contratto cui è parte l'interessato; interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica; obbligo legale cui è soggetto l'interessato; esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri). Dunque il trattamento è lecito se fondato, alternativamente, sulla necessità dello stesso o sul consenso dell'interessato che, tuttavia, ha da esprimersi in relazione ad una finalità specifica e non generica¹⁵.

È il «principio di limitazione delle finalità» (art. 5, Reg. UE n. 279 del 2016, cit.) a richiedere che i dati personali siano raccolti per finalità

13. F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 2777 e s.; F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019, 327 e s.

14. Intendendosi per tale «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione» così come previsto dall'art. 4, par. 2, Reg. (UE), n. 679/2016, cit.

15. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 107. F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., 2777.

determinate e che non siano ulteriormente trattati per scopi non precedentemente stabiliti. Le finalità debbono essere specifiche, tali da consentire tanto l'indicazione e l'attuazione di garanzie di protezione quanto la definizione dell'ambito delle operazioni di trattamento; uno scopo vagamente espresso non è adeguato alla previsione del Regolamento sicché il trattamento risulterebbe illegittimo¹⁶.

Con specifico riguardo all'utilizzo di dati personali per l'esecuzione di compiti di pubblico interesse, occorre dare atto della strumentalità che si interpone tra l'effettuazione di un trattamento di dati e la realizzazione dell'attività di interesse pubblico. In altri termini, è possibile trattare dati personali solo quando ciò sia indispensabile per realizzare la pubblica funzione o un pubblico interesse. Il requisito di liceità del trattamento, dunque, si fonda sulla c.d. "clausola di necessarietà"¹⁷.

La citata clausola, essendo prevista dal Regolamento relativo alla protezione dei dati personali, risulta direttamente efficace negli Stati membri. Non occorrono, pertanto, revisioni legislative da parte degli ordinamenti nazionali giacché se rispettata la condizione della necessità del trattamento, quest'ultimo è lecito per effetto diretto della disposizione regolamentare. Il GDPR non identifica *ex ante* alcun potere, rimettendone la determinazione ad una valutazione contingente – o, comunque, successiva – da relazionare al caso concreto in virtù della finalità da perseguire¹⁸. Perciò, è la pubblica amministrazione interna agli Stati membri – in ossequio all'ampio spazio discrezionale¹⁹ che le è concesso – a stabilire quali siano

16. G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 943 e s.; B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, 2022, 22.

17. Art. 7, lett. e, Dir. 1995/46/CE, cit. In termini analoghi, art. 6, lett. e, Reg. (UE), n. 679/2016, cit. B. PONTI, *op. cit.*, 38; M. MIDIRI - S. PIVA, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, a cura di S. Scagliarini, Torino, 2018, 21 e s. Cfr. S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. Dir. Pubb. Comunitario*, 2018, 587 e s.; G. CARULLO, *Trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, in *Riv. it. Dir. Pubb. Comunitario*, 2020, 133 e s.

18. M. MIDIRI - S. PIVA, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, cit., 21 e s.; cfr. B. PONTI *op. cit.*, 43 e s.

19. B. PONTI, *op. cit.*, 43 e s. Sulla discrezionalità della pubblica amministrazione nell'individuazione degli interessi pubblici rilevanti che legittimano, perciò, il trattamento di

gli interessi pubblici rilevanti che legittimano il trattamento di dati personali²⁰. Il Regolamento, come dimostrato, pone un quadro sufficientemente elastico da consentire ai legislatori nazionali specificazioni ulteriori²¹.

3. *La disciplina del “riuso” e l’interconnessione tra le banche dati*

La circolazione della massa crescente di dati personali è presupposto dirimente per la realizzazione della società digitale e del mercato unico; resta, tuttavia, l’esigenza (primaria) di garantire il diritto individuale alla protezione dei dati personali²².

Il Regolamento è, *ex se*, un bilanciamento tra le esigenze citate giacché risponde ad una logica di contemperamento tra valori diversi e, perciò, contrastanti. Se dal testo normativo europeo emerge con chiarezza la complessità nel far “convivere” due diritti in conflitto come parti inscindibili

dati personali S. FOÀ, *Il trattamento dei dati personali per finalità di rilevante interesse pubblico*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXVI: *La protezione dei dati personali*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2005, 343; L. FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali. L’impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 690 e s. In generale, sull’attività discrezionale della pubblica amministrazione: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 75 e s.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *La cura dell’interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l’annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 129.

20. Con il c.d. “decreto capienze”, d.l. n. 139/2021 (“Disposizioni urgenti per l’accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l’organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali”) conv. con modifiche nella l. n. 205/2021, si è consentito alle pubbliche amministrazioni di definire, con atto amministrativo generale, perfino le finalità del trattamento di dati particolari.

21. B. PONTI, *op. cit.*, 44. Trattasi del cosiddetto “margine di manovra” riconosciuto agli Stati Membri che, di fatto, comporta una discreta frammentazione nell’applicazione della disciplina a tutela della protezione dei dati a livello unionale. In Italia, oltre al Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs., n. 196/2003 e s.m.i.) emanato in attuazione della Direttiva 1995/46/CE, cit. e poi adeguato al Nuovo Regolamento, occorre tenere conto altresì degli atti amministrativi dell’Autorità Garante.

22. S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2017, 594; F. ROSSI DAL POZZO, *Qualche considerazione d’insieme sul mercato unico dei dati e la loro tutela nell’Unione europea*, cit., 7 e s.; B. NASCIMBENE, *Il Mercato Unico Digitale quale nuova frontiera dell’integrazione europea considerazioni introduttive*, in *Eurojus*, 2020, 11 e s.; A. SAJIA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, in *Eurojus*, 2020, 103 e s.

del trattamento dei dati personali²³, ancora maggiori sono le difficoltà applicative²⁴, soprattutto allorquando si tratti di “riuso” di dati personali per finalità ultronee rispetto a quelle per cui i dati sono stati precedentemente raccolti. Il principio di limitazione delle finalità, si è detto, è giustificazione e limite di ogni trattamento, non è dunque possibile – salvo eccezioni – trattare ulteriormente i dati acquisiti per finalità incompatibili rispetto a quella iniziale²⁵.

Il principio di fruibilità delle banche dati detenute, alimentate e gestite dalle singole amministrazioni a beneficio dell’intero sistema pubblico è obiettivo promosso dall’Unione Europea e recepito dal nostro ordinamento giuridico²⁶. Ciononostante, l’interconnessione tra le banche dati trova nel principio di limitazione delle finalità un vincolo significativo, costituendo quest’ultimo un limite alla circolazione dei dati personali e,

23. F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell’Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell’uomo*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2015, 1620 e s.

24. B. PONTI, *op. cit.*, 23 e s. Come dimostrato, quando il trattamento deve essere eseguito per motivi di interesse pubblico, le operazioni di bilanciamento sono lasciate alla discrezionalità della pubblica amministrazione, dunque al diritto amministrativo interno agli Stati membri (art. 6, reg. UE, n. 279 del 2016, cit.) questi ultimi possono, pertanto, prevedere discipline specifiche ad integrazione del GDPR.

25. B. PONTI, *op. cit.*, 59 e s.

26. Piano d’azione dell’UE per l’eGovernment 2016-2020, COM(2016) 179 final. Cfr. PNRR, Investimento 1.3: Dati e interoperabilità. L’investimento è teso a promuovere le modalità di interconnessione tra le basi dati delle Amministrazioni, onde creare una “Piattaforma Digitale Nazionale Dati”. Obiettivo dell’investimento è quello di ridurre il “gap digitale” della pubblica amministrazione italiana, accelerando quella trasformazione digitale che alimenta, insieme ai principi di efficacia, efficienza ed economicità, il canone di buona amministrazione. L’interoperabilità è mezzo di semplificazione amministrativa, consente e favorisce l’interazione, tanto tra amministrazioni pubbliche, quanto tra pubblica amministrazione ed utenza. I cittadini, grazie a sistemi interoperabili, non debbono fornire informazioni già cedute in occasione di precedenti contatti con il sistema pubblico. Cfr. Art. 60 Codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005). Cfr. Dir. 2019/1024/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa all’apertura dei dati e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico*, in GU L 172/56 del 26 giugno 2019, ivi è precisato che i dati personali debbono essere protetti o resi anonimi. Per dottrina: R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, 2021, 11 e s. Da ultimo si vedano G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 21 e s. I. ALBERTI, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la piattaforma nazionale dati*, in *L’istituzione del federalismo*, 2022, 473 e s.

dunque, alla realizzazione del patrimonio informativo pubblico che di informazioni personali si compone e si “alimenta”²⁷.

L'esercizio della funzione pubblica è condizione sufficiente per trattare legittimamente informazioni personali (art. 6, par. 1, lett. e, Reg. UE n. 279 del 2016, cit.), tuttavia risulta intrinsecamente correlato al profilo della compatibilità della finalità del trattamento stesso ove quest'ultimo non si configura quale “iniziale”, ma come “successivo”. L'identificazione della finalità deve effettuarsi, talvolta, rispetto ad amministrazioni che esercitano funzioni pubbliche specifiche, talaltra, verso una banca dati preordinata alla raccolta di informazioni; va da sé che, in quest'ultima ipotesi, il confronto tra la finalità per cui si rende necessario il “riuso” e quella cui è preordinata la raccolta iniziale dei dati risulta maggiormente difficoltoso poiché il parametro è più generico²⁸. Giova inoltre evidenziare che il Regolamento sulla protezione dei dati personali, per mezzo di due diverse disposizioni (artt. 13 e 14 Reg. UE n. 279 del 2016, cit.), pone a carico dei titolari del trattamento un obbligo di informazione nei confronti degli interessati secondo la declinazione ivi prevista, dovendo essere assicurata la trasparenza del trattamento, a prescindere dalla base giuridica su cui il medesimo si fonda²⁹. Ne deriva che, nel caso di riutilizzo di dati già raccolti da altra amministrazione, qualora la finalità non sia compatibile, occorre rendere nuovamente l'informativa agli interessati³⁰.

L'interconnessione di banche dati implica il trattamento di una moltitudine di informazioni personali che, nella logica del principio *once only*, debbono essere a disposizione dell'intero sistema pubblico. In virtù di quanto sopra descritto, l'amministrazione che intenda servirsi dei dati contenuti in un'ipotetica base dati pubblica, prima di procedere al trattamento

27. B. PONTI, *op. cit.*, 59 e s. Sulle banche dati pubbliche ancora R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit., 11 e s.; S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 587 e s.; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 21 e s.; I. ALBERTI, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la piattaforma nazionale dati*, cit., 473 e s.

28. S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale ed europeo* cit., 587 e s.; B. PONTI, *op. cit.*, 60 e s.

29. B. PONTI, *op. cit.*, 60 e s.

30. *Ivi*, 58. Si veda, altresì, il parere reso dal Gruppo di lavoro Articolo 29 della Dir. 95/46/CE, cit. (ora *European Data Protection Board*), del 2 aprile 2013, n. 3. Si precisa che, anche allorquando le finalità siano compatibili, deve essere resa agli interessati l'informativa ove muti il titolare del trattamento.

deve effettuare, *in primis*, una attenta valutazione circa la necessità dello stesso per il raggiungimento dei propri fini istituzionali e, successivamente, condurre una disamina circa la compatibilità tra le finalità del trattamento “iniziale” e “successivo” – compito arduo, se si considera che la banche dati non si accompagnano ad intenti precisi. Nell’eventualità in cui le finalità non siano in continuità, è poi necessario fornire opportuna informativa a tutti i soggetti coinvolti dal futuro trattamento. Stante la “base giuridica” dell’interesse pubblico, l’autodeterminazione del soggetto privato viene meno – posto che i dati possono essere raccolti dall’amministrazione anche d’ufficio – cionondimeno, il soggetto ha il diritto di essere informato³¹.

In capo all’amministrazione vi è l’obbligo di raccogliere e scambiare i dati con altri soggetti pubblici, per implementare l’elemento informativo e realizzare, in tal modo, la cooperazione applicativa³². La realizzazione di tale disegno, tuttavia, ha da conciliarsi con il diritto alla protezione dei dati personali, nei termini sopra declinati. All’amministrazione pubblica sono dunque richiesti adempimenti che sembrano contrastare con le tendenze di semplificazione dei procedimenti amministrativi³³.

A fronte di quanto descritto si può concludere che la tutela dei dati personali – e in particolare la disciplina del loro riutilizzo – confligge non soltanto con gli obiettivi che si prefigurano Unione europea e Stati membri, ma anche con l’esercizio di talune libertà (si pensi alla libertà di scienza ove, spesso, è necessario trattare dati personali³⁴). Tuttavia si tratta di un conflitto risolvibile per mezzo di operazioni di bilanciamento che debbono effettuarsi, nel rispetto delle richiamate previsioni normative, in riferimento al caso concreto perché, giova ribadirlo, pur essendo il diritto alla protezione dei dati personali un diritto fondamentale è sacrificabile a

31. G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi*, 2019, www.federalismi.it.

32. S. D’ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 587 e s.

33. Sulla semplificazione amministrativa: E. CASSETTA, *La difficoltà di “semplificare”*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 e s. e, per dottrina più recente, F. FRACCHIA - P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi*, 2020, www.federalismi.it; S. FOÀ, *La semplificazione procedimentale*, in *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di C.E. Gallo, Torino, 2023, III ed., 251 e ss.

34. Per un approfondimento sul tema: S. D’ALFONSO, *L’attività di ricerca universitaria nelle scienze sociali e la nuova disciplina sul trattamento dei dati personali*, in *Federalismi*, 2020, www.federalismi.it. A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell’attività di ricerca scientifica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 175 e s.

fronte di esigenze ritenute prevalenti³⁵. La difesa delle informazioni personali degli individui, pur vacillando innanzi alle esigenze di circolazione (iniziale), risulta forte dinanzi alle pretese di trattamento secondario. Sebbene il riutilizzo dei dati personali sia consentito, gli adempimenti richiesti ai soggetti che intendano servirsene paiono essere eccessivamente gravosi, con il rischio di disincentivare le attività necessarie per lo sviluppo di tecnologia, scienza e ricerca.

35. Tra le quali la trasparenza amministrativa e gli istituti serventi, primo fra tutti il diritto di accesso civico generalizzato, che può essere escluso solo qualora arrechi un “pregiudizio concreto” alla riservatezza, con le note distinzioni da operare in ragione della tipologia dei dati trattati. In materia S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 65 e s.; ID., *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in *Scritti in onore di Francesco Pizzetti*, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino e A. Poggi, Napoli, 2020, vol. II, 497 e s. Da ultimo, E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, 2022.

Che cosa ha da dire la psicoanalisi sul tema dei conflitti e della guerra?

La prima domanda rivolta ad uno psicoanalista che voglia trattare del tema della guerra, potrebbe essere quella di capire, come scrive Franco Fornari¹, nel suo *Psicoanalisi della guerra*, con quale diritto egli possa occuparsi di queste cose che non sono di sua competenza? Quale contributo, in particolare in questo momento, potremmo chiedere alla psicoanalisi nella comprensione delle ragioni che portano l'uomo a fare guerra ad altri uomini?

E ancora, come possiamo comprendere, di fronte alla guerra che non si ferma, alle guerre che si ripetono, sempre uguali a se stesse, il nostro umano rifiuto e disdegno e, insieme, nello stesso tempo, la nostra attrazione, quasi come se si trattasse di una tentazione irresistibile? Se non entriamo in questo “amore per la guerra”, come ci direbbe James Hillman², non potremmo comprenderne la forza di attrazione.

Fornari, con il suo rigore nell'affrontare il tema della guerra, risponde che lo psicoanalista gode, attraverso l'analisi dei pazienti, di un osservatorio privilegiato rispetto al tema della guerra. Può permettersi di vedere sia le modalità interne con cui le persone elaborano inconsciamente le esperienze di guerra, quelle politiche e sociali in generale, sia di comprendere le motivazioni che portano le persone in guerra, i sistemi di difesa e le angosce profonde che si strutturano nel fenomeno della guerra.

Diventa fondamentale “entrare in guerra”, nell'immaginario della nostra anima in guerra, tenendo viva la nostra riflessione sul tema della guerra, senza mai saturare il campo della parola e del confronto. Hanna Segal, una delle voci che sono state più autorevoli nella psicoanalisi contemporanea, di fronte alla minaccia di un nuovo conflitto nucleare, non esitò

1. F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra*, Milano, 1966. Profondo e originale testo, scritto in piena guerra fredda, e ripubblicato recentemente, nel 2023, con prefazione di Massimo Recalcati.

2. J. HILLMAN, *Un terribile amore per la guerra*, Milano, 2004.

a sottolineare come «è il silenzio il vero crimine», e come la psicoanalisi possa offrire un importante contributo nella comprensione profonda del fenomeno guerra, aumentando la consapevolezza del singolo e della collettività circa la responsabilità di ciascuno affinché i conflitti possano non tradursi in guerre³. La psicoanalisi “non può tacere”, nel suo porre al centro il potere delle parole e il loro effetto trasformativo, nell’approfondire lo studio dei meccanismi di difesa individuali e gruppali, del funzionamento della psiche e delle sue dinamiche.

Parlare del tema della guerra significa inoltrarsi in un fenomeno che riguarda tutti, sempre. Che entra nella vita personale di ciascuno ed è presente nella stanza di analisi in cui lavoro ogni giorno. L’interno e l’esterno che vivono i pazienti non sono due mondi separati e il tema del reale della guerra, delle guerre contemporanee, fa parte dei racconti delle persone che incontro, entra nelle simbolizzazioni di ciascuno, nei sogni e nelle fantasie diurne.

Le istanze interne di ciascuno, così come del soggetto che entra in analisi, stanno tra loro in un continuo rapporto dialettico, spesso conflittuale. Veri teatri di combattimento tra pulsioni che spingono in direzioni diverse, che si scontrano con la realtà, o con un’immagine ideale di noi stessi. Vita e morte, amore e odio, invidia, gelosia e compassione, fanno del mondo interno di ciascuno di noi una sorta di parlamento che mette a confronto, ogni giorno e ogni notte, tensioni diverse. Un teatro di rappresentazioni, di figure che entrano in contrasto, di immagini e di sogni quasi sempre agitati, spesso in subbuglio, non di rado in guerra.

L’esperienza della psicoanalisi, a partire dal prezioso contributo di Freud⁴, nasce come l’esperienza di una “cura parlata”⁵ e la psicoterapia diventa un osservatorio privilegiato che dà parola a fenomeni psichici, conflittualità interne, sofferenze, sintomi, che in una prospettiva psi-

3. H. SEGAL, *Silence is the Real Crime*, in *International Review of Psychoanalysis*, 14, 1987, 3-12. Questo contributo, già pubblicato nel 1987, fu già presentato ad Amburgo nel 1985, all’apertura del Congresso IPA, durante l’inaugurazione dell’incontro dell’*International Psychoanalysts Againsts Nuclear Weapons*.

4. S. FREUD, *Studi sull’isteria e altri scritti (1886-1895)*, in *Opere*, Torino 1977, vol. 1.

5. «Mai nessuno, fino ad allora, aveva guarito un sintomo isterico con tali sistemi, né si era tanto avvicinato alla scoperta della sua causa. [...] le cose stavano proprio così; quasi tutti i sintomi erano insorti esattamente allo stesso modo, come residui, come precipitati (se così si può dire) di esperienze affettivamente cariche, che per tale motivo, denominammo in seguito “traumi psichici”», S. FREUD, *Cinque Conferenze sulla Psicoanalisi* (1909), Torino, 1977, 148.

codinamica sono come discorsi senza parole. In questo senso il lavoro psicoterapeutico consiste innanzitutto nel trasformare l'esperienza del soggetto in un racconto che diventa trasformativo.

Parlare di sé – dei propri pensieri, sentimenti, ricordi, sogni, fantasie, paure e desideri – assume allora un'importante funzione terapeutica, a condizione però che tale discorso avvenga alla presenza di un'altra persona, capace di ascoltarlo.

Perché ci sia analisi occorre, infatti, che ci sia pratica di parola, di confronto con l'Altro, col diverso da se stessi. Jaques Lacan concepisce la psicoanalisi come esperienza di parola, funzione della parola, fondata sulla struttura del linguaggio⁶.

Il “fare parola” della conflittualità interna al soggetto, del dinamismo tra le diverse istanze, il fare esperienza di “una presa di parola”, costituisce il cuore dell'esperienza analitica e assume oltre ad una funzione curativa anche un'importante funzione sociale.

La parola del soggetto trova il suo senso, come ci dice Lacan, nel riconoscimento dell'Altro, ossia nella risposta che si riceve dall'Altro. Negli scritti *Funzione e Campo della parola e del linguaggio in psicoanalisi*, testo essenziale, quasi un manifesto dell'insegnamento lacaniano, Lacan concepisce la psicoanalisi come esperienza di parola, fondata sulla struttura del linguaggio. Dice Lacan che ogni parola chiama una risposta, «non v'è parola senza risposta, anche se non incontra che il silenzio, purché essa abbia un uditore»⁷. La parola, detto in altro modo, è una domanda di riconoscimento, che cerca l'Altro come colui che darà senso a quella parola. Essa istituisce ogni volta una relazione che è una relazione di riconoscimento reciproco.

Nelle parole dei pazienti, soprattutto dei più giovani, durante questi ultimi anni, abbiamo sentito, come psicoterapeuti, le conseguenze dell'effetto traumatico della guerra. Gli adolescenti hanno messo in fila, nella loro breve vita, una pandemia, subito dopo una guerra, insieme all'attuale scenario di violenza di altri focolai di guerra, di alcuni regimi teocratici che si sono accaniti soprattutto nei confronti delle nuove generazioni che si sono mosse alla ricerca di libertà di parola e di espressione.

6. «Or toute parole appelle réponse. Nous montrerons qu'il n'est pas de parole sans réponse, même si elle ne rencontre que le silence, pourvu qu'elle ait un auditeur, et que c'est là le cœur de sa fonction dans l'analyse», J. LACAN, *Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse*, in *La psychanalyse*, 1, 1956, 81-166, 93.

7. J. LACAN, *Funzione e campo della parola e del linguaggio in psicoanalisi*, trad. it., in *Scritti*, Torino, 1976, vol. 1, 241.

L'impatto, poi, con l'imprevedibilità di alcuni fenomeni ambientali di questo tempo, ha aumentato nei giovani la preoccupazione per il proprio futuro. Ricerche attuali ci hanno mostrato che alcune persone sperimentano un significativo sentimento di perdita, impotenza e frustrazione come risultato della loro percepita incapacità di portare un cambiamento nella situazione che vivono. Nell'ultimo decennio, il numero di persone che soffrono di ansia è gradualmente aumentato e ora è un fenomeno diffuso con pesanti conseguenze sulla salute mentale. Anche se non è ancora considerata una condizione diagnosticabile, il riconoscimento dell'ansia per le guerre, sta avendo un forte impatto sui giovani adulti, cambiando la loro rappresentazione mentale del futuro, la possibilità di proiettarsi in esso e di cercare con libertà e fiducia possibili forme e direzioni da dare al loro desiderio.

La paura della guerra può assumere la forma di un sintomo psichico che si situa come punto di condensazione dei drammi della storia del soggetto che incontrano i drammi della storia dell'umanità.

Un giovane paziente di 22 anni diceva, nel mio studio alcune settimane fa:

Sto cercando di capire quanto tempo avremo ancora, se il mio futuro coprirà la mia esistenza biologica o sarà breve. Questo mi agita. Questa guerra, questa pandemia mi hanno tolto qualcosa, non riesco più a pensare "in lungo", in modo ampio. Questa notte ho sognato tanti giovani uomini con tute bianche camminare in fila verso qualcosa. Con loro dei bambini che giocavano in mezzo alla fila. Nessuno degli uomini poteva voltarsi, tutti andavano in un'unica direzione, dove cadevano uno ad uno, compresi i bambini.

Mi sono svegliato impaurito, in un vortice di rabbia che non riuscivo a capire.

Se certamente il tema della provvisorietà e della finitezza dell'esistenza fa parte da sempre dell'esperienza umana, in questo tempo, le nostre vite sembrano essere diventate più fragili. La diffusione di panico e depressione denuncia questa condizione. L'attacco di panico segnala la paura nei confronti di ciò che non posso decidere della vita, di ciò che mi sembra che vada inesorabilmente in un'unica direzione, senza che si possa fare qualcosa. Di ciò che accade e arriva in modo inaspettato, dell'ingestibilità della realtà che si presenta. La guerra, come la pandemia che abbiamo affrontato negli ultimi anni, hanno in comune un'angoscia depressiva: che cosa ne sarà di me, di ciò che sono ora, della scuola, del lavoro, delle persone che amo, della mia famiglia, di questo mondo, del mio essere giovane e del mio futuro?

In conseguenza a questa crisi profonda e ai sintomi che ne derivano, possono crescere rabbia e risentimento, insieme alla ricerca di un colpevole.

Qualcuno, un gruppo, che diventa maligno e che permette di scaricare la frustrazione che la crisi ha generato. L'odio che ne scaturisce può arrivare a distruggere l'altro, senza passare attraverso il lungo percorso della parola. Come se, al posto di transitare nell'incertezza di una situazione non definita e faticosa, si passasse direttamente alla ricerca di una causa, di un colpevole a cui attribuire la responsabilità della crisi e con il quale entrare in conflitto. L'aggressività che ne deriva, senza intraprendere la strada della parola, che obbliga alla rinuncia della violenza a favore della possibilità di un confronto, porta alla inevitabile ricerca di annientamento di chi si ritiene in qualche modo responsabile della situazione di crisi e di instabilità in cui si vive.

Il tema dell'effetto traumatico della guerra, della violenza di massa e dei fenomeni di sopraffazione dell'altro, sono stati al centro della discussione e delle linee interpretative della psicoanalisi sin dalla sua origine.

Quando scoppia la Prima guerra mondiale, la clinica psicoanalitica e i suoi concetti acquistano rilievo e costituiscono l'oggetto di importanti controversie, sia all'esterno che all'interno del campo stesso della psicoanalisi. Al quinto congresso psicoanalitico tenutosi a Budapest nel 1918 parteciparono alcuni tra i più grandi psicoanalisti e allievi di Freud dell'epoca (Sigmund Freud, Sandor Ferenczi, Karl Abraham, Ernst Simmel, Ernest Jones) per discutere le principali cause della psicopatologia traumatica di guerra nel tentativo di trovare una soluzione⁸. Il tema del congresso di Budapest risultava quanto mai attuale in quanto quello delle nevrosi di guerra veniva sentito come una grande emergenza su tutti i fronti di guerra perché indeboliva i combattenti costituendo un grave costo sociale.

La fine della guerra non consentì a questo primo, storico, incontro di avere riscontri immediati, ma l'intervento degli psicoanalisti e la loro opposizione alle forme di trattamento utilizzate fino a quel momento che risultavano inefficaci, fecero compiere alla psicoanalisi un salto in avanti non solo in termini di diffusione, ma anche per quanto concerne la clinica e la teoria delle nevrosi in generale, di cui quelle di guerra erano solo un caso particolare.

E. Jones, pioniere della psicoanalisi, in quella occasione e poi in una breve trattazione⁹, concepisce la psicoanalisi non solo come una teoria e

8. Con il titolo *Psicanalisi delle nevrosi di guerra* nel 1919 si raccolgono in un volume tutte le relazioni tenute nel settembre del 1918 in occasione del quinto Congresso psicoanalitico di Budapest. Nel 2021 si ristampa con il titolo *Psicanalisi e guerra*.

9. E. JONES, *Che cos'è la psicoanalisi?*, trad. it., Vera Nozzoli, Firenze, 2009. La breve trattazione di Jones (1879-1958), uno dei primi seguaci di Freud, presenta con efficace sintesi espositiva la storia, la struttura teorica e i campi applicativi della dottrina psicoanalitica.

una terapia della psiche, ma anche come una visione generale sull'uomo e sulle sue attività. Nel suo intervento, rileva come nella guerra sia non solo permesso, ma imposto di comportarsi in modo contrario a ogni esigenza di civiltà. Del resto Freud, già pochi mesi dopo lo scoppio della prima guerra, scriveva una lettera all'amico e collega olandese, lo psichiatra Frederik van Eeden¹⁰, dove parlava chiaramente della delusione della guerra, anticipando l'idea che avrebbe poi sviluppato nel saggio *Al di là del principio di piacere* (1920) del concetto di pulsione di morte. Queste dichiarazioni private, scritte all'amico, sono riprese, subito dopo, nel saggio *Considerazioni attuali sulla guerra e sulla morte* (1915), scritto in piena Prima guerra, dove Freud si esprime con parole molto attuali che potrebbero essere scritte oggi:

La guerra a cui non volevamo credere è scoppiata ci ha portato la delusione [...]. Essa infrange tutte le barriere riconosciute in tempo di pace e costituenti quello che si diceva il diritto delle genti [...], non distingue fra popolazione combattente e popolazione pacifica, viola il diritto di proprietà¹¹.

Oltre alla delusione Freud sottolinea come la guerra evidenzia la fragilità del nostro intelletto a fronte dei nostri impulsi inconsci distruttivi ed

10. «Egregio collega, sotto l'influsso di questa guerra mi permetto di rammentarLe due asserzioni che la psicoanalisi ha avanzato e che certamente hanno contribuito a renderla impopolare presso il pubblico. Dallo studio dei sogni e delle azioni mancate delle persone sane, oltretutto dei sintomi nevrotici, la psicoanalisi ha tratto la conclusione che gli impulsi primitivi, selvaggi e malvagi dell'umanità non sono affatto scomparsi, ma continuano a vivere, seppure rimossi, nell'inconscio di ogni singolo individuo (così ci esprimiamo nel nostro gergo), aspettando l'occasione di potersi riattivare. La psicoanalisi ci ha inoltre insegnato che il nostro intelletto è qualcosa di fragile e dipendente, gingillo e strumento delle nostre pulsioni e dei nostri affetti, e che siamo costretti ad agire ora con intelligenza ora con stoltezza a seconda del volere dei nostri intimi atteggiamenti e delle nostre intime resistenze. Ebbene, guardi cosa sta accadendo in questa guerra, guardi le crudeltà e le ingiustizie cui si rendono responsabili le nazioni più civili, la malafede con cui si atteggiavano di fronte alle proprie menzogne e iniquità a petto di quelle dei nemici; e guardi infine come tutti hanno perso la capacità di giudicare con rettitudine: dovrà ammettere che entrambe le asserzioni della psicoanalisi erano esatte. È probabile che non fossero del tutto originali: molti pensatori e conoscitori del genere umano hanno detto cose analoghe. Tuttavia la nostra scienza ha portato entrambe queste tesi fino alle loro estreme conseguenze e le ha utilizzate per chiarire numerosi enigmi di natura psicologica. Augurandomi di rincontrarLa in tempi migliori, la saluto con molta cordialità. Suo Sigmund Freud». S. FREUD, *Opere*, Torino 1989, vol. VIII.

11. S. FREUD, *Considerazioni attuali sulla guerra e la morte*, in S. FREUD - A. EINSTEIN, *Perché la guerra?*, Torino, 2022.

autodistruttivi. La guerra provoca un annebbiamento delle facoltà intellettuali dell'uomo: «[...] la scienza ha perduto la sua serena imparzialità [...], il singolo ha smarrito ogni orientamento e si sente inibito nelle sue facoltà»¹².

Con pessimismo Freud sottolinea poi la difficoltà che i popoli fanno nel superare il rancore e nel promuovere un cambiamento che possa portare ad un ristabilirsi di una situazione di pace: «La guerra spezza tutti i legami di comunità [...] e minaccia di lasciar dietro di sé un tale rancore da rendere impossibile per molti anni una loro ricostruzione»¹³.

Anche in un carteggio successivo intercorso con Albert Einstein nell'estate del 1932 in *Perché la guerra?*, Freud non sembra vedere molte soluzioni in risposta alle spinte brutali dell'uomo sull'uomo. Einstein aveva ricevuto dalle Nazioni Unite l'incarico di consultare degli scienziati che rispondessero proprio a questa domanda "C'è un modo per liberare gli uomini dalla fatalità della guerra?". Il tentativo di Freud in questo scritto, rispetto ai precedenti, è sicuramente quello di cercare di stemperare, attenuare l'amarezza e di dare una speranza, proponendo, come unica strada da percorrere quella di un'opera di incivilimento che passi attraverso la parola, il dialogo, la negoziazione come unica arma in nostro possesso per contrastare la violenza e la morte.

La psicoanalisi, nel suo essere eversiva, attraverso gli scritti di Freud sulla guerra, ci pone dinnanzi ad una verità che è insopportabile e che a non è affatto consolatoria. La guerra ci delude ponendoci di fronte alla nostra natura violenta, increduli di essere tali, costantemente davanti all'orrore delle nostre azioni, all'"annebbiamento" delle nostre facoltà razionali e alla caduta dell'ideale di un uomo capace di realizzare la pace con i suoi simili. Non riusciamo a gestire le nostre pulsionalità distruttive e autodistruttive, rimettiamo in gioco le stesse conflittualità e ci troviamo continuamente ad osservare una sconcertante ripetizione: le guerre continuano, dopo una guerra ne succede un'altra, e sembra che non si impari mai niente.

Il padre della psicanalisi, ci ricorda ancora come «la storia primordiale dell'umanità è tutta piena di assassini», la storia che ancor oggi i nostri figli imparano a scuola, non sia in realtà altro che una lunga serie di guerre, di «uccisioni fra i popoli»¹⁴. Ritorni ciclici sulla "scena" della storia, ma

12. S. FREUD, *La delusione della guerra*, in *Considerazioni attuali sulla guerra e sulla morte* (1915, I ed. 1975), Torino, 2022, 15-16.

13. *Ivi*, 16.

14. *Ivi*, 40.

anche un meccanismo che spinge ciascuno nella propria vita a ritrovarsi sempre nelle stesse spiacevoli situazioni, a fare gli stessi errori, e che induce a fare i conti con la ripetizione del “dispiacere”. Questa riflessione porta Freud in *Al di là del principio del piacere* (1920) a trovare una connessione tra questa coazione a ripetere e la pulsionalità, teorizzando l’esistenza non solo di pulsioni che tendono verso la vita, ma anche di una pulsione di morte, come spinta costantemente presente, che porta all’autodistruzione, che impedisce lo sviluppo e che induce alla ripetizione. Queste due spinte, questi due amori, per la vita e per la morte, terribilmente opposti, sono compresenti nell’animo umano. Un’oscillazione che continuamente sperimentiamo nel nostro mondo interno e sociale.

Tutti noi siamo dominati da una spinta aggressiva a distruggere il nostro simile, come sede di «un’alterità irriducibile e, come tale, perturbatrice dell’ordine interno dell’apparato psichico»¹⁵. Se da una parte facciamo esperienza, sin dall’origine della nostra vita, della necessità della presenza dell’Altro, del legame e della relazione con l’Altro che è vitale, nello stesso tempo viviamo l’Altro internamente come una minaccia, come un’intrusione, sempre come uno straniero che viene a destabilizzare un equilibrio. Anche la pandemia è stata l’esperienza di questa ambivalenza nei confronti degli altri: da una parte, desiderio profondo di contatto vitale con l’Altro e, dall’altra, la necessità di tenerlo distante perché “infettivo”, pericoloso per la propria vita.

La spinta aggressiva appartiene alla forma umana della vita, e noi tutti, come già scriveva Freud, «considerati in base ai nostri inconsci moti di desiderio» altro non siamo, che una “masnada di assassini”. Recalcati¹⁶ sottolinea che, a partire dalla rilettura di Freud, nell’aggressività umana vi sia qualcosa di sconcertante: non solo la violenza che la guerra scatena è una risposta alla possibile minaccia di violazione dei nostri confini, ma c’è qualcosa di più profondo negli uomini, qualcosa di strutturale che ci rende nell’inconscio tutti assassini. Nell’inconscio siamo tutti “assassini”, perché la violenza e la guerra, argomenta Recalcati, sarebbero assimilabili all’allucinazione. L’allucinazione, dal punto di vista clinico, è una sorta di soddisfazione per via breve. Le soddisfazioni non allucinatorie invece, implicano un percorso impegnativo, costringono al confronto con l’Altro,

15. M. RECALCATI, *Prefazione* (2023), in F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra* (1966), Milano, 2023. Si veda la Prefazione di M. Recalcati a F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra*, cit.

16. M. RECALCATI, *Il fascino dell’autodistruzione*, in *La Stampa*, 15 ottobre 2022, disponibile al sito www.lastampa.it/cultura/2022/10/15/news/il_fascino_dellautodistruzione-12081535/.

al differimento della scarica della pulsione, all'esperienza della mancanza, all'elaborazione del lutto del non essere Tutto. Nelle forme di soddisfazione non allucinatorie, sostiene Recalcati¹⁷, sperimentiamo che l'entrare in relazione con gli altri, con una alterità, significa diventare consapevoli di non essere l'Unico sulla terra e che continuamente ci possa essere qualcuno che ci «destituisce da una posizione di assoluto privilegio» e con il quale ci può essere un incontro solo a patto di passare attraverso una faticosa accettazione della sua diversità ed estraneità.

L'arrivo di un Altro è sempre un trauma, quando il nostro tentativo è quello di voler essere l'Uno, il Solo. Ci infastidisce, ci fa paura, ci costringe ad un confronto il cui esito è sempre incerto. Potrebbe non essere affatto facile entrare in relazione con l'Altro e potrebbe non vederci uscire vincenti. Il sentimento di frustrazione dell'essere stati messi in secondo piano, accanto al sentimento di invidia nei confronti dell'Altro, il voler essere come lui, il non riuscire ad accettare la sua spinta a vivere, la sua felicità, il suo semplicemente esserci¹⁸, possono far scaturire violenza e guerra.

Nella tesi centrale di Fornari, ripresa e rielaborata da Recalcati¹⁹, le guerre, comprese quelle attuali contemporanee, nello stesso modo di quelle delle civiltà primordiali, descritte negli esempi dell'autore, sarebbero "l'elaborazione solo paranoica del lutto"²⁰. Sarebbero, infatti, la conseguenza di un'illusione di onnipotenza, dove non si prevede l'esperienza del sentirsi mancanti, dove non si rinuncia a perdere, a "fare lutto" di un'idea di totalità, di un'unica verità valida per tutti, passaggio che attiva la proiezione sull'estraneo di una presenza cattiva, colpevole e minacciosa, rendendolo nemico da distruggere.

Questa assimilazione della guerra all'allucinazione implica quindi il rigetto del lutto, la forclusione del lutto e dell'incontro con la diversità dell'Altro. L'allucinazione porta la pulsione a soddisfarsi per via breve e questa immediatezza sarebbe proprio l'illusione della violenza e della guerra: una soddisfazione quasi istantanea, una risoluzione dei problemi complessi con un'operazione veloce, netta, senza passare attraverso la faticosa mediazione della parola.

17. *Ibidem*.

18. M. RECALCATI, *L'eredità di Caino dalla violenza alla parola*, in *La Stampa*, 3 agosto 2020, disponibile al sito www.lastampa.it/topnews/lettere-e-idee/2020/08/03/news/l-eredita-di-caino-dalla-violenza-alla-parola-1.39153987/.

19. ID., *Prefazione* a F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra*, cit.

20. F. FORNARI, *Psicoanalisi della guerra*, cit.

Di fronte alle guerre, che pur inesorabilmente si ripetono, non ci resta che sperare di riuscire a tenere una posizione che tenga attiva la parola, che ci permetta di sentirci tutti coinvolti e parte di una comunità umana dove poter sperimentare la profondità di una condivisione faticosa, ma straordinaria, della nostra sofferenza, delle mancanze e ambivalenze, come unica forza che può contrastare le nostre parti più violente, prima che queste prendano la strada che, attraverso una posizione paranoide, ci spinge a scaricarle sugli altri, trasformandoli in nemici.

Conflitto e diritto: la prospettiva dell'economia*

Dopo le belle parole che hanno introdotto questo Convegno, devo intanto dire che anche io ho il piacere di coordinare un Dottorato presso la Pontificia Università Lateranense, il Dottorato in Scienze dell'Economia Civile, che ha un carattere multidisciplinare e a cui partecipano economisti, giuristi e storici. Credo di avere dunque una naturale predisposizione al dialogo tra discipline e io stesso mi sono occupato di tematiche di carattere naturalmente interdisciplinare, come la felicità, il benessere e la gratuità. Tutti elementi che certo non possono mai essere affrontati solo dalla prospettiva di una sola disciplina, specie quando si tratta di scendere dal piano teorico a quello "operativo".

Ciò detto, il tema del conflitto può senz'altro essere definito anche come un grande tema economico. Si possono leggere l'economia e la sua storia dalla prospettiva della categoria (del conflitto), ponendosi domande quali i tipi di conflitti ai quali guarda l'economia (o ha guardato nel corso della sua storia) e quali tra di essi la nostra disciplina ha pensato di risolvere, nonché in che modo si è proposta di farlo.

In un certo senso, si potrebbe anche immaginare lo sviluppo dei mercati, dei commerci e, in senso ampio, dell'economia, come un mezzo per cercare di ridurre la conflittualità tra le persone e tra i popoli. In particolare, questa è la prospettiva della linea di pensiero che si è sviluppata in Europa nel XVIII secolo. Pensiamo in particolare a Montesquieu e all'idea formulata da questo pensatore – ma potremmo anche citare Kant e gli italiani della scuola napoletana – di un "dolce commercio", ossia dell'idea che dove passano le merci non devono (o non dovrebbero) passare le armi. Certo, oggi noi siamo consapevoli che la questione è un po' più complessa, come testimoniano certi fin troppo noti episodi della Storia recente, ma l'utopia illuminista che animava gli autori citati li portava a

* Relazione trascritta e non rivista dall'Autore

immaginare un tempo in cui la diffusione dei mercati avrebbe ridotto di molto, se non eliminato, i conflitti.

In effetti, occorre considerare che in assenza dei mercati si hanno due strumenti di diffusione dei beni, dei quali uno è la razzia e l'altro è il dono, dono che può a sua volta essere tra comunità o entro la famiglia. È certo, però, che nessuno dei due strumenti riesce a evitare il conflitto violento o, quantomeno, nessuno di essi, se pensiamo ad esempio al dono, è da solo sufficiente a farlo. Ecco allora che occorre immaginare altre forme di trasferimento dei beni e il mercato fu a questo scopo una grande invenzione, ossia l'idea di poter ottenere qualcosa da chi non me lo dona, senza però doverlo rubare. La profezia illuministica non va dunque sottovaluta, laddove individua nello scopo del commercio il portare la pace. Questa idea, che è espressa chiaramente da Montesquieu nell'*Esprit des lois*, è rimasta nel corso dei secoli il grande punto di riferimento del dibattito sul tema.

Di questo dibattito, da parte mia, vorrei ora citare un autore assai più recente, l'economista e sociologo Albert Hirschman. In una delle sue opere principali, risalente agli anni '70 e intitolata, nella traduzione italiana, *Le passioni e gli interessi*, Hirschman dice qualcosa che mi sembra interessante in tema di conflitto, ossia che dietro all'invenzione dei mercati e dell'economia c'è in effetti la sfida di abbondonare le passioni e di passare agli interessi. Nel mondo pre moderno e nell'Antico Regime passioni quali l'onore, tipicamente, erano non solo molto forti ma anche pericolose e con delle conseguenze molto concrete, come i duelli. L'onore in quel mondo era così importante che l'uomo disonorato era senz'altro disposto a morire in duello pur di riconquistare il suo onore. Ecco allora che l'invenzione dei mercati e del commercio, peraltro senz'altro molto antica, risalente a far tardi al medioevo italiano, man mano ha generato il passaggio dalle passioni agli interessi. Il mondo governato dagli interessi diviene invece prevedibile e, dunque, razionale. Un mondo più gestibile e in un certo senso più "civile".

Al riguardo, e se posso fare una breve nota sull'oggi, diventa molto difficile capire cosa succede negli odierni regimi autoritari, come la Russia o l'Iran, se noi interpretiamo le azioni di quei governi (pensiamo ad esempio alla Russia) sulla sola logica degli interessi. Le sanzioni occidentali contro quel Paese, ad esempio, sono chiaramente giocate sugli interessi, ma ci sono interi pezzi di umanità che agiscono in base non solo ad interessi, ma anche a quelle che si sarebbero definite nel Settecento come "passioni".

C'è un altro punto che vorrei toccare, nel breve tempo che ho a disposizione, ed è quello di un dibattito avvenuto tra lo stesso Montesquieu e un pensatore napoletano, Antonio Genovesi, fondatore dell'Economia

civile. Genovesi a suo tempo tradusse e commentò l'*Esprit des lois*, in una raccolta composta da quattro volumi di commento, e noi possiamo vedere che quando giunge a commentare la frase del filosofo francese per cui lo scopo del commercio è portare la pace, Genovesi annota invece che: «Gran fonte di guerre è il commercio».

È chiaro, in effetti, che molte guerre si fanno per motivi economici. Tuttavia, Genovesi è più sottile ed introduce una distinzione ulteriore, per la quale il commercio come mutuo vantaggio o come “fatto” è in sé buono, ma lo “spirito del commercio” non è invece da intendersi come qualcosa di buono di per sé, tutt’altro, perché è anzi generatore di gelosia e avidità. È evidente che da questa partizione si intuisce come il fatto civilizzatore del commercio coesista, per Genovesi, con il commercio inteso come qualcosa di molto simile a una passione e non come un elemento di civilizzazione razionale.

Questo annuncia certo il bisogno di abbandonare il mondo passionale a vantaggio di quello razionale, ma nel pensiero di Genovesi, a differenza di quello della Scuola scozzese, ad esempio, la reciprocità prende il posto del *self interest*, quel concetto così caro al celebre filosofo ed economista Adam Smith. Vediamo infatti che, riprendendo la legge di gravitazione di Newton e il suo concetto di mutua attrazione tra corpi, l’autore italiano definisce l’economia come la mutua assistenza o scambio commerciale tra due persone. Non c’è dunque un individuo alla base, bensì un rapporto tra più persone o gruppi.

L’ultimo passaggio che vorrei sottolineare nell’accostare il tema del conflitto dal punto di vista economico, è quello dell’economia come luogo pacifico, dove il conflitto identitario e passionale è risolto in un conflitto d’interessi che tende all’armonia. È questo un tema che arriva dal Settecento fino a oggi, ossia l’idea che l’economia non crei mai un gioco a somma zero, come volevano i teorici mercantilisti del Seicento, ma un gioco a somma positiva, in cui tutti si arricchiscono pacificamente. È l’idea dell’economia come grande trasformatore dei conflitti in cooperazione, il mercato come grande *network* cooperativo, fino ad arrivare alla teoria di James Buchanan, fondatore della teoria della *public choice*, secondo cui il mercato si differenzia dalla politica, anche da quella democratica, perché vive di decisioni prese all’unanimità e non a maggioranza. Il mercato, afferma Buchanan, vive di consenso.

Per concludere, noi oggi sappiamo però che questa utopia illuministica non si è purtroppo verificata. Noi oggi vediamo scoppiare guerre anche laddove passano le merci e ci sono mercati tra loro interrelati. Rimane, però, la profezia di un mondo dove il mercato sia inteso come un luogo di

cooperazione e come uno strumento per evitare il conflitto, come scritto in Italia anche da Stefano Zamagni.

Questa concezione certo regge laddove l'economia sia intesa come cooperazione, dove invece diventa una copertura per far ciò che si farebbe con la guerra, allora non può che fallire, come fallisce la profezia dei padri fondatori dell'economia di cui oggi ho voluto parlare con voi.

The conflictual nature of constitutional identity and its use against minorities. The discrimination against LGBT+ people in Central and Eastern Europe*

Law, conflict, and constitutional identity

Since abandoning the metaphorical “state of nature”, law and conflict have maintained an intrinsic connection, as the existence and need for law becomes even more meaningful when there is a conflict to address, or at least to regulate. Conversely – and this is the point lying at the centre of the present contribution –, even the law, when purposefully exploited, can *create* conflict: in some contexts, such as the illiberal regimes that this work addresses, (constitutional) law, and especially concepts such as *constitutional identity*, serve mainly to create an exclusionary and often discriminatory narrative, eventually leading to an increased level of conflictuality within a political community. Even though a certain degree of tension is necessary to “keep a polity alive”, under the assumption that conflict somehow *fuels* democracy, this analysis calls for awareness of contexts where conflict serves not so much as a means *to* democracy, but rather as the *end* of an anti-democratic process.

This contribution addresses the arbitrary (ab)use of the concept of *constitutional identity* and the “State vs. Individual” conflict arising from it in illiberal regimes such as Hungary and Poland¹, tackling the way (constitutional) law, conflict, and constitutional identity relate to one another by affecting the legal status of minorities, in this case, LGBT+ people.

* This contribution was originally presented with the title *Building constitutional identity to the detriment of minorities. The discrimination against LGBT+ people in Central and Eastern Europe* at the World Congress of Constitutional Law held in Johannesburg in 2022 (5-9 December). The paper was discussed in panel n. 18 “(Pseudo) Constitutionalism in illiberal democracy” (coordinated by Prof. Justin Orlando Frosini and Prof. Ricardo Ramirez Calvo), a spin-off of the IACL research group dedicated to “Constitutionalism in Illiberal Democracies”.

1. At the time of writing, Poland was still under PiS rule.

Conflictual narratives and exclusionary identity

Even though an extensive discussion of illiberal regimes and the related doctrinal disputes² is out of the scope of this contribution, it is worthwhile to start from this point and briefly illustrate the main features of illiberal regimes, to understand the legal and political context in which the exclusionary understanding of constitutional identity operates. These regimes are typically characterised by the rejection of constitutional liberalism in favour of a brand of illiberalism tinted with populism and

2. P. BLOKKER, *Populism as a constitutional project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 535 ff.; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3863-3874; T. DRINÓCZI - A. BIÉN-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism: the case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 1140-1166; L. MORLINO, *Hybrid regimes*, in A. SAJÓ - R. UITZ - S. HOLMES (eds.), *Routledge handbook of illiberalism*, New York, 2021, 142 ff.; W. SADURSKI, *How democracy dies (in Poland): a case study of anti-constitutional populist backsliding*, Sydney Law School, *Legal Studies Research Paper*, 18/01, January 2018; G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3961-3981; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3923-3942; M.A. ORLANDI, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2019, 168-215; T. CSILLAG - I. SZELÉNYI, *Drifting from liberal democracy: traditionalist/neo-conservative ideology of managed illiberal democratic capitalism in post-communist Europe*, in *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 1(1), 2015, 18-48. The most common expressions employed in the literature include "illiberal democracy", introduced by F. Zakaria; "abusive constitutionalism", "populist constitutionalism", "authoritarian constitutionalism", "authoritarian populism", "electoral or competitive populism", "stealth authoritarianism", "constitutional retrogression". See F. ZAKARIA, *The rise of illiberal democracy*, in *Foreign Affairs*, 76(6), 1997, 22-43; G. HALMAI, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 296-313; ID., *Is there such thing as "populist constitutionalism"? The case of Hungary*, in *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, 2018, 323 ff.; A. SAJÓ, *Ruling by cheating. Governance in Illiberal democracies*, Cambridge University Press, Cambridge and New York, 2021, 25 ff.; D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California Davis Law Review*, 47(1), 2013, 189-260; T. FOURNIER, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 362-381; G. MARTINICO, *La tensione tra populismo e costituzionalismo post totalitario: il caso italiano in una prospettiva comparata*, in G. DELLEDONNE - G. MARTINICO - M. MONTI - F. PACINI, *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori Università, Milano-Firenze, 2022; M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Populism and constitutionalism: an essay on definitions and their implications*, in *Cardozo Law Review*, 42, 6, 2021, 2345-2394; O. VAROL, *Stealth authoritarianism*, in *Iowa Law Review*, 100(4), 2015, 1673-1742; A. HUQ - T. GINSBURG, *How to lose a constitutional democracy*, in *UCLA Law Review*, 65(1), 2019, 78-169.

a tendency towards autocratic rule, while still (conveniently) retaining some democratic elements (e.g., regular elections). They deny the necessity of limitations – let alone *constitutional* restraints – to the exercise of power: the narrative employed within illiberal regimes generally calls for *unrestrained* (radical) democracy and inexhaustible constituent power³, whereby, once *the people* have defeated the *enemy* formerly oppressing them (*the corrupt élites*)⁴, they no longer require any restriction, as they are executing the *volonté générale* of the people⁵. This implies the repudiation of pluralism and the presumption that *one majority* is the only entity allowed to exercise (absolute) power, consequently sidelining minority voices⁶, and eventually enforcing the so-called *tyranny* of the majority⁷. However, the illiberal leadership usually has little or no interest in complying with the popular will, intending to exploit its legitimation to concentrate power in the hands of a leader⁸, who claims to represent “the people” as a unitarian and homogenous entity, and to be acting on behalf of them. The relationship between the leader and “their” people⁹

3. L. CORRIAS, *Populism in a constitutional key: constituent power, popular sovereignty and constitutional identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 6-26; P. BLOKKER, *Populism, Constituent Power and Constitutional Imagination*, in M. BELOV (ed.), *Populist constitutionalism and illiberal democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021, 149-169.

4. D. LANTOS - J.P. FORGAS, *The role of collective narcissism in populist attitudes and the collapse of democracy in Hungary*, in *Journal of Theoretical Social Psychology*, 5, 2021, 65-78; A. GOLEC DE ZAVALA - O. KEENAN, *Collective narcissism as a framework for understanding populism*, in *Journal of Theoretical Social Psychology*, 2020, 1-11; G. VOSA, *Populismo e diritto costituzionale: una riflessione di metodo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2021, 1-23; G. MARTINICO, *Contro*, cit.

5. D. LANDAU, *Populist constitutions*, in *University of Chicago Law Review*, 85(2), 521-544.

6. G. MARTINICO, *Populism, constitutional counter-narratives and comparative law*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 8, 2021, 1-25; ID., *Contro*, cit.; T. CSILLAG - I. SZELÉNYI, *Drifting*, cit., 23-24.

7. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Einaudi, Torino, 2006; J.J. ROUSSEAU, *Il Contratto Sociale*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, Milano, 2003. See also F. ZAKARIA, *The rise*, cit., 30 ff.; G. MARTINICO, *Populism, constitutional counter-narratives*, cit.; S. GIANELLO - P. ZICCHITTU, *Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 4545-4581; J.W. MÜLLER, “The People must be extracted from within the people”: Reflections on populism, in *Constellations*, 21(4), 2014, 483-49; L. CORRIAS, *Populism*, cit.

8. T. FOURNIER, *From rhetoric*, cit., 364 ff.; J.W. MÜLLER, *The People*, cit., 487.

9. A. SAJÓ, *Society, constitutionalism and democracy*, in *Polish Sociological Review*, 4(208), 2019, 400 ff.

is based on mutual recognition – whereby the leader of a political force addresses a target electorate which identifies with them. Whenever a community is experiencing a certain degree of discomfort, fuelled by social, cultural, and economic unrest, it is more likely that a populist leader will emerge by claiming to represent the people in need of “liberation” from its enemies¹⁰. The political discourse will therefore centre around the narrative and the identity of the *authentic* people, as opposed to “the enemies”, regarded as such based on their ethnic, religious, sexual identities¹¹. Finding a scapegoat strengthens the link between the illiberal leader and the people, who perceive themselves as finally represented and endowed with agency.

On the constitutional level, *constitutional identity* becomes a valuable tool to draw the line between *us* and *them*, providing the divide with constitutional rank to the detriment of minorities: the aim is to turn *one* narrative into *the collective* narrative of the people. Even though constitutional identity per se is not necessarily negatively connoted¹², it can become so when exploited by illiberal forces. Pluralism is at stake, as well as the *status* of individuals and minority groups¹³: identity turns into an exclusionary notion that dictates the criteria for marginalizing or potentially legally discriminating against those who do not align with the set of values defining it. Through amendment, replacement, or simple circumvention¹⁴, the constitution and ordinary legislation can be reduced to mere tools in the hands of the illiberal leadership. No longer guarantees against abuses, they turn into a means to further consolidate – often through constitutionalisation – an exclusionary identity and to enforce oppression and institutionalised discrimination.

10. W. SADURSKI, *How democracy dies*, cit., 58 ff.

11. O. YERMAKOVA, *PiS vs LGBT: The “Othering” of the LGBT Movement as an Element of Populist Radical Right Party Discourse in Poland*, in *Sprawy Narodowościowe: Seria nowa*, 53, Article 2568, 2021.

12. M. POLZIN, *Constitutional identity as a constructed reality and a restless soul*, in *German Law Journal*, 18(7), 2017, 1596-1615; P. FARAGUNA, *Constitutional identity in the EU - A shield or a sword?*, in *German Law Journal*, 18(7), 2017, 1617-1640; G. MARTINICO, *Use and abuse of a promising concept: what has happened to national constitutional identity?*, in *Yearbook of European Law*, 39(1), 228-249.

13. A. SAJÓ, *Society*, cit., 409; P. ZUK - P. PLUCINSKI, *The dialectic of neoliberal exploitation and cultural-sexual exclusion: from special economic zones to LGBT-free zones in Poland*, in *Antipode*, 53(5), 2021, 1571-1595.

14. D. LANDAU, *Abusive constitutionalism*, cit., 191 e 194.

“Constitutional identity” against LGBT+ people: from the Russian precedent to Hungary and Poland

The (direct or indirect) resort to constitutional identity to justify discriminatory measures¹⁵ has taken a significant turn in several countries that can be considered illiberal regimes in light of their latest developments, among which Hungary and Poland.

Hungary has drawn substantial inspiration from the precedent set by the Russian Federation, where explicit discrimination against LGBT+ individuals has persisted, through legislative channels, ever since the enactment of Federal Law No. 135-FZ in 2013, along with subsequent amendments¹⁶.

15. N.S. KOUROU, *Right-wing populism and anti-gender movements: the same coin with different faces*, Global Political Trends Center, Policy Brief, 68, 1-9; B. VIDA, *New waves of anti-sexual and reproductive health and rights strategies in the European Union*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 27(2), 13-16; W. GRZEBALSKA - E. KOVÁTS - A. PETŐ, *Gender as symbolic glue: how “gender” became an umbrella term for the rejection of the (neo)liberal order*, posted on *Krytyka Polityczna & European Alternatives*, available on politicalcritique.org/long-read/2017/gender-as-symbolic-glue-how-gender-became-an-umbrella-term-for-the-rejection-of-the-neoliberal-order/; E. KOVÁTS - M. PÖIM (eds.), *Gender as symbolic glue. The position and role of conservative and far right parties in the anti-gender mobilizations in Europe*, FEPS - Foundation for European Progressive Studies, 2015; M.A. ORLANDI, *La “democrazia illiberale”*, cit., 167 ff.; T. CSILLAG - I. SZELÉNYI, *Drifting*, cit., 23; G. HALMAI, *Launching Article 7 TEU against the Hungarian Government*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2018, 927-930.

16. Federal Law No. 135-FZ of 29/06/2013, on Amendments to Article 5 of the Federal Law “On the Protection of Children from Information Harmful to their Health and Development”, and Miscellaneous Legislative Acts of the Russian Federation for the Purpose of Protecting Children from Information that Promotes the Rejection of Traditional Family Values, bans «propaganda for non-traditional sexual relations among minors»; it provides fines to sanction “gay propaganda”, defined as «the distribution of information aimed at forming nontraditional sexual attitude among minors, attractiveness of non-traditional sexual relations, misperceptions of the social equivalence of traditional and nontraditional sexual relations, or imposition of information on nontraditional sexual relations causing interest in such relations». The legitimacy of the Act was confirmed by the Russian Supreme Court. Since the fall of the USSR, under the guidance of President V. Putin and the influence of the Orthodox Church, Russia has developed its own “constitutional identity” based on an exclusionary and conservative view of society, as opposed to “Western (European) ideology”, allegedly responsible for the spread of “decadent” values and “deviance” – among which LGBT+ rights. L. VERPOEST, *The End of Rhetorics: LGBT policies in Russia and the European Union*, in *Studia Diplomatica*, 68(4), 2017, 3-20; R. BUYANTUEVA, *LGBT Rights and homophobia in Russia*, in *Journal of Homosexuality*, 65(4), 2018, 456-483; I. SOBOLEVA - Y.A. BAKHMETJEV, *Political awareness and self-blame in the explanatory narratives of LGBT people amid the anti-LGBT*

After the illiberal turn of 2010¹⁷, it has gradually been developing a discriminatory constitutional identity doctrine serving as a justification to exclusionary and repressive legal or political measures against various minorities, including the LGBT+ one. Through the “capturing” of several constitutional organs¹⁸, and most significantly the Constitutional Court¹⁹, as well as through frequent constitutional amendment²⁰ and legislative intervention, the governing coalition has succeeded in shaping a specific idea of constitutional identity²¹. The Hungarian constitutional identity is now mentioned in the Fundamental Law – in the National avowal²² and the constitutional text, especially in Article R(3) and (4). A Hungarian constitutional identity doctrine was elaborated by the Constitutional Court to hinder the application of EU law by relying on a spurious interpretation

Campaign in Russia, in *Sexuality and Culture*, 19, 2015, 275-296; E. PERSSON, *Banning “homosexual propaganda”: belonging and visibility in contemporary Russian media*, in *Sexuality & Culture*, 19, 2015, 257; F. MARTÍNEZ, *The erotic biopower of putinism: from glamour to pornography*, in *Laboratorium*, 4(3), 2012, 45-75.

17. Hungary has been governed by Viktor Orbán’s Fidesz (Hungarian Civic Alliance, Fidesz, Magyar Polgári Szövetség) in coalition with the Christian Democratic People’s Party (KDNP) since 2010. *Ex multis*, T. FOURNIER, *From rhetoric*, cit., 368-375 ff.; R. UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to constitutional scholarship from Hungary*, in *I-CON*, 13(1), 2015, 279-300; M.A. ORLANDI, *La “democrazia illiberale”*, cit.; B. BUGARIC, *Central Europe’s descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism*, in *I-CON*, 2019, 597-616; Z. SZENTE, *Constitutional changes in populist times*, in *Review of Central and Eastern European Law*, 47, 2022, 12-36.

18. D. LANDAU, *Abusive constitutionalism*, cit., 209-210.

19. Among the main changes concerning the Constitutional court, it is worth mentioning the introduction of new rules regarding the appointment of constitutional judges, which endowed the Parliament (controlled for the most part by Fidesz) with greater power; the lowering of retirement age for constitutional judges; an increase of the overall number of judges from 11 to 15; the extension of the mandate from 9 to 12 years; consequently, “court packing”. Furthermore, Fidesz’s intervention affected the powers and competences of the Court as well, thus restricting its ability to guarantee the respect and endurance of the constitutional system. S. BAGNI - M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2021, 195-199; D. LANDAU, *Abusive constitutionalism*, cit., 208 ff.; A. HUQ - T. GINSBURG, *How to lose*, cit., 141; A. SAJÓ, *Society*, cit., 398 ff.; V. LUBELLO, *Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale*, in *DPCE online*, 2, 2013, 1-10; R. UITZ, *Can you tell*, cit., 291 ff.

20. G. HALMAI, *Silence of transitional constitutions: the “invisible constitution” concept of the Hungarian Constitutional Court*, in *I-CON*, 16(3), 969-984.

21. N. KÖNCZÖL - I. KEVEVÁRI, *History and interpretation in the Fundamental Law of Hungary*, in *European Papers*, 5(1), 2020, 161-174.

22. P. SMUK, *The concept of the nation in the Fundamental Law of Hungary*, in *Politeja*, 31(2), 2015, 93-110.

of the protection of national identity *ex* Article 4(2) TEU²³, thus affirming the supremacy of national legislation²⁴. The outcome was an understanding of constitutional identity that, despite its overall *vagueness*, reflects certain values related to history, culture, national symbols, and institutions²⁵ and the role played by the “historical constitution”²⁶ over the years. Specifically, vis-à-vis LGBT+ people, Article L(1) defines marriage as the union of a

23. The provision must be read in relation with the other principles of EU law, among which the principle of loyal cooperation *ex* Article 4(3) TEU, whereas “selecting” just the protection of national identity «shows how instrumental and cherry picking the populist understanding of the relevant EU law provision is», G. MARTINICO, *Populism, constitutional counter-narratives*, cit., 14; ID., *Contro*, cit., 3963 ff.; ID., *Use and abuse*, cit., 229 ff.; T. DRINÓCZI - A. BIÉN-KACALA, *Illiberal constitutionalism*, cit., 1156 ff.; T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 21, 2020, 105-130; G. VOSA, *Populismo*, cit., 10-13; G. MARTINICO, *Contro*, cit.

24. The Constitutional court ruled, in its Decision 22/2016. (XII.5) AB on the Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law, that «[64] The Constitutional Court of Hungary interprets the concept of constitutional identity as Hungary’s self-identity and it unfolds the content of this concept from case to case, on the basis of the whole Fundamental Law and certain provisions thereof, in accordance with the National Avowal and the achievements of our historical constitution – as required by Article R(3) of the Fundamental Law. [65] The constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components – identical with the constitutional values generally accepted today – can be highlighted as examples: freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power, the protection of the nationalities living with us. These are, among others, the achievements of our historical constitution [...]. [67] The Constitutional Court establishes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law [...] constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore, the protection of constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases». See G. MARTINICO, *Populism, constitutional counter-narratives*, cit., 13 ff.; G. MARTINICO, *Use and abuse*, cit., 244 ff.; K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *Diritti Comparati*, available on www.diritticomparati.it/the-hungarian-constitutional-court-enters-the-dialogue-on-national-constitutional-identity/; N. KÖNCZÖL - I. KEVEVÁRI, *History*, cit., 171 ff.; G. VOSA, *Populismo*, cit., 13 ff.

25. P. SMUK, *The concept*, cit., 98 ff.

26. M. KÖNCZÖL - I. KEVEVÁRI, *History*, cit., 163 ff.; P. SMUK, *The concept*, cit., 96 ff.; Z. SZENTE, *Constitutional changes*, cit., 16 ff.

man and a woman²⁷; the 9th amendment specifies that «the mother shall be a woman, the father shall be a man», thus linking social functions to gender roles and, most relevantly, biological sex²⁸. Furthermore, the Hungarian Parliament passed Law LXXIX/2021 – “on stricter measures against paedophile offenders”, banning the representation of LGBT+ people and the dissemination of information about gender and sexuality through media, and authorising only certified (*i.e.*, approved by the Government) individuals/organisations to teach sex education in schools²⁹. Most alarmingly, homosexuality and matters related to gender are directly linked to paedophilia. The strategy resembles the Russian one: identification of an enemy – even one everyone would agree on fighting, like paedophilia – to legitimize the discrimination against LGBT+ people, the *actual* target enemy.

Poland’s own “illiberal turn” started in 2015, when Law and Justice (PiS – *Prawo i Sprawiedliwość*, founded by Lech and Jarosław Kaczyński) won the elections³⁰. Since then, the governing party has managed to circumvent the constitutional text by introducing new legislation that has *de facto* modified the Polish constitutional system and the functioning of several constitutional organs³¹, such as the Constitutional

27. R. UITZ, *Lessons from sexual orientation discrimination in Central Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 60(1), 2012, 235-264; Z. SZENTE, *Constitutional changes*, cit., 31 ff.

28. E. POLGÁRI - T. DOMBOS, *A New Chapter in the Hungarian Government’s Crusade Against LGBTQI People*, posted on *Verfassungsblog*, available on verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-the-hungarian-governments-crusade-against-lgbtqi-people/; Z. SZENTE, *Hungary*, in A. ALÉN - D. HALJAN (eds.), *International Encyclopaedia of Laws: Constitutional Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2022, 52; 274. Furthermore, in May 2020 the Hungarian Parliament passed an omnibus bill, Art. 33 of which replaces the category of “sex” on the civil registry with “sex assigned at birth”, thus making gender identity/reassignment recognition virtually impossible, ILGA Europe, *Hungary rolls back legal protections, puts trans and intersex people at risk*; E. POLGÁRI - T. DOMBOS, *A New Chapter*, cit.

29. U. LATTANZI, *I diritti LGBTIQ+ in Ungheria tra retorica identitaria e istanze sovranazionali (a margine di alcune recenti novità legislative)*, in *Diritti Comparati*, available on www.diritticomparati.it/i-diritti-lgbtqi-in-ungheria-tra-retorica-identitaria-e-istanze-sovraneazionali-a-margine-di-alcune-recenti-novita-legislative/; A. PETŐ, *Three readings of one law: Reregulating sexuality in Hungary*, available on blogs.lse.ac.uk/europpblog/2021/07/06/three-readings-of-one-law-reregulating-sexuality-in-hungary/.

30. O. YERMAKOVA, *PiS vs LGBT*, cit., 4; M.A. ORLANDI, *La “democrazia illiberale”*, cit.; B. BUGARIC, *Central Europe’s descent*, cit., 602 ff.

31. W. SADURSKI, *How democracy dies*, cit.; A. PŁOSZKA, *From human rights to human wrongs. How local government can negatively influence the situation of an individual. The case of Polish LGBT ideology-free zones*, in *The International Journal of Human Rights*, 2022.

Tribunal³² as well as other institutions³³, now tools in the hands of the executive. Fundamental rights have been restricted in favour of traditional, conservative and religious values, especially in the case of reproductive rights (e.g., abortion) and LGBT+ rights. Poland has promoted a renewed narrative based on intolerance towards *otherness*³⁴ – “the Other” generally being women demanding to freely exercise their reproductive rights, LGBT+ people, the so-called “gender ideology”³⁵, migrants, and other marginalised groups. This conflict between *Polish* traditional values and the “decadent West” started with Poland’s accession to the EU in 2004³⁶, but it has been worsening since 2015. The narrative of identity in Poland, while less explicit than in Hungary, is nonetheless present, especially because Poland has been experiencing internal conflicts between different

32. The Polish Constitutional Tribunal eventually capitulated to the abuse exercised by PiS, which packed the Court, amended the Constitutional Court Act, and threatened to render the Court impotent by refusing to publish its judgements on the Official Journal of Law. The conflict between the Polish executive and the Constitutional Tribunal started in 2015 with the nomination of new judges, when PiS refused to acknowledge the previous lawful nomination of three members of the Constitutional Tribunal. PiS amended the Constitutional Court Act and nominated five new justices by issuing a resolution annulling the appointment of the former ones. The CT ruled this amendment as unconstitutional (Decision K/15 of 03/12/2015), asking that the government reinstate the originally appointed members of the CT. The government confirmed the new judges and replaced the President of the CT. The functioning of the Constitutional Tribunal was further hindered through legislative means. S. BAGNI - M. NICOLINI, *Giustizia*, cit., 195-199; A. HUQ - T. GINSBURG, *How to lose*, cit., 126 ff.; M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Populism*, cit., 2365-2368.

33. M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Populism*, cit., 2367-2368; A. SAJÓ, *Society*, cit., 398 ff.

34. J. BINNIE, *Neoliberalism, class, gender and lesbian, gay, bisexual, transgender and queer politics in Poland*, in *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 27(2), 2014, 241-257; O. YERMAKOVA, *PiS vs LGBT*, cit., 2-3.

35. E. KOROLCZUK, *The fight against “gender” and “LGBT ideology”: new developments in Poland*, in *European Journal of Politics and Gender*, 3(1), 2020, 165-167; A. GRAFF, *We are (not all) homophobes: a report from Poland*, in *Feminist Studies*, 32(2), 2006, 434-449; L. VERPEST, *The end*, cit., 7 ff.; O. YERMAKOVA, *PiS vs LGBT*, cit., 13 ff.

36. A. VASILEIOU, *“Rainbow Plague”*, cit.; furthermore, homosexuality was considered as a taboo, a “non-existent issue”, until 2005-2006, when accession to the EU launched a renewed discussion regarding values to adopt and rights to protect. Only then did the matter of sexuality become an issue of political, as well as legal, interest. A. GRAFF, *We are*, cit., 434-436. Poland had originally even opted out of the Charter of Fundamental Rights of the European Union at the time of its accession to the EU, only for the Charter to acquire the same legal value as the founding Treaties after the entry into force of the Treaty of Lisbon. L. VERPEST, *The end*, cit., 6 ff.; O. YERMAKOVA, *PiS vs LGBT*, cit., 8; R. UITZ, *Lessons*, cit., 241 ff.; A. PŁOSZKA, *From human rights*, cit., 3 ff.; C. O'DWYER, *Gay rights*, cit., 117-122.

values: on the one hand, the push towards a more inclusive worldview; on the other, the prevalence of traditional values, promoted by the ruling majority to discriminatory extents. Even in the absence of a proper Polish *constitutional identity doctrine*, Poland has been experiencing the emergence of a specific notion of identity, fuelling further waves of intolerance³⁷. Despite the formal decriminalisation of homosexuality (1932)³⁸, Polish LGBT+ people still struggle against widespread homophobia and institutionalised discrimination (partly due to the heavy influence of the Catholic Church)³⁹ – as in the case of the renowned “LGBT+ free zones”⁴⁰, established from 2019 onwards. Several municipalities started declaring themselves to be “free of LGBT ideology”. This soon escalated to the adoption of official resolutions against “LGBT ideology”, promoting Christian and traditional values and “freedom of speech”, demanding more guarantees to the rights of parents in the name of a family life free of “LGBT ideology”⁴¹, thus fuelling a hostile environment and institutionalised homophobia⁴². This phenomenon peaked between 2019 and 2020⁴³, and it came to a halt only when the EU started subordinating its financing to the respect of the rule of law (e.g., through Reg. 2020/2092): since then, several former “LGBT free” zones have formally abandoned this *status*, but the issue persists.

37. R.C. MOLE - A. GOLEC DE ZAVALA - M. MURATARDAG, *Homophobia and national collective narcissism in populist Poland*, in *European Journal of Sociology*, 62(1), 2021, 37-70.

38. A. VASILEIOU, “Rainbow Plague”: A ‘New Threat’ to Polish Society and EU Cohesion, Policy Brief 2020/2021, available on edutrip.eu/en/policybriefs-2020-21/262-rainbow-plague-a-new-threat-to-polish-society-and-eu-cohesion-alexandros-vasileiou; R. UITZ, *Lessons*, cit., 239 ff.

39. K. KOCEMBA - M. STAMBULSKI, *Divine decision-making. Right-wing constitutionalism in Poland*, posted on *Verfassungsblog*, available on verfassungsblog.de/divine-decision-making/.

40. R.C. MOLE - A. GOLEC DE ZAVALA - M. MURATARDAG, *Homophobia*, cit., 41 ff.; T. DRINÓCZI - A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism*, cit., 140 ff.; A. PŁOSZKA, *From human rights*, cit., 5 ff.

41. A. PŁOSZKA, *From human rights*, cit., 5.

42. E. KOROLCZUK, *The fight*, cit., 166; R.C. MOLE - A. GOLEC DE ZAVALA - M. MURATARDAG, *Homophobia*, cit., 41 ff.

43. A. VASILEIOU, “Rainbow Plague”, cit.

An unfair type of conflict

Resorting to the narrative of collective constitutional identity⁴⁴ leads to the imposition of a *fictional* concept on a *real* body of people, a significant part of which will be neither willing nor able to conform to it – not surprisingly, a functioning democracy, abiding by the value of pluralism, is supposed to be able to include different identities. Instead, an illiberal regime, rejecting this principle, is determined to oppress, through political, legal, and even constitutional means, the plurality of voices that would usually be heard in a democracy. The creation of constitutional identity at an abstract level, to exclude the undesired and criminalise the oppressed, together with the constitutionalisation of the (religious, conservative, exclusionary) principles and values that usually fuel the illiberal narrative, *can* have a concrete impact on the legal *status* of individuals. Not conforming to this model leads to exclusion and (eventually) concrete discrimination and ostracization from society, in a similar way as to an illness that needs to be eradicated from “the (constitutional) body of the State”. Thus, constitutional identity becomes a tool in the hands of the leadership, to the detriment of powerless opponents.

As long as conflict unfolds within the confines of representative democracy and public spaces where, in adherence to the pluralist principle, minorities are recognized their right to free expression and representation, some level of tension remains not just acceptable but indeed *essential*. This is because the “clash” complies with the principles of a democratic constitution, which should always be safeguarded, irrespective of who, eventually, shall win the fight. However, when this foundation collapses to authoritarian rule, giving way to a collective narrative that not only excludes but actively vilifies minorities, a short-circuit occurs, altering the *essence* of the conflict and deviating its trajectory. It transforms from a competitive, but fair dynamic between parties – with distinct interests but equal means to assert their positions within the democratic-representative sphere – into a conflict between individuals belonging to marginalized groups (not only discriminated against but also unjustly criminalized), and the State, which can hardly be won due to its uneven nature.

The use of legislative tools and, more significantly, the constitutional text to strengthen the authoritarian framework of the State at the expense of minorities engenders profound conflict. It is in the light of phenomena

44. G. MARTINICO, *La tensione*, cit., 36; A. VON ARNAULD, *Norms and Narrative*, in *German Law Journal*, 18(2), 2017, 309-329.

like these that there is still a significant need for a deeper exploration of the relationship between law and conflict as well as the mechanisms through which the law may transform from an instrument for managing tensions to becoming a catalyst for further conflict.

Alla luce della riforma dell'articolo 41
della Costituzione possiamo affermare che il conflitto
tra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo economico
sia innato o piuttosto frutto dell'impostazione
millenaria di predominio dell'uomo sulla natura?

1. *Fondamenti storici dell'art. 41 della Costituzione: evoluzione giuridica del riconoscimento del valore "ambiente" e sua armonizzazione con altri valori costituzionali*

Nel corso del seminario inaugurale del XXXVIII ciclo di Dottorato, tenutosi presso l'Università di Torino il 13 gennaio 2023, sono state interrogate le diverse discipline extra-giuridiche con riferimento al macrotema "Conflitto e Diritto" nel tentativo di aprire un tavolo di riflessione, studio e discussione che, a fronte della crisi che ormai affligge l'ordinamento giuridico e il sistema politico, fosse in grado di far dialogare le varie scienze, dure o meno, nella ricerca quasi "onirica" di quella unità del sapere all'interno della quale reperire gli strumenti più efficaci per la risoluzione delle incongruenze che oggi affliggono il diritto.

Nello sviluppo del mio specifico tema di ricerca di dottorato, avente ad oggetto lo studio del principio del "Do No Significant Harm" introdotto con Regolamento UE 2020/852 e la sua applicazione alle iniziative di ricerca finanziate con fondi europei PNRR, per comprendere appieno anche le ricadute che tale normativa può manifestare sul nostro Ordinamento sono partita dall'analisi della portata della riforma introdotta dalla Legge Costituzionale n. 1/2022, per quanto nello specifico attiene alla modifica degli articoli 9 e 41 della nostra Costituzione.

Il minimo comune denominatore delle riforme di cui sopra, infatti, sia sul piano europeo che sul piano nazionale, è l'*ambiente*¹ e, nel tentativo

1. G. LATINI - M. BAGLIANI - T. ORUSA, *Nuovo lessico e nuvole, le parole del cambiamento climatico*, Torino, 2020, ove si legge a p. 9, a proposito di definizioni (e di cosa si intenda nel nostro caso per ambiente), quanto sia «importantissimo ricordare che, oltre all'aspetto puramente semantico (di significato) delle parole utilizzate, ogni termine trasporta e trasferisce inevitabilmente una componente 'analogica' della comunicazione, ovvero evoca

di comprendere quale sia il suo reale significato e quindi la sua portata, quali siano i valori con esso confliggenti e quali potrebbero essere eventuali criteri di risoluzione di tali conflitti, ho ritenuto opportuno passare in rassegna, seppur in maniera sintetica, il terreno normativo e giuridico sul quale la Legge Costituzionale n. 1/2022 ha dispiegato i suoi effetti, concentrandomi in particolare sulla modifica dell'art. 41 della Costituzione.

La riforma si è insinuata in un contesto normativo estremamente lacunoso, per ciò che attiene al diritto dell'ambiente, stante l'assenza di una disciplina esplicita, ma, nonostante ciò, ha avuto l'ambizione di introdurre per la prima volta una tutela effettiva dell'ambiente e delle generazioni future², connesse e destinatarie del primo.

È difficile definire in maniera appropriata l'*ambiente*, che di per sé riassume le diverse sfaccettature del rapporto tra l'uomo e il mondo che lo circonda, in continua evoluzione sia dal punto di vista territoriale/geografico che dal punto di vista temporale.

Questo rapporto talvolta è apparso affetto da una dicotomia³ che ha visto schierate due culture opposte in tanti aspetti, quella occidentale e quella orientale⁴. Infatti l'atteggiamento di dominio della natura, di cui sono note le radici ebraico-greco-cristiane⁵, è stato a lungo il più diffuso, collegandosi alla crescita quantitativa e qualitativa del potere tecnologico.

Nonostante la difficoltà, tuttora, a trovare un bilanciamento tra interessi di tutela dell'ambiente e forze politiche ed economiche, quello che ormai è un dato di fatto acquisito è che l'approccio antropocentrico ha fallito e che se proprio lo si vuole continuare ad accogliere lo si può fare solo «se la specie umana non si pensa come dominatrice incontrollata della natura, ma come specie responsabile di quanto la circonda»⁶.

immagini, sensazioni ed emozioni. Questa componente, alla quale si aggiunge anche il retaggio storico-culturale che ogni termine porta con sé, incide profondamente sulla percezione di qualunque fenomeno, a livello sia individuale sia collettivo».

2. I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio, comunità e persona*, 1, 2021, 62: qui l'autrice ravvisa negli esistenti doveri della generazione presente, ricavabili dagli artt. 1 e 2 della Costituzione, una tutela delle generazioni future e un riconoscimento del principio di sostenibilità.

3. M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione*, Torino, 1969 (New York, 1947).

4. M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, a cura di M. Tallachini, Milano, 1998.

5. J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1991. A. CAPRIOLI - L. VACCARO (a cura di), *Questione ecologica e coscienza cristiana*, Brescia, 1988.

6. M. TALLACCHINI, *Introduzione*, cit.; M. D'AURIA, *Il Protocollo di Kyoto*, in *Climate change: la risposta del diritto*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Napoli, 2010, 21 ss.

L'indagine storico-filosofica ha da sempre dedicato una grande attenzione ad individuare le ragioni che sono all'origine dei problemi ambientali (riassunti di solito in inquinamento, sovrappopolazione, conservazione delle risorse, preservazione delle zone selvagge). Questa indagine sulle cause e sui responsabili della crisi ecologica ha coinvolto la quasi totalità della cultura occidentale, a volte anche in contrapposizione alla cultura orientale.

È possibile così schematizzare come all'origine della crisi ecologica vengono posti due elementi:

1. uno speculativo, ovvero l'epistemologia del dominio⁷;
2. l'altro storico, ovvero il mutamento estensionale (la crescita quantitativa) e intenzionale (il mutamento qualitativo) del potere tecnologico.

Entrambi questi due elementi sono costitutivi del pensiero moderno, della nascita e del consolidamento dell'impresa scientifico-tecnologica. Per quanto riguarda il primo elemento, ovvero l'atteggiamento di dominio, e successivamente, di sfruttamento della natura, esso è stato ravvisato per la prima volta nelle tradizioni ebraico-cristiane o greco-cristiane.

Si potrebbe quindi affermare come la causa della crisi ecologica, nel pensiero moderno, sia da rinvenire proprio nella dicotomia tra soggetto e oggetto, nel venir meno, in altri termini, del *carattere unitario e normativo della natura*. La natura si frammenta, nell'indagine sperimentale, in una miriade di fenomeni privi di connessione unitaria, allontanandosi così da quella unitarietà della materia, della natura e della mente che ne garantivano l'armonia, la natura viene ridotta a mera *res extensa*, viene cioè esaurita dalla sola dimensione quantitativa e perde ogni legame con la soggettività, ovvero con la *res cogitans*. Scienza e morale si allontanano così irrimediabilmente senza più alcuna connessione, esattamente al pari di ciò che accade nell'ambito delle varie scienze, che non dialogano più tra di loro, frammentate come sono nella loro sorda specificità.

Ma è stato con la nascita dell'Ecologia Generale che, per la prima volta, non la filosofia ma una scienza si è posta il problema del rapporto tra umanità e natura vivente. Il termine Ecologia deriva infatti dal greco

7. A. GEISINGER, *Sustainable Development and the Domination of Nature: Spreading the Seed of the Western Ideology of Nature*, in *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, 27, 1999, 93, secondo il quale «sustainable development is not simply a reflection of the successful export of Western ideology, but is itself a force of ideological imperialism whereby Western values not shared or willfully accepted by other nations are unconsciously imposed upon them through the language and the implementation of the principle».

οἶκος (casa) e sta ad indicare, come scriveva Haeckel (seguace di Darwin) nel 1866 «la totalità delle scienze delle relazioni dell'organismo con l'ambiente, comprendendo nell'accezione più ampia tutte le condizioni di esistenza»⁸. Ecco che quindi la nascita dell'ecologia si collocherà successivamente all'interno degli studi di storia naturale⁹.

Da qui la necessità improcrastinabile di riconoscere una posizione degna di tutela anche all'ambiente, nella sua accezione più strettamente connessa con la Natura, con la *Res Natura*, ha condotto il legislatore a riconoscere una tutela effettiva dell'*ambiente* integrandola con la tutela dell'*iniziativa economica*, sia essa pubblica o privata, alla quale non può più essere concesso il dispiegamento illimitato di tutte le sue manifestazioni, senza margini, se non per ciò che attiene all'*utilità sociale*¹⁰.

I legislatori si sono trovati quindi a dover fronteggiare situazioni contrastanti tra loro: da un lato la necessità di conservare le risorse e le aree naturali, dall'altra una esplosione demografica quasi fuori controllo e questo scenario è risultato comune a diversi Ordinamenti giuridici, in una visione di interconnessione ormai tra tutti i Paesi del globo terrestre. Ecco che la protezione dell'ambiente è entrata a far parte, nel corso dell'ultimo secolo, della comunità giuridica internazionale, mossa sia dalle spinte esterne dei vari movimenti ambientalisti¹¹ sia da quelle normative

8. Citato in P. ACOT, *Storia dell'ecologia*, Roma, 1989 (Parigi, 1988), 42.

9. Premessa da A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, I, 352 ss.

10. G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il livello costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il diritto dell'economia, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli studi di Milano il 7 ottobre 2021*, 157-185. M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2008, 9, dove l'autore, seguendo il testo letterale della norma, distingue nettamente il momento dell'iniziativa economica privata con quello del suo svolgimento, da cui deriva la distinzione tra le misure garantiste di cui al I comma dell'art. 41 Cost., indirizzate all'iniziativa, e «previsioni regolatorie», di cui al II comma e indirizzate all'«attività intesa come svolgimento dell'iniziativa»; M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, Padova, 1983, 9 e ss.; A. BALDASSARRE, Voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, vol. XXI.

11. B. Pozzo, Voce *Tutela dell'ambiente (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, 1158 e 1160; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come Common Concern*, in *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, 2014; D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione Globale"*, Torino, 2009; B. CARAVITA - L. CASSETTI, *La comunità internazionale*, in *Diritto dell'am-*

interne, che hanno prodotto una serie di notorie Convenzioni e Trattati in materia, prima tra tutte la Convenzione di Stoccolma¹² adottata il 16 giugno 1972 e a seguire il Protocollo di Kyoto, entrato in vigore il 16 febbraio 2005¹³ e successivamente l'Accordo di Parigi entrato in vigore il 4 novembre 2016¹⁴, con i quali la lotta al cambiamento climatico avrebbe trovato la propria dimensione cogente.

Parallelamente al riconoscimento giuridico dell'ambiente a livello comunitario (partendo dall'Atto Unico Europeo fino ad arrivare al Trattato di Lisbona¹⁵) e, in senso più esteso, internazionale, anche nel nostro ordinamento giuridico nazionale hanno trovato riconoscimento quegli stessi valori oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale e ciò anche in virtù di quell'adattamento dell'ordinamento interno a quello internazionale che tutt'ora *rappresenta un criterio di omogeneità tra i vari ordinamenti*¹⁶.

Si è parlato a tal proposito di *internazionalizzazione del diritto costituzionale o costituzionalizzazione del diritto internazionale*, passando così dal meccanismo dell'imposizione e del controllo ad altri strumenti che sono stati di ispirazione per la regolamentazione normativa della responsabilità ambientale, della fiscalità ecologica, delle implementazioni di forme di regolazione volontaria (come i sistemi di gestione ambientale, i sistemi di certificazione del prodotto e così via).

Il riconoscimento dei nuovi diritti ambientali ha trovato il suo spazio, gradualmente, grazie all'attività ermeneutica svolta dalla Corte Costituzionale in risposta al bisogno crescente di protezione degli individui e dei gruppi, ma nello stesso tempo è stato inevitabile che questi diritti, una volta ricevuto il rango di tutela costituzionale, si siano esposti a «comples-

biente, a cura di B. Caravita, L. Cassetti e A. Morrone, Bologna, 2016, 67-82; B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, 189 e 199.

12. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

13. Adottato dalla Conference of the Parties (COP), istituita dalla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici. Si rinvia a M. D'AURIA, *Il Protocollo di Kyoto*, cit., 21 e ss.

14. D. KLEIN - M.P. CARAZO - M. DOELLE - J. BULLMER - A. HIGHMAN, *The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary*, Oxford, 2017.

15. A. RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione Europea dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Lisbona*, in *Diritto Europeo dell'ambiente*, a cura di R. Giuffrida, Torino, 2018, 3 e ss.

16. D. PORENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Torino, 2009.

si scenari sulla tutela, i costi e i bilanciamenti», sebbene la precisazione espressa dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 264/2012, dove la stessa ha affermato che «tutti i diritti costituzionali si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

Il dibattito sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali per la tutela ambientale o sull'inevitabile conflitto nascente dall'applicazione di norme a tutela di valori con il primo contrastanti, primo tra tutti il diritto allo sviluppo economico e quindi il sottostante diritto al lavoro, è tutt'ora aperto.

Al di là di tutte le teorie sviluppate negli anni dai più illustri autori ed atte a superare questi conflitti, superando la dimensione astratta dell'ambiente come valore costituzionale e trasponendolo tra i *principi fondamentali* dell'ordinamento costituzionale, oggi la necessità di trovare criteri normativi e quindi giuridici per contribuire alla risoluzione dei conflitti tra valori costituzionali di pari rilevanza è più che mai attuale e non può prescindere dal contributo fondamentale rappresentato dalle altre scienze.

La prima domanda che mi sono posta è stata quindi: da cosa è costituito oggi il diritto dell'ambiente? Sicuramente più che da precetti, da principi e da obiettivi (come viene sottolineato anche dall'impostazione dell'AGENDA 2030), in quanto solo attraverso un approccio per principi possono essere risolte in modo più agevole – e quindi con una tutela maggiormente efficace per il bene giuridico sottostante – le caratteristiche relazioni di bilanciamento con altri interessi e le caratteristiche dinamico-evolutive, date dal fatto che le norme ambientali devono essere a fattispecie aperta e quindi flessibili per consentire il loro adeguamento alle continue evoluzioni della scienza.

Oggi si potrebbe quindi, al pari di ciò che in passato è stato fatto con l'utilità sociale¹⁷, affiancare a quest'ultima anche la salute e l'ambiente, quali "principi-valvola" in grado di fornire al diritto una certa flessibilità ed adattamento ai tempi e alle circostanze.

17. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 9 e ss.; A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2020.

2. *Posizione della dottrina e della giurisprudenza sulla portata della riforma dell'art. 41 della Costituzione*

Comprendendo la nozione di ambiente e quindi la portata della riforma dell'art. 41 della Costituzione è possibile orientarsi su quali potranno essere eventuali futuri criteri di risoluzione dei conflitti tra ambiente e sviluppo economico. Partendo dalla consacrazione della libertà allo svolgimento dell'iniziativa economica privata¹⁸, il *secondo comma* ha espressamente introdotto il limite dell'"ambiente", accanto a quelli rappresentati dall'"utilità sociale", dalla "sicurezza", dalla "libertà" e dalla "dignità umana", e il *terzo comma* un preciso e dettagliato riconoscimento del valore "ambiente".

Il terzo comma recita infatti: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali»¹⁹.

Le posizioni dottrinali che si sono occupate di verificare la reale portata della riforma di cui alla Legge Costituzionale n. 1/2022²⁰ possono essere suddivise tra quelle che hanno visto nella riforma sopra indicata un'occasione *sfumata* e quelle che al contrario hanno tratto dalla medesima una portata ricognitiva di enorme importanza.

Tra le posizioni del primo gruppo, che hanno pur sempre riconosciuto alla riforma il merito di aver tradotto in disposizioni positive il diritto costituzionale vivente di origine giurisprudenziale a tutela dell'ambiente, si annoverano quelle che in maniera puntuale hanno evidenziato come nel testo vi siano numerose omissioni scaturite dal compromesso delle rappresentanze parlamentari, che relativizzano la portata della riforma facendole assumere i tratti di una occasione perduta più che di un'autentica svolta epocale di segno decisivo per il futuro delle politiche ambientali.

Sicuramente questa parte della dottrina ha altresì sottolineato le potenzialità della riforma e quindi le basi gettate dalla medesima per il futuro, come ad esempio, in riferimento all'art. 9 della Costituzione, attraverso il collegamento della tutela ambientale "anche" nell'"interesse delle future

18. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 9 e ss.; A. BALDASSARRE, *Voce Iniziativa economica*, cit.

19. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; G. BOGGERO, *La Corte Costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *Diritticomparati.it*, 1 aprile 2019.

20. Tra queste si annoverano la A.S. 938 di iniziativa Colina e altri (13 novembre 2018) e la A.S. 1203 di iniziativa Perilli (2 aprile 2019) che avrebbero inserito la promozione per lo sviluppo sostenibile tra i compiti della Repubblica.

generazioni”, proiettando in tal modo “le politiche ambientali nel medio e lungo periodo”, o attraverso l’inserimento al comma 3 dell’art. 41 delle finalità non solo sociali ma anche “*ambientali*” cui funzionalizzare le attività economiche.

Qui una parte della dottrina²¹ ha messo in evidenza come «l’aggiunta sia tutt’altro che una mera ricognizione» e come si prefigurino, al contrario, in termini di «cambio di passo per le politiche pubbliche in materia di sviluppo economico», analizzando poi come la congiunzione “e” posta tra i fini sociali e quelli ambientali di cui al comma 3 rappresenti la volontà del legislatore di indirizzare l’attività economica attraverso un coordinamento e un’armonizzazione di questi due fini, che non dovranno quindi essere scissi e indipendenti tra di loro.

In altri termini, i fini ambientali non possono essere un obiettivo autonomo ma devono essere realizzati congiuntamente ai fini sociali, con ciò assicurando che la transizione ecologica proceda di pari passo con lo sviluppo sociale (con la massima attenzione quindi verso esigenze di equità, giustizia ed eguaglianza sostanziale).

Nonostante l’ambizioso progetto di riforma costituzionale sia andato nell’ottica di un riconoscimento effettivo dell’ambiente come valore costituzionale, per molti autori ci siamo trovati tuttavia di fronte ad una “occasione perduta”²², proprio perché manca nella riforma una specifica di carattere sostanziale e procedimentale cui sarebbe stato opportuno indirizzare la discrezionalità politica, onde evitare che le politiche ambientali rimangano rimesse alla discrezionalità politica o, peggio ancora, ideologica, dell’opinione pubblica e degli elettori.

La Consulta tuttavia non ha mancato anche in passato²³ di riconoscere e rafforzare il valore “ambiente”, oltre che il valore “salute”, nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti. In virtù di una interpretazione evolutiva ampiamente condivisa²⁴, infatti, la Corte

21. M. CECCHETTI, *La riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, 353; R. NIRO, *Art. 41, in Commentario alla Costituzione*, cit., 854.

22. *Ivi*, 351.

23. Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 95; Corte Cost., sent. 13 luglio 2017, n. 182; Corte Cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58. Anche alla luce dei lavori preparatori, si vedano il Servizio Studi del Senato, XVIII Legislatura, Tutela dell’Ambiente in Costituzione. Note sull’A.S. n. 83 e abbinati, Dossier 396, 10, su www.senato.it.

24. T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 2021; D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, in *Trattato di diritto dell’ambiente. Principi Generali*, diretto da P. Dell’Anno e E. Picozza, Padova, 2012, 282.

Costituzionale aveva già ricavato il riconoscimento del diritto/dovere alla tutela dell'ambiente e alla sostenibilità attraverso il combinato disposto dell'art. 9 della Costituzione con gli artt. 81 e 97, tracciando così un percorso di riconoscimento *ante riforma* della tutela dell'ambiente e delle generazioni future.

Nonostante questa linea giurisprudenziale tracciata dal giudice delle leggi, il legislatore ha comunque mancato di tracciare linee guida atte a risolvere gli inevitabili conflitti tra beni di pari valore (ormai) costituzionale, nonostante gli spunti proposti da una parte dei disegni di legge che hanno condotto all'approvazione definitiva della Legge Costituzionale n. 1/2022.

Altra parte della dottrina²⁵ invece, riprendendo il percorso giurisprudenziale tracciato dalla Consulta anni prima che intervenisse la riforma dell'art. 41 (e dell'art. 9), ha messo in evidenza l'enorme portata del lavoro svolto dalla Corte nell'affermazione del valore dell'ambiente.

Particolarmente significativa è stata, tra le altre, la sentenza n. 127 del 1990 con la quale la Corte Costituzionale, in tema di emissioni inquinanti, evocando gli artt. 32 e 41 della Costituzione, aveva evidenziato come il limite massimo di emissioni inquinanti «non potrà mai superare quello ultimo, assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui vive» e solo in quel momento potranno essere presi in considerazione i costi “non eccessivi”, superando in tal modo il principio risarcitorio a vantaggio del principio di solidarietà e di prevenzione già tracciati dagli ordinamenti inter e sovra nazionali.

Per questa parte della dottrina quindi la riforma dell'art. 41 non sarebbe meramente ricognitiva dal momento che anche l'ambiente indirizzerà programmi e controlli dell'attività economica privata e pubblica, tenendo conto di quel mancato inserimento in questo articolo del riferimento allo sviluppo sostenibile auspicato e proposto in sede di lavori preparatori ma che *aleggia* come un obiettivo implicito sotteso a tutta la riforma.

Le ragioni alla base di questa posizione dottrinale sono due. Innanzitutto l'art. 9 della Costituzione, introducendo l'obbligo di tutelare non solo l'ambiente ma anche gli ecosistemi e la biodiversità, manifesta esplicitamente la complessità del concetto di ambiente stesso, che necessita di una tutela considerando la pluralità estrema di elementi che lo compongono, in un articolato e complesso equilibrio ecologico²⁶.

25. G. ARCONZO, *La tutela*, cit., 157-185.

26. A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica. La tutela dell'ambiente in Costituzione*, in www.senato.it.

La seconda ragione è che la stessa formulazione dell'art. 41, che impone all'iniziativa economica il rispetto dell'ambiente, correlata alla tutela intergenerazionale introdotta dal novellato art. 9, rende manifesta la necessità di adottare *politiche ambientali generali* imponendo all'iniziativa economica *esplicitamente* il limite della tutela dell'ambiente, proprio nel rispetto delle generazioni future.

Alla luce di tutto ciò, le modifiche costituzionali potranno da un lato determinare l'adozione di misure legislative di tutela ambientali maggiormente attente alla logica dello sviluppo sostenibile rispetto a quanto fino ad ora avvenuto nel nostro Paese e, dall'altra parte, costituire un parametro di legittimità costituzionale che consentirà al Giudice costituzionale di garantire una maggiore considerazione alla tutela dell'ambiente nelle questioni che si troverà ad affrontare²⁷.

A dimostrazione di tutto quanto sopra merita certamente attenzione la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, pubblicata il 23 settembre 2022²⁸, che ha stabilito che

L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone [...]

e ancora:

le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile.

Il Consiglio di Stato ha preso una precisa posizione sul tema, sottolineando inoltre come il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive - rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti

27. G. ARCONZO, *La tutela*, cit., 185.

28. Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 08167.

all'insegna di una nuova assiologia compositiva²⁹ – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo.

Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo.

Punto cruciale e di svolta sarà quello di stabilire la misura di questa minor dannosità per l'ambiente.

3. *Art. 41 della Costituzione e Ordinamento Europeo. È possibile un collegamento e un coordinamento tra la norma costituzionale e il principio comunitario del DNSH (Do No Significant Harm)?*

Il terreno normativo sul quale è nata la riforma di cui alla Legge Costituzionale n. 1/2022 non poteva certamente essere immune, a parere della scrivente, dagli effetti della più ampia riforma che a livello comunitario veniva realizzata un paio di anni prima con l'introduzione del principio comunitario del DNSH (Do No Significant Harm), adottato con Regolamento UE 2020/852³⁰.

Questo principio comunitario ha avuto come presupposto la consapevolezza che la risoluzione dei problemi relativi alla tutela dell'ecosistema, e quindi dell'ambiente inteso nella sua accezione più complessa, richiede la cooperazione internazionale e non può avvenire ad opera di un singolo Stato³¹.

29. M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 71, che richiama la locuzione «nuova assiologia compositiva» affermata dal Consiglio di Stato sottolineando che non si tratta tanto di un presupposto quanto di un «processo e di un risultato che è compito dei pubblici poteri avviare e perseguire, in uno con la decisiva consapevolezza che 'la conversione ecologica potrà affermarsi solo se apparirà socialmente desiderabile'».

30. Reg. (UE) n. 852/2020 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, in GU UE L198 del 22 giugno 2020.

31. A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Introduzione*, cit.; K.J. DE GRAAF - L. SQUINTANI, *Sustainable development principles of environmental law*

Infatti proprio all'indomani di disastri ambientali le cui conseguenze hanno purtroppo trasceso la dimensione non solo spaziale ma anche temporale nella quale si sono verificati, la comunità internazionale ha dato l'impulso all'adozione di misure atte a contenere e contrastare gli effetti derivanti da tali disastri.

Gli ordinamenti giuridici internazionali, e nel nostro caso quello dell'Unione Europea, si sono dunque prodigati nel forgiare una serie di principi (come ad esempio quello della *responsabilità individuale per danno ambientale* o quello relativo alla nozione di *sviluppo sostenibile*) che avrebbero dovuto guidare i singoli Stati nello sviluppo di una normativa interna permeata dai medesimi. Tra i vari principi internazionali è possibile inserire a pieno diritto quello del DNSH, ovvero di «non arrecare un danno significativo» (all'ambiente), che è stato inserito dal Consiglio Europeo quale *conditio sine qua non* per l'accesso ai finanziamenti del RRF (Recovery and Resilience Facility), vincolando pertanto i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) alla concreta realizzazione della transizione ecologica e degli obiettivi del Green Deal europeo.

Ora, riprendendo i ragionamenti predittivi già formulati con grande lungimiranza da un parte della dottrina, è chiaro che i tempi per il passaggio dal *diritto ambientale*, in senso lato, al diritto dello *sviluppo sostenibile* possono dirsi ormai pienamente maturi. Infatti nell'*Agenda 2030* il principio dello sviluppo sostenibile (unito a quello sulla neutralità climatica) ha assunto una valenza universale e, integrato nelle azioni europee e negli obiettivi delineati dal Green Deal, è al centro dell'attenzione della Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile adottata dall'Italia nel 2017.

Questo nuovo principio si articola dunque in 17 obiettivi integrati ed interconnessi tra loro, aventi natura economica, sociale e ambientale e, in una prima sua analisi, ho cercato di verificare se e quali fossero eventuali elementi “premonitori” di tale principio atti a rafforzare gli strumenti di risoluzione del conflitto tra ambiente ed altri valori, tra cui *in primis* quello rappresentato dall'attività economica.

Il caso, a mio parere, più evidente da cui sarebbe possibile rinvenire “tracce” del futuro DNSH è proprio quello evidenziato dalla già sopra

and the energy sector, in *Energy, Law, Climate Change and the Environment*, edited by M. Roggenkamp, K.J. de Graaf e R.C. Fleming, Cheltenham, 2021; M. CARDUCCI, *Libertà climaticamente condizionate e governo del tempo nella sentenza BvrfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; R. FERRARA, *Valutazione di impatto ambientale e principi della giurisprudenza comunitaria: è solo un problema di ragionevolezza*, in *Il Foro italiano*, 2000.

citata sentenza della Corte Costituzionale n. 58 del 2018, dove il giudice delle leggi, richiamando il proprio precedente orientamento, ha sottolineato l'«esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti», rimarcando al contempo che «l'attività d'impresa [...] ai sensi dell'art. 41 della Costituzione si deve esplicare sempre in modo da non arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Sarebbe forse possibile, partendo dalla considerazione che la Corte Costituzionale, nella sentenza di cui sopra, richiama espressamente (rispetto alla precedente n. 85/2013) l'art. 41 Cost. come norma tracciante i limiti dell'attività d'impresa – in nome della tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana – affermare che alla luce dell'attuale normativa, comunitaria (introduttiva del DNSH) e interna (di revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione), tale sentenza potrebbe essere coerentemente letta con l'aggiunta del termine “significativo” accanto alla locuzione “non arrecare danno...” e del termine “ambiente” accanto agli altri valori di sicurezza, libertà e dignità umana?

Sicuramente questa domanda apparirà un po' azzardata ma lo spunto alla sua formulazione deriva dall'evoluzione che la Consulta ha effettuato passando dalla sentenza n. 85/2013 alla n. 58/2018 dove sembrerebbe posta in primo piano la ricerca di una «concordanza pratica»³² tra il diritto al lavoro (principio fondamentale) e il diritto alla salute, dando per assodato al pari di un assioma che «il lavoro non possa non essere salubre»³³.

Il processo evolutivo che ha condotto, quindi, al riconoscimento del DNSH, al pari di ciò che con la riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione è avvenuto per la normativa interna, è stato consacrato a livello

32. K. HESSE, *Verfassungsinterpretation* [XX Ed., 1999], trad. it. *L'interpretazione della costituzione*, in ID., *L'unità della Costituzione*, Napoli, 2014, 97; espressione richiamata anche da M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 474; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, Napoli, 2011.

33. M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41*, cit., 78; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2009, vol. XX, 3 e ss.; F.E. SANTONASTASO, *Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della “governance” nelle imprese di interesse strategico nazionale*, 2014, in ID., *Impresa, società e poteri pubblici*, Roma, 2018, 405 e ss.; D. PALMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, 10; T. GUARNIER, *Della ponderazione di un “valore primario”*, in *Diritto e società*, 2018, 183; A. RICCARDI, *Modelli di sviluppo insostenibile*, in *Lavoro e previdenza oggi*, in *Articoli e Dottrina*, 3-4, 2022.

comunitario proprio con l'*Agenda 2030*, che ha adottato un modello di ambiente universalmente accettato e composto da tre dimensioni interconnesse e indivisibili: la dimensione economica, la dimensione sociale e la dimensione ambientale.

Sul piano internazionale, poi, le Nazioni Unite hanno posto alla base di tale processo una rinnovata *etica di cittadinanza globale* e di *solidarietà intergenerazionale*. Per realizzare il medesimo si è reso indispensabile non solo un approccio integrato ma un vero e proprio cambio di mentalità da parte delle singole Nazioni, che hanno dovuto e dovranno, pertanto, rivolgere le proprie strategie di azione e di attuazione a tutti i livelli ordinamentali (giurisdizionale, legislativo e amministrativo), comprese le imprese e i singoli cittadini (per esempio riducendo singolarmente i consumi energetici), inserendo Persone, Pianeta e Prosperità all'interno di una sorta di diagramma cartesiano, su un immaginario asse orizzontale, laddove su quello verticale si troverà l'elemento "tempo".

Sempre sul piano sovranazionale potrebbero essere rinvenute altre tracce primordiali (o forse, meglio ancora, "ancestrali") di DNSH nei Trattati internazionali e comunitari a partire rispettivamente nel 1982, con la Carta mondiale della natura promulgata dall'ONU, e nel 1992, con il Trattato di Maastricht, con cui si denota l'orientamento cautelativo dell'UE nel dubbio o nell'attesa che prove scientifiche possano dimostrare la presenza di rischi per l'ambiente e per la salute.

Negli anni sono state quindi gettate le basi per il riconoscimento del principio del DNSH attraverso l'adozione di altri principi che sono ormai universalmente riconosciuti, quali il principio di *integrazione*, intesa in relazione al superamento delle contraddizioni dei vari quadri normativi, nazionali e sovranazionali, e quello di *solidarietà*, che esprime condivisione e corresponsabilità, ovvero coscienza di appartenere ad una determinata società.

Anche la Corte Costituzionale, già con la sentenza n. 75 del 28 febbraio 1992, aveva riconosciuto nella solidarietà sociale il principio in base al quale «la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che la caratterizza», con una visione oggi più che mai coerente con il riconoscimento della tutela dell'ambiente, inteso come bene comune ed estensibile oltre i singoli confini nazionali.

Concludendo con la rassegna dei principi ispiratori anche del DNSH, non poteva certamente mancare un breve richiamo a quello che più di tutti sta rivoluzionando le varie forme di tutela dell'ambiente, il principio di *precauzione* e la conseguente *tutela preventiva*, non più solo riparativa,

laddove la precauzione preferisce la prudenza quando l'audacia potrebbe essere suicida, riassumibile con la sinottica «better safe than sorry»³⁴.

La forza di questo principio si manifesta attraverso la sua estrinseca elasticità nella capacità di adattarsi alla dinamica degli eventi e, in quanto tale, l'auspicio è che nel conflitto tra principi costituzionali in gioco possa fungere da contrappeso al pari di quanto, all'interno dello stesso DNSH, esso rappresenti un pilastro fondamentale.

34. M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in *Ambiente e Diritto*, a cura di Grassi, Cecchetti e Andronio, vol. I: *Diritto e ambiente*, Firenze, 1999, 59-100; C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2012.

Maria Laura Lanzillo

Tra ordine e conflitto. Strategie del pensiero politico

Il XXI secolo ha visto il ritorno drammatico e inquietante, fonte di disordine e violenze, della realtà dei conflitti tanto sul piano internazionale (dall'attacco alle Torri gemelle alla guerra in Afghanistan, dalla guerra in Iraq fino alle guerre recenti fra Russia e Ucraina e Israele e Palestina passando per i tanti sanguinosi conflitti che infuocano molte parti del mondo) quanto su quello interno (penso in particolare ai nuovi esasperati conflitti sociali che attraversano le democrazie occidentali da entrambe le sponde dell'Atlantico, stressate da dinamiche populiste di odio e risentimento così come dalle dinamiche della global governance neoliberista). Conflitti che colpiscono e angosciano l'opinione pubblica, quasi inchiodandola a una incapacità di reazione, di fronte alla constatazione che uno degli strumenti che la modernità europea aveva pensato quale convertitore del conflitto in ordine, il diritto, tanto nella sua dimensione interna (lo Stato costituzionale di diritto) quanto in quella internazionale (le istituzioni del diritto internazionale), appare in palese difficoltà e per certi versi impotente nello svolgere il proprio compito. Nelle società democratiche occidentali la crescita del senso di insicurezza e il dominio della paura insieme allo sfilacciamento, se non la rottura, del legame sociale sembrano allora prendere il sopravvento¹.

La lunga crisi del nostro presente impone a chi studia il pensiero politico di interrogarsi su ciò che siamo e su come siamo stati costituiti, sulle forme del nostro agire politico e sugli spazi che quell'agire hanno strutturato e continuano a strutturare. Ciò significa che

1. Cfr. per uno sguardo di insieme L. SCUCCIMARRA, *Semantiche della paura. Un itinerario storico-concettuale*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 2019, n. 1, 17-34 e il mio *Lo stato della sicurezza. Costituzione e trasformazione di un concetto politico*, in *Ragion pratica*, 2018, n. 1, 9-28; E. PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020.

una filosofia politica del presente richiede questo doppio movimento dell'errare fra i detriti della destrutturazione delle categorie del politico moderno, e del tornare alla radice della loro strutturazione, risalendo dalla fenomenologia della crisi alle aporie dell'origine².

Un movimento dell'errare che si proverà a compiere nelle prossime pagine interrogando alcune declinazioni moderne e tardo-moderne del rapporto conflitto-potere-diritto sia con metodo archeologico, per portare alla luce le sue fondamenta, sia con finalità genealogica, al fine di individuarne l'origine storica, aporetica e contingente, quell'origine con la quale una volta ancora ci troviamo a fare i conti. Si è scelta questa modalità di indagine non tanto per chiudere i conti con la nostra origine e rubricarla in un passato, la modernità, che in quanto passato sarebbe inevitabilmente dietro le nostre spalle, ma per continuarne all'altezza della contemporaneità il lavoro critico sui nostri limiti, sul nostro presente, che è il cuore produttivo della modernità stessa, travaglio paziente che dà forma all'«impazienza della libertà» come l'ha definita Michel Foucault³, a mio parere ineludibile orizzonte della politica e della filosofia politica.

1. *Rappresentazioni moderne del conflitto*

«Ciò che distingue le diverse società è il modo in cui in esse il potere politico rappresenta il conflitto»⁴.

Nella tradizione del pensiero occidentale il concetto politico di conflitto è stato tematizzato in riferimento alla questione dell'ordine politico⁵. Fin dal pensiero classico greco il rapporto fra conflitto e poli-

2. I. DOMINIJANNI, *Lo stile della differenza*, in *Figure del conflitto. Identità, sfera pubblica e potere nel mondo globalizzato. Scritti in onore di Giacomo Marramao*, a cura di V. Martinengo, Valter Casini Editore, Roma, 2006, 344.

3. M. FOUCAULT, *Che cos'è l'illuminismo?* (1984), in ID., *Antologia. L'impazienza della libertà*, a cura di V. Sorrentino, Feltrinelli, Milano, 2005, 233.

4. R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Einaudi, Torino, 2020, 191.

5. Cfr. E. GREBLO, voce *Conflitto*, in *Enciclopedia del pensiero politico*, a cura di R. Esposito e C. Galli, Laterza, Roma-Bari, 2005 (nuova ed.), 161-163. Per ragioni di spazio in queste pagine ci occuperemo solo del conflitto politico e non anche del conflitto sociale, tematica altrettanto fondamentale nella storia del pensiero occidentale. Per un'utile e originale sintesi delle teorie del conflitto sociale dal modello aristotelico, passando per la modernità, fino alla società globale, cfr. il recente L. BACCELLI, *Il conflitto sociale*, Futura Editrice, Roma, 2023.

tica è al cuore della riflessione filosofica⁶, «il conflitto si pone come un oggetto per la filosofia politica, come un ambito di radicale importanza. Diventano visibili nuove linee e nuove segmentazioni che si producono nella storia del pensiero»⁷.

Per ragioni di spazio, nelle pagine che seguono ci limiteremo a riflettere su alcune delle linee che si producono nella modernità, provando a mostrare come una diversa immaginazione politica del conflitto di volta in volta affermata, produca necessariamente una diversa immaginazione dell'ordine politico e una differente lettura della relazione fra conflitto e diritto. Semplificando per ragioni di spazio una vicenda storico-politica e filosofica che invece è estremamente complessa, stratificata e pertanto non lineare ma ricca di contraddizioni, mi sembra che nella storia del pensiero politico moderno si possano individuare essenzialmente due linee di demarcazione (che si articolano a loro volta in una serie di sotto-varianti sulle quali non potremo tuttavia soffermarci) nell'elaborazione della relazione ordine e conflitto. Troviamo una prima linea che assume il conflitto come patologia dell'ordine politico e dunque come elemento da espungere, neutralizzare: è la linea di pensiero che mette al mondo la figura dello Stato quale detentore del potere sovrano e il diritto nella forma della legge quale strumento di pacificazione e regolamentazione. Non c'è dubbio che sia stata la linea *mainstream* della modernità politica, sia nella sua variante razionalistico-liberale sia in quella dialettica hegelomarxiana (ognuna di queste a sua volta ulteriormente elaborate nell'ambito sia della teoria democratica sia del pensiero negativo e della teoria critica novecentesche), e quella che storicamente ha avuto più successo.

La seconda linea, che è una linea carsica, eterodossa e con una vicenda perciò meno palese, ma che pure ha intessuto di sé la lunga trama della modernità politica, assume invece il conflitto come radicalmente costitutivo della vita politica e dunque non oblitterabile, ma resistente ad ogni piena messa in forma. Ne viene una concezione del conflitto che lo pone in un rapporto sempre ricorsivo con il diritto: è questa la linea che prospetta una concezione repubblicana della vita associata, che non cerca di sfuggire all'origine conflittuale, ma che vuole pensare insieme ordine e conflitto. Se il padre della prima linea è Thomas Hobbes, il quale «particolarmente con il *Leviatano*, funge da levatrice di

6. Cfr. N. LORAUX, *La città divisa*, Neri Pozza, Vicenza, 2006; U. CURI, *Polemos. Filosofia come guerra*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000.

7. F. DEL LUCCHESI, *Tumulti e indignatio. Conflitto, diritto e moltitudine Machiavelli e Spinoza*, Edizioni Ghibli, Milano, 2004, 144.

una diversa modernità, di un nuovo ordine razionale»⁸, il padre della seconda è Niccolò Machiavelli, poiché

ha colto e teorizzato il carattere produttivo del conflitto politico nella società. Non in contrasto con l'ordine, ma in relazione necessaria ad esso. Diversamente da Hobbes, che pone in alternativa ordine e conflitto, condizionando la nascita del primo all'estinzione del secondo, per Machiavelli il conflitto è il motore fondamentale dell'ordine politico⁹.

Va peraltro subito notato che la prima delle due tradizioni di pensiero che abbiamo individuato, per quanto proponga un'immaginazione dell'ordine politico tendenzialmente pacificato, condivide con la seconda una prospettiva sul diritto che non ne dimentica, sia pure offrendone un'interpretazione differente, l'origine conflittuale e sociale. Come è per esempio evidente a Marx quando afferma nel 1849 sulle pagine della *Neue rheinische Zeitung*:

la società non poggia sulla legge: questa è una fantasia dei giuristi! È la legge che necessariamente poggia sulla società, è la legge che deve esprimere gli interessi e i bisogni collettivi, nascenti dal modo di produzione di volta in volta imperante, contro l'arbitrio dei singoli¹⁰.

O come riconosce Kelsen nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* quando sottolinea che il diritto è una tecnica dell'organizzazione sociale necessaria per la risoluzione di conflitti di interesse attraverso forme¹¹.

1.1. Le vicende politiche e sociali che attraversano l'Europa fra XVI e XVII secolo (dalle conseguenze della scoperta del Nuovo Mondo alla

8. C. GALLI, *All'insegna del Leviatano. Potenza e destino del progetto moderno*, in TH. HOBBS, *Leviatano*, Rizzoli, Milano, 2011, VI.

9. R. ESPOSITO, *Istituzione*, il Mulino, Bologna, 2021, 61.

10. *Autodifesa di Marx contro il comitato distrettuale renano dei democratici*, 25 febbraio 1849, in MARX - ENGELS, *Il Quarantotto. La "Neue Rheinische Zeitung"*, a cura di B. Maffi, la Nuova Italia, Firenze, 1970. Cfr. su questo A. ALGOSTINO, *Necessità della storia tra norma e conflitto*, in *Il diritto alla storia. Saggi, testimonianze, documenti per «Historia Magistra» (2009-2019)*, a cura di A. d'Orsi e F. Chiarotto, Accademia University Press, Torino, 2021, 3-11, ma soprattutto P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, che sottolinea con forza che il diritto «si contrassegna per una sua essenziale socialità» (p. 12).

11. Inevitabile il rimando a G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

crisi dell'Umanesimo, dalle guerre civili di religione all'emergere di nuovi ceti produttivi e di una nuova scienza) sono prodromiche all'affermazione dell'ordine politico che domina la modernità continentale europea, lo Stato sovrano, una nuova figura istituzionale che interpreta il conflitto come una turbativa violenta dell'ordine politico sia all'interno dello spazio politico statale sia, a partire dal XVIII secolo, anche all'esterno. È in questo periodo che in opposizione alla metafisica sostanzialista della teologia cristiana, basata sull'ordine dell'essere della filosofia Scolastica, comincia a imporsi il processo di secolarizzazione del potere e del diritto, vale a dire un movimento che pensa tanto il potere quanto il diritto come costruzioni storiche e contingenti, razionali e artificiali¹². «Auctoritas, non veritas facit legem», afferma Hobbes nel capitolo XXVI del *Leviatano*, fondando di fatto il diritto moderno: la città degli uomini si fa del tutto autonoma da quella di Dio, inizia il processo di laicizzazione dell'ordine politico e di deteologizzazione del diritto¹³.

Per quanto in modo non lineare e univoco, questo processo produce tanto una nuova forma di ragione, la ragione calcolatrice e combinatoria che domina il razionalismo occidentale e informa di sé la rivoluzione scientifica e industriale, quanto una nuova forma di potere, il potere sovrano, che, se lo osserviamo così come descritto nel *Leviatano* di Hobbes, si configura sia come l'unico potere legittimo, poiché autorizzato tramite il meccanismo pattizio, sia come un potere totalmente contingente, poiché poggia su una *tabula rasa* (la tradizione non parla più o meglio parla con troppe voci), sia come un potere che può contare solo su se stesso, cioè sulla propria efficacia, e che si misura in prima battuta sulla capacità di mantenere l'ordine e la pace e garantire la vita dei singoli individui (nella variante lockiana di questo modello si aggiungerà la *property*, vale a dire i diritti naturali alla vita, la libertà e la proprietà) tramite la propria volontà legislativa¹⁴. La sovranità statale si rappresenta come un potere autofondato, frutto di una volontà soggettiva che si immagina così potente da neutralizzare il disordine di natura, il conflitto fra *ius* e *lex*, l'originario nucleo a-razionale della politica moderna, cioè non preventivamente giu-

12. Cfr. G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2005.

13. «Con la modernità, grazie a una serie di passaggi che siamo abituati a denominare "secolarizzazione", la politica e la mediazione giuridica si sostituiscono alla religione come forza coesiva mondana», G. PRETEROSI, *Teologia politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2022, 9.

14. Cfr. C. GALLI, *Ordine e contingenza. Linee di lettura del «Leviatano»*, in Id., *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 38-71.

stificato (è qui evidente la polemica con la filosofia tomista e la concezione di un ordine intrinseco dell'essere poiché creato da Dio), e che tuttavia non viene mai del tutto e permane a inquietare la trasparenza razionale del nuovo ordine razionale¹⁵.

La sovranità si pone allora fra XVII e XVIII secolo al cuore di quel movimento, concettuale e storico-materiale, che porterà alla costituzione degli Stati moderni, alla dottrina del diritto pubblico, alla promulgazione delle costituzioni statuali e che proseguirà, pur travagliato da vicende alterne e drammatiche, con l'istituzione delle democrazie novecentesche e delle organizzazioni internazionali. Il movimento storico-politico della sovranità statale, pur con le differenze, a volte anche radicali, che la storia degli Stati europei conosce, innesca una serie di processi importanti – un processo di semplificazione politica, un processo di riorganizzazione degli apparati amministrativi e militari e un processo di espropriazione dei poteri particolari e di uniformazione della società nel momento in cui si afferma che tutti i sudditi sono uguali di fronte alla legge dello Stato –, che porterà alla caduta dell'antico regime e all'affermazione rivoluzionaria della dichiarazione dei diritti e del potere costituente della sovranità nazionale. In parallelo, lo stesso potere sovrano, che si è presentato come persona leviatanica dotata di un potere *absolutus*, senza vincoli e quindi in qualche modo smisurato, è sottoposto un processo di istituzionalizzazione che lo rende progressivamente più certo, prevedibile, impersonale; trasformazione che avviene principalmente attraverso lo strumento del diritto, se pensiamo al contributo dell'illuminismo giuridico¹⁶, alla promulgazione delle costituzioni rivoluzionarie e a tutto il processo di codificazione post-rivoluzionaria, alla teorizzazione dello Stato di diritto nel XIX secolo. Si crea allora quel rapporto biunivoco e circolare tra potere e diritto che, come ha scritto Bobbio in *Teoria generale della politica*, fa sì che «il potere senza diritto è cieco, ma il diritto senza potere è vuoto»¹⁷ e che ha avuto la sua più fortunata realizzazione storica nella forma novecentesca dello Stato costituzionale di diritto.

15. La letteratura sulla sovranità è ovviamente sterminata. Mi limito qui a citare per tutti uno dei più recenti testi usciti in Italia: D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, a cura di G. Preterossi e O. Malatesta, Laterza, Roma-Bari, 2023.

16. Cfr. su questo il recente PH. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, il Mulino, Bologna, 2023.

17. N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, 186. Sempre importanti per ricostruire questa vicenda le pagine di P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2015.

La storia della modernità giuridica e politica, che, non va mai dimenticato, ha la sua genesi nella violenza delle guerre civili di religioni, è una storia certamente complessa e stratificata, e che tuttavia, pur autoaffermandosi come necessaria in quanto frutto della razionalità umana, non manca di mostrare anche tutte le contraddizioni che a questa nuova forma del potere ineriscono, contraddizioni che la rendono una struttura tanto forte quanto costantemente a rischio di crisi, poiché critica nei confronti del reale concreto e sottoposta essa stessa a critica¹⁸.

La dimensione originaria disordinante, caotica, conflittuale (lo stato di natura per la teoria contrattualistica, la nazione che preesiste allo Stato nella teoria rivoluzionaria, concretamente l'origine di guerra e violenza da cui nascono gli Stati, riconosciuta tanto dal razionalismo liberale quanto dal pensiero dialettico), sulla quale, come abbiamo visto, si erge l'ordine politico-giuridico, viene allora rappresentata come una sorta di "eccedenza" del moderno. E ciò significa, ed è questo il nucleo nichilistico e al tempo stesso rivoluzionario di questa posizione, che l'ordine politico-giuridico della modernità che assume le forme dello Stato sovrano manca di qualsivoglia fondamento ontologico. In questo senso si comprende allora l'utilizzo dell'aggettivo «esistenziale» con il quale di recente Carlo Galli ha definito la sovranità. Definire la sovranità esistenziale segnala che la sovranità reca in sé costantemente la propria origine conflittuale, poiché si configura come «un soggetto attraversato dalla propria negazione, [...] un Uno costituito da un Due che non potrà mai essere eliminato»¹⁹.

E tuttavia questa origine eccedente che informa la sovranità, viene necessariamente occultata nel momento in cui il potere sovrano dello Stato si rappresenta come elemento di pacificazione e neutralizzazione dei conflitti che attraversano e inquietano sia il singolo individuo (laddove al posto dell'uomo, dominato da una natura conflittuale di passioni e ragione, viene messa al mondo la nuova soggettività politica universale, il cittadino dello Stato, un soggetto che si pretende ordinato, che proclamerà i propri diritti e si affermerà come libero, uguale e razionale) sia la società (quando la moltitudine conflittuale dello stato di natura si trasforma in corpo politico, nelle forme della nazione o del popolo) sia la convulsa

18. Rimando qui all'analisi di R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, il Mulino, Bologna, 1984 e ID., *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, il Mulino, Bologna, 2009.

19. R. ESPOSITO - C. GALLI, *Istituzione e sovranità: un confronto*, in *Almanacco di Filosofia e Politica*, 2021, n. 3, *Res publica. La forma del conflitto*, 22.

contingenza storica che segna la storia di Europa tra XVI e XIX secolo (il sistema westfaliano degli Stati).

1.2. La sovranità si annuncia dunque come potere capace di risolvere i conflitti che investono la vita, del singolo o della comunità, mettendo in moto una potente e produttiva immaginazione politica, che, in sintesi, dà vita a due ordini di discorso differenti e complementari al tempo stesso. Da un lato troviamo il discorso liberale, che pensa la teoria della separazione, limitazione e organizzazione dei poteri e la sovranità del diritto. È un discorso che pensa la possibilità di mettere al mondo una socialità pacificata e pienamente razionale e perciò capace di produrre ordine, pace e diritti, al fine di assicurare la pace sociale ed escludere il disordine e i conflitti violenti non solo nella sfera statale interna, ma anche in prospettiva, se si pensa al Kant della *Pace perpetua* o agli scritti internazionalistici di Kelsen, nella sfera dei rapporti fra gli Stati. Ecco allora che in questa prospettiva il diritto è considerato «un ordinamento per la creazione di una comunità, per il mantenimento della pace»²⁰.

Dall'altro lato, troviamo un discorso che da Hobbes attraverso Hegel culmina in Carl Schmitt, dal quale emerge invece una posizione che certamente pensa il potere sovrano nella sua forma giuridificata come potere di pacificazione, ma, in polemica con la linea liberale, riconosce al tempo stesso l'irriducibilità ultima del politico ad una convivenza sociale del tutto pacificata, nel momento in cui mette in questione «l'idea che soggetti, libertà e diritti si diano immediatamente, quasi naturalmente, e che il diritto si sostenga da sé, scaturendo dalla socialità profonda dell'umano, scartando conflitti e asimmetrie di potere»²¹. Il razionalismo positivista di Hobbes, l'immane potenza del negativo di Hegel e la ricerca genealogica sulle categorie della politica di Schmitt disegnano, pur con le importanti differenze che distinguono questi tre autori, un percorso alternativo a quello liberale, che, invece di escluderla, continua a mostrare tutta la dimensione conflittuale insita nella società, che non può essere mai definitivamente risolta nella contingenza politica, e cioè non può essere pienamente conciliata attraverso lo strumento del diritto, e a cui perciò non ci si può mai sottrarre del tutto, poiché permane nel concreto dell'ordinamento giuridico dello Stato, come Schmitt non mancherà di ricordare a Kelsen²². Si rende cioè

20. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990, 62.

21. G. PRETEROSS, *Teologia politica e diritto*, cit., 12.

22. «Il diritto non nasce dal diritto, nasce dal disordine, dal potere sregolato, dalla violenza (e ne porta sempre le tracce anamnestiche dentro di sé)», R. RACINARO, *Carl Schmitt e la*

pienamente visibile quell'eccedenza di cui si parlava sopra, ma sempre nella convinzione che, per quanto non del tutto superabile, essa possa certamente essere compresa e saputa grazie al lavoro filosofico-politico di critica che non bisogna stancarsi di compiere sul reale.

La consapevolezza del permanere dell'origine conflittuale è evidente, per esempio, nell'ipotesi hobbesiana che nello stato di natura, nello stato di guerra di tutti contro tutti, si può sempre ritornare, perché il Leviatano è un Dio sì, e di un Dio ha i poteri, ma è un «dio mortale»²³; ciò significa che Hobbes ci avverte che lo Stato può sempre morire aprendo le porte al ritorno della violenza e della guerra originaria. Ipotesi che invece in John Locke sarà già del tutto esclusa²⁴.

Ma si pensi anche a quello che un grande studioso dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, Arturo Massolo, ha definito l'«angosciante sentimento della sera»²⁵ che avvolge quell'opera hegeliana, laddove il filosofo nel comprendere la razionalità del reale deve tuttavia fare i conti con l'impossibilità della conciliazione nel mondo oggettivo. E questo sia perché l'architettura costituzionale (nel senso della *Verfassung*) dello Stato, la manifestazione universale della libertà, non è l'ultima parola dello spirito oggettivo, ma è anch'essa sottoposta al tribunale del mondo, la storia del mondo, che agisce sulla finità dei singoli Stati e ne decreta il successo come la morte²⁶; sia perché permangono insuperabili all'interno della struttura costituzionale dello Stato hegeliano due particolarità, la plebe (la «grande massa» della società che decade «al di sotto della misura d'un certo mo-

genealogia della politica, in *Filosofia politica*, 1997, n. 1, 130. Cfr. anche H. HOFFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

23. «Questa è la generazione di quel grande LEVIATANO, o piuttosto (per parlare con più riverenza) di quel *dio mortale*, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa», TH. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XVII, 182. Cfr. anche il capitolo XXIX del *Leviatano* intitolato *Di quelle cose che indeboliscono o tendono a dissolvere uno Stato*.

24. «In conclusione, il potere che ogni individuo ha dato alla società quand'è entrato a farne parte non può mai ritornare agli individui fin tanto che la società dura, ma resta sempre in possesso della comunità, che altrimenti non si darebbe comunità di sorta, né Stato, il che sarebbe contrario al patto originario», J. LOCKE, *Trattato sul governo*, a cura di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma, 1992, § 243, 228.

25. Cfr. A. MASSOLO, *La storia della filosofia e il suo significato*, in *La storia della filosofia come problema*, a cura di L. Sichirillo, Callecchi, Firenze, 1973, 39.

26. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, con le Aggiunte di Eduard Gans, a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari, 2001, § 340, 264-265.

do di sussistenza» e perciò perde anche il «sentimento del diritto, della rettitudine e dell'onore di sussistere mediante propria attività e lavoro»²⁷, rimanendo esclusa dal movimento della società civile che la conduce a riconoscere il proprio lavoro come manifestazione del lavoro della libertà che si realizza nello Stato) e l'individualità particolare «assolutamente decidente» del monarca²⁸, particolarità che non trovano conciliazione, non sono ricondotte a sintesi nel processo di *Aufhebung*, e rimangono perciò a inquietare la trasparenza della riconciliazione della totalità etica statale²⁹.

O, infine, si pensi alla prestazione di Schmitt che dimostra che l'ordine e la norma giuridica sono l'eccezione, mentre il disordine (il conflitto, la guerra) è la norma e che la decisione sovrana in quanto tale³⁰, che decide sul caso d'eccezione e crea l'ordine, è fondata sul nulla³¹.

Se da un punto di vista di filosofia politica questi due ordini del discorso – l'uno che rappresenta l'esclusione del conflitto dall'ordine politico, poiché pensa la polarità ordine-conflitto come oppositiva, l'altro che invece svela l'origine conflittuale dell'ordine e assume il carico politico della consapevolezza di questa origine tragica – utilizzano schemi teorici differenti, da un punto di vista storico-politico entrambi hanno innervato la storia della modernità politica, contribuendo al processo di laicizzazione del diritto, alla neutralizzazione delle guerre civili di religione, alla legittimazione del potere non più dall'alto secondo la tradizione della *Respublica christiana*, ma dal basso, all'apertura progressiva per l'individuo di uno spazio di esercizio dei diritti e delle libertà, per giungere all'affermazione nel XX secolo del principio di uguaglianza sostanziale fra cittadini con l'avvento in Europa delle democrazie costituzionali e del Welfare State³².

27. *Ivi*, § 244, 188.

28. «Questo momento assolutamente decidente dell'intero è perciò non l'individualità in generale, bensì un individuo, il monarca», *ivi*, § 279, 224.

29. Cfr. su questo G. PRETEROSI, *I luoghi della politica. Figure istituzionali della filosofia del diritto hegeliana*, Guerini e Associati, Milano, 1998.

30. È l'incipit di *Teologia politica*: «Sovrano è chi decide sul caso d'eccezione», C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Id.*, *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 1972, 34.

31. «In senso normativo, la decisione è nata da un nulla. La forza giuridica della decisione è qualcosa di diverso dal risultato del suo fondamento», *ivi*, 56. Necessario il rinvio a C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010².

32. Come primi riferimenti per uno sguardo d'insieme, cfr. E.-W. BÖCKEFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2007; *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002; N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna, 2011.

1.3. Come si accennava all'inizio di queste pagine, il pensiero politico moderno ha conosciuto anche un'altra differente linea di riflessione sul rapporto fra ordine e conflitto, che in questo caso viene pensato in qualche modo prima e oltre l'artificio sovrano dello Stato, vale a dire al di fuori della dinamica potere costituente-potere costituito, legittimità-legalità, dell'equazione politica-Stato. Le istituzioni politiche vengono allora pensate non come enti che stanno quali barriere che escludono il conflitto, ma come enti dinamici, poiché esposti costantemente al conflitto. Il conflitto in questa ipotesi interpretativa è un elemento che non può né essere escluso grazie all'azione della ragione giuridica e nemmeno essere assunto in tutta la sua tragicità, ma del conflitto si inquadra l'intrinseca capacità trasformativa. Ordine e conflitto allora non sono più letti come due polarità opposte, ma l'ordine emerge dal conflitto e ne condivide la dinamicità³³.

Per questa linea di lettura paradigmatiche diventano le pagine di Machiavelli, se si pensa per esempio al titolo del quarto capitolo del primo libro dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*: «Che la disunione della plebe e del senato romano fece libera e potente quella repubblica»³⁴. Il conflitto in Machiavelli non è solo figura, come abbiamo visto in Hobbes, della guerra civile, ma può essere fattore di libertà. Per il segretario fiorentino il corpo politico è costitutivamente conflittuale e dalla disunione fra gli umori che costituiscono ogni repubblica, ogni città, vale a dire dai tumulti, nascono le leggi che permettono la libertà³⁵. La società politica non appare sotto la forma dell'ordine pluralistico neutralizzato, ma sotto la forma di una contesa: un'immagine quella della contesa che tuttavia non proietta l'immagine della guerra di tutti contro tutti dello stato di natura hobbesiano, ma quella di uno scontro politico fra gruppi sociali differenti, portatori di interessi differenti. Nelle pagine dei *Discorsi*, così come in quelle del *Principe*, il conflitto appare ineluttabile e rispetto ad esso «non bisogna – né per Machiavelli avrebbe senso – immaginare alcuna rifondazione artificiale perché non c'è motivo di sfuggire alla ricorrenza dell'origine, vale a dire alla nostra stessa natura conflittuale»³⁶.

33. Come primo riferimento su questo differente paradigma di lettura del rapporto fra ordine e conflitto rimando a R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit.

34. N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, a cura di G. Inglese, Rizzoli, Milano, 1996², 70.

35. «[...] e' sono in ogni repubblica due umori diversi, quello del popolo e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si fanno in favore della libertà, nascono dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma», *ivi*, I, 4, 5, 71.

36. R. ESPOSITO, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Einaudi, Torino, 2010, 58. Ma sul rapporto fra ordine e conflitto in Machiavelli va ricordato anche

Machiavelli disegna perciò una concezione dinamica della politica: il ruolo che il conflitto ha nelle sue pagine sta a mostrare che le strutture istituzionali di un assetto politico vanno valutate per quanto riguarda tanto la politica estera quanto la politica interna non *more geometrico*, nella loro perfetta stabilità geometrica (la via che seguirà invece il razionalismo politico a partire dal XVII secolo), ma nella capacità di rapportarsi alla contingenza storica, che è inevitabilmente in continuo movimento. Detto in altro modo, vanno osservate nella loro abilità di stringere efficacemente la relazione tra virtù e fortuna, il che significa anche tra legge e mutazione³⁷.

Né si può chiamare in alcun modo con ragione una repubblica inordinata, dove sieno tanti esempi di virtù, perché li buoni esempi nascano dalla buona educazione, la buona educazione dalle buone leggi, e le buone leggi da quelli tumulti che molti inconsideratamente dannano: perché chi esaminerà bene il fine d'essi, non troverà ch'egli abbiano partorito alcuno esilio o violenza in disfavore del commune bene, ma leggi e ordini in beneficio della pubblica libertà³⁸.

Dunque esiste un legame senza soluzione di continuità fra leggi e tumulti, fra leggi e conflitto, che istituiscono nella città la pubblica libertà. Siamo di fronte a una concezione conflittualistica del diritto, in opposizione alla interpretazione che abbiamo analizzato sopra del diritto come

Id., *Ordine e conflitto. Machiavelli e la letteratura politica del Rinascimento italiano*, Liguori, Napoli, 1984, in part. 179-220 dedicate alla polemica hobbesiana contro l'idea dello stato misto in quanto stato di per sé conflittuale e dunque pericoloso per la tenuta dell'ordine politico, con una visione del conflitto come rischio mortale per l'ordine, polemica che Espósito legge in chiave antimachiavelliana. «Il ragionamento di Hobbes procede per passaggi lineari: potere diviso significa conflitto sociale, conflitto sociale guerra civile, guerra civile estinzione dello Stato. Ma qual è, per Hobbes, la forma statuale eminentemente segnata da tale catena di conseguenze? Non la democrazia, come può in un primo tempo apparire, ma quello "stato misto" celebrato da Machiavelli come il più valido ordinamento espansivo del mondo antico e moderno. [... Machiavelli] è certamente il solo ad apprezzare lo stato misto non *nonostante* ma *proprio* per la conflittualità sociale da esso innescata» (ivi, 184).

37. Cfr. M. GEUNA, *Machiavelli e il ruolo dei conflitti nella vita politica italiana*, in *Conflitti*, a cura di A. Arienzo e D. Caruso, Libreria Dante & Descartes, Napoli, 2005, 19-57; C. ALTINI, *Mutamento storico e conflitto politico in Machiavelli*, in *Guerra e pace. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, a cura di C. Altini, il Mulino, Bologna, 2015, 117-134; M. DI PIERRO, *Machiavelli e i conflitti. Le interpretazioni italiane*, in *Ingenium. Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de la Ideas*, 2019, n. 13, 75-88. Sulla concezione machiavelliana del conflitto e la sua ripresa nel pensiero repubblicano cfr. anche, da ultimo, L. BACCELLI, *Il conflitto sociale*, cit., 28-48.

38. N. MACHIAVELLI, *Discorsi*, cit., I, 4, 7, 71.

strumento di pacificazione. Filippo Del Lucchese ha riscontrato le diverse funzioni che la legge riveste nelle pagine di Machiavelli, in particolare nei *Discorsi*³⁹. Le leggi qui hanno il compito di spingere alla virtù, cioè alla partecipazione alla vita cittadina, al fine di evitare la corruzione che vi sarebbe in un'esistenza tutta dedicata all'ozio o agli affari privati; la legge inoltre regola la convivenza fra cittadini, così che «le leggi non rappresentano affatto l'approssimazione imperfetta a un bene superiore, ma l'espressione di una necessità in grado di legare uomini e virtù»⁴⁰.

La ricorsività che emerge dalle pagine machiavelliane fra diritto e conflitto non giunge a una sintesi, è sempre squilibrata, reca una traccia di violenza (il principe deve sapere usare la forza, all'origine di Roma c'è la violenza fratricida, e la violenza ritorna più volte nelle pagine delle *Istorie fiorentine* nella descrizione dei tumulti che colpiscono Firenze), e tuttavia Machiavelli è convinto che la violenza, che è costitutiva dell'uomo e della politica, possa essere piegata alla virtù. Ed è in questa ottica che si comprende il perché il segretario fiorentino fin dal rapporto *La cagione dell'Ordinanza. Dove la si trovi e quel che bisogna fare*, che fa parte degli scritti sull'Ordinanza composti durante la sua attività nella cancelleria della Repubblica di Firenze⁴¹, per giungere alle opere maggiori sostenga sempre la necessità della costituzione della milizia cittadina, l'esercito popolare, che diventa l'emblema massimo della libertà della città, che nella manifestazione della propria potenza mostra di non limitarsi ad essere stabile (come Sparta o Venezia), ma di muoversi, di essere dinamica, assumendo il rischio della crisi e dell'instabilità, come dimostrano i trecento anni di tumulti che resero libera e grande la Repubblica di Roma. Perché per Machiavelli, che articola un ragionamento che il pensiero della sovranità cercherà di rovesciare come abbiamo visto sopra, il pericolo per la libertà della città non è dato dal conflitto, ma dalla sua neutralizzazione, dalla spoliticizzazione della vita associata⁴².

39. Cfr. F. DEL LUCCHESI, «Disputare» e «combattere». *Modi del conflitto nel pensiero politico di Niccolò Machiavelli*, in *Filosofia politica*, 2001, n. 1, 71-95; Id., *Tumulti e indignatio*, cit., in part. 241-264.

40. *Ivi*, 245.

41. Cfr. D. FACHARD, *Ordinanza, scritti sull'*, in *Enciclopedia machiavelliana*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2014, [https://www.treccani.it/enciclopedia/scritti-sull-ordinanza_\(Enciclopedia-machiavelliana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/scritti-sull-ordinanza_(Enciclopedia-machiavelliana)/).

42. Sull'ordinamento della libertà machiavelliano, cfr. F. RAIMONDI, «Usi a vivere liberi». *Guerra e religione nell'ordinamento machiavelliano della libertà*, in *Scienza & Politica*, 2018, n. 58, 15-32. Sulla differenza fra il razionalismo moderno, che elabora un'idea di politica "difensiva" e "ordinativa", e la politica "virtuosa" di Machiavelli, in cui "arme" e

2. Verso nuove configurazioni dello spazio politico?

Sulle orme della teologia politica novecentesca⁴³, la vicenda del potere sovrano e della sua giuridificazione può essere rappresentata come la messa in opera di un *katechon*, un «freno», alla violenza e al disordine di natura, un trattenere che garantisce l'ordine e impedisce il prevalere del caos. L'istituzione della sovranità può essere allora letta come il tentativo di dare ordine a società post-tradizionali, quali erano quelle europee emerse dalla catastrofe degli universali politici, teologici, epistemologici che aveva prodotto la perdita di efficacia e di capacità di orientamento del riferimento di senso trascendente che fino ad allora e per secoli aveva ordinato la convivenza politica. La sovranità si erge come un potere artificiale, che sostituisce all'unità dell'assoluto trascendente, andata in frantumi sotto i colpi della Riforma protestante e nella crisi degli ordinamenti tradizionali, l'unità politica immanente dello Stato, che frena, ritarda il conflitto che dilania la società: il potere sovrano diventa cioè «la navicella con cui attraversare il mare infecondo della storia»⁴⁴, una storia, quella umana, che non è più informata dall'ordine della salvezza provvidenziale.

Ma se la sovranità assume le sembianze del *katechon* paolino, il potere che tiene a freno l'avanzata dell'Anticristo prima dell'Apocalisse⁴⁵, non va peraltro dimenticato che essa è anche «promessa di incivilimento, un progetto di miglioramento della condizione umana»⁴⁶. Non a caso è stata la modalità che ha permesso, gradualmente e dopo molte lotte, l'esistenza delle forme della società pluralista e pluriclasse degli Stati costituzionali democratici del Novecento. Ciò ha significato la garanzia della pacificazione sociale, un livello di istituzionalizzazione delle diverse modalità di esercizio del potere sovrano dello Stato, un livello di benessere sociale ed economico in Occidente mai raggiunto prima, l'accesso a ruoli sociali e politici di classi fino ad allora escluse.

Le trasformazioni storico-giuridiche che lo Stato ha subito tra XIX e XX secolo e l'affermarsi della cultura politica democratico-costituzionale hanno consentito inoltre di frenare, se vogliamo continuare a utilizzare

legge, istituzioni e conflitto coincidono, cfr. anche C. GALLI, *Il volto demoniaco del potere? Momenti e problemi della fortuna continentale di Machiavelli*, in ID., *Ordine e contingenza*, cit., 27-28.

43. Cfr. F. MONATERI, *Katechon. Filosofia, politica, estetica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2023.

44. C. GALLI, *All'insegna del Leviatano*, cit., XXXIII.

45. Cfr. Paolo, 2 Tes., 2,6-7.

46. C. GALLI, *All'insegna del Leviatano*, cit., XXXIII.

l'immagine del *katechon*, anche la coattività del potere sovrano, caratteristica che lo qualifica ma ne manifesta al tempo stesso il rischio intrinseco di violenza che vi alberga e che ne costituisce la strutturale ambiguità. La violenza sovrana è stata frenata attraverso i principi del *rule by law*, la giuridificazione del potere, e del *rule of law*, il sistema di regole che punta a bilanciare e controllare i rischi di potere illegittimo⁴⁷. Infine, con lo Stato costituzionale di diritto, ulteriore forma dell'immaginazione politica europea, si è cercato

di rispondere anche alla necessità di un "terzo freno", verso i poteri economici privati, per garantire sicurezza sociale. Oggi questo terzo freno è saltato, e ciò, poiché stiamo parlando di un unico meccanismo, minaccia di logorare anche gli altri due⁴⁸.

Gli Stati costituzionali di diritto e le democrazie contemporanee sono palesemente in crisi e con essi la forma del potere che ha innervato queste configurazioni istituzionali, il potere sovrano. In sé questa non è una novità, poiché il potere sovrano, come si è visto sopra, è un potere strutturalmente in crisi: lungo il XIX e XX secolo è stato costantemente sfidato e minacciato da istanze di libertà e uguaglianza, da conflitti di emancipazione e riconoscimento⁴⁹ (si pensi a tutte le lotte sociali che hanno prodotto il processo di democratizzazione, il riconoscimento dei diritti civili, politici e sociali, e contribuito all'innovazione degli ordinamenti giuridici), da due guerre mondiali catastrofiche, che non hanno tuttavia provocato la dissoluzione dell'ordine, pur portando l'umanità sull'orlo dell'abisso, ma hanno prodotto come reazione al dominio totalitario la coesione sociale che è divenuta il sostrato delle democrazie novecentesche⁵⁰. La crisi del nostro presente mi sembra invece una crisi di segno diverso, che assume i connotati di una crisi epocale, poiché è al tempo stesso sia una crisi economica, che sta modificando in modo originalissimo il nostro rapporto con il futuro, un tempo che oggi sembra scomparso dall'orizzonte delle nostre aspettative; sia una crisi del lavoro, devastante e

47. Cfr. *Rule of law come costituzionalismo*, a cura di T.E. Frosini, il Mulino, Bologna, 2023.

48. G. PRETEROSSÌ, *Senza freni. La decostituzionalizzazione liberale*, in *Teoria politica nuova serie. Annali*, 2019, n. 9, 53 (<https://journals.openedition.org/tp/778>).

49. Per una tipologia dell'idea di conflitto, cfr. A. PIZZORNO, *Come pensare il conflitto*, in *Id.*, *Le radici della politica assoluta*, Feltrinelli, Milano, 1993, 187-203, che distingue fra conflitti di riconoscimento, conflitti di interesse e conflitti ideologici.

50. Cfr. su questo L. BACCELLI, *Il conflitto sociale*, cit., 71-108.

drammatica per l'impatto che ha sulle vite e sui corpi di donne e uomini drammaticamente macinati a colpi di esclusione formale e sostanziale dai diritti di cittadinanza; sia una crisi della politica democratica tanto nel suo versante interno, con i costanti attacchi alla legittimità costituzionale del potere sovrano a cui si oppone l'appello diretto al popolo delle ideologie populiste⁵¹, quanto in quello internazionale, che al di là delle promesse di ordine e sicurezza è attraversato e deformato ancora una volta dalla minaccia del disordine politico alimentata dal ritorno della guerra e della violenza come primo strumento di affermazione politica. Di fronte alla dura ma realistica constatazione che il sapere politico e giuridico della modernità non è stato capace di «essere strumento essenziale per il governo delle democrazie e la tutela della pace»⁵², la dialettica fra conflitto e diritto si presenta oggi spesso non più in forma produttiva, ma nelle forme del diritto del più forte e dell'assolutizzazione delle ostilità. «Insomma, nella crisi ancora senza uscita del globalismo neoliberale, vige non un'eccezione costituente, ma l'emergenza destituente»⁵³. Non si può infatti non constatare che la promessa neoliberale di un nuovo ordine post-sovrano seguito alla caduta del Muro di Berlino, in cui avrebbero dovuto fiorire le libertà e le soggettività immanentistiche, in uno spazio diventato unico, dopo la fine della storia, nel quale ognuno avrebbe potuto manifestare il proprio godimento rendendo obsoleta la conflittualità sociale e politica, ha prodotto invece la rottura del legame sociale e la crescita del senso di insicurezza, a cui si risponde per lo più con nuove forme di autoritarismo, che della sovranità mostrano il volto sfigurato e che sono frutto dei processi di spoliticizzazione e di svuotamento della democrazia costituzionale in atto già da alcuni decenni.

Viviamo infatti in un tempo nel quale gli assetti della mediazione giuridica elaborati dalla modernità sono sfidati da nuovi poteri economici e finanziari, da nuove domande di riconoscimento, da una situazione internazionale che l'Occidente legge solo come disordine, fonte di paura e di ansia, da una crisi ecologica urgente. Non farsi travolgere da questa crisi richiede un'assunzione critica della crisi stessa, vale a dire una sua comprensione filosofica, al fine di evitare una liquidazione rapida e superficiale delle forme della sovranità democratica costituzionale, giudicandole non più capaci di effettività; significa una ripresa e un rilancio di quel lavoro di critica delle contraddizioni dell'universalismo giuridico

51. Cfr. D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano, 2017.

52. P.P. PORTINARO, *Il realismo politico*, Scholè, Brescia, 2023 (nuova ed. ampliata), 34-35.

53. G. PRETEROSS, *Senza freni. La decostituzionalizzazione liberale*, cit., 47.

che è stato condotto nella seconda metà del XX secolo (basti pensare a tutte le lotte contro le discriminazioni di razza, classe, genere, o le lotte anticoloniali, che hanno profondamente cambiato non soltanto i rapporti sociali, ma anche gli assetti costituzionali democratici). In polemica con ogni retorica di corto respiro sulla fine della storia e la fine delle ideologie, una fine che doveva segnare anche la fine dei conflitti e dunque la fine della politica con la P maiuscola, per quegli interpreti che si riconoscono nella linea genealogica della sovranità e dello Stato di diritto occorre oggi una rinnovata comprensione del politico, così da indirizzarsi verso un nuovo processo di ricostituzionalizzazione dello Stato democratico, quale nuova forma del *katechon*, risposta alle sfide che provengono dalle contraddizioni e dai conflitti radicali del nostro tempo, in primo luogo la questione delle disuguaglianze, prodotte ancora una volta dalla lotta fra capitale e lavoro, così come dalle fratture di genere e di razza che segmentano le società democratiche⁵⁴.

Oggi la funzione più importante della sovranità è la difesa della facoltà di una società politicamente unita di decidere autonomamente e democraticamente sull'ordine ad essa più adatto. [...] Sovranità oggi significa anche difesa della democrazia⁵⁵.

In parallelo, e sempre come tentativo di pensare non solo la crisi ma anche la fuoriuscita da essa, assistiamo al ritorno nel dibattito filosofico-politico di un altro dei termini del lessico filosofico-politico e giuridico novecentesco, il termine istituzione, formulato dalla tradizione fenomenologica di Husserl e Merleau-Ponty ed elaborato poi sia nell'ambito della riflessione giuridica da Maurice Hauriou e Santi Romano⁵⁶, sia

54. Cfr. tra i tanti lavori usciti in questi anni sulla crisi della democrazia costituzionale e i suoi possibili esiti si veda almeno C. CROUCH, *Post-democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2005; W. BROWN, *American Nightmare. Neoliberalism, Neoconservatism, and De-Democratization*, in «Political Theory», 2006, n. 6, 690-714; N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano, 2013; D. PALANO, *La democrazia senza qualità. Le «promesse non mantenute» della teoria democratica*, Mimesis, Milano-Udine, 2015; G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015; Y. MOUNK, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Feltrinelli, Milano, 2022; C. GALLI, *Democrazia ultimo atto?*, Einaudi, Torino, 2023.

55. D. GRIMM, *La sovranità*, cit., 127-128.

56. Cfr. come primo riferimento M. CROCE - A. SALVATORE, *La forza trasformativa dell'impolitico. L'istituzionalismo di Maurice Hauriou e Santi Romano*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2021, n. 1, 239-254.

nell'ambito della riflessione filosofico-politica da uno dei più importanti lettori novecenteschi di Machiavelli in Francia, Claude Lefort. Nell'ultimo decennio, sulla scia di quanto scritto da Merleau-Ponty e da Lefort, vi è una rinnovata attenzione per questa prospettiva che assume l'istituzione non come *katechon*, cioè «istituzione Leviatano»⁵⁷, necessaria per conservare l'ordine, ma nel suo farsi. L'istituzione viene pensata non in quanto istituita, in qualche modo data (che è la logica che sottostà a tutto il pensiero della sovranità), ma come prassi istituyente. Ciò permette di porsi da un diverso lato di osservazione che consente di cogliere il conflitto politico non come lo spazio del disordine, ma come lo spazio nel quale pensare insieme trasformazione e conservazione, conflitto e ordine⁵⁸. Anche il rinnovato pensiero sull'istituzione è sollecitato dalla riflessione sulla democrazia e la sua crisi, ma più che rilanciare il movimento di costituzionalizzazione della democrazia, si lavora su ciò che già all'inizio degli anni Settanta Marcel Gauchet e Claude Lefort avevano individuato come caratteristica prima della democrazia e che la distingue da ogni altra forma di governo, vale a dire la sua capacità di rappresentare l'essenza conflittuale della società⁵⁹, intuizione che Lefort svilupperà poi ulteriormente nel suo importante studio su Machiavelli apparso nel 1972⁶⁰.

Da questo punto di vista, il senso delle istituzioni viene non dalla proiezione d'ordine, ma dalla dinamica delle contingenze e delle mutazioni, così che

non si dà un conflitto estraneo e contrario all'ordine, ma piuttosto un conflitto come relazione e proiezione di un ordine [...] Un conflitto, insomma, che crea ordine, e ordini nuovi, nuovi significanti, inediti legami e opposizioni⁶¹.

57. Traggo la definizione da P. NAPOLI, *L'istituzione e il deposito del senso*, in *Almanacco di filosofia*, 2019, n. 2, *Istituzione. Filosofia, politica, storia*, 33-760 (la definizione citata è a 59).

58. Cfr. M. DI PIERRO - F. MARCHESI - E. ZARU, *Fine della Belle Époque*, in *ivi*, 7-14.

59. Cfr. C. LEFORT - M. GAUCHET, *Sur la démocratie: le politique et l'institution du social*, in *Textures*, 1971, nn. 2-3, 7-78. Su questo cfr. B.C. SINGER, *Réinterroger le social: la démocratie au-delà du politique*, in *Politique et Sociétés*, 2015, n. 1, 85-109; D. MALINCONICO, *L'incertezza democratica. Potere e conflitto in Claude Lefort*, La Scuola di Pitagora Editore, Napoli, 2021.

60. Cfr. C. LEFORT, *Le travail de l'oeuvre. Machiavel*, Gallimard, Paris, 1972. Sulla relazione tra potere e conflitto nel Lefort lettore di Machiavelli, cfr. M. DI PIERRO, *Claude Lefort e l'interpretazione di Machiavelli. Una riscoperta del politico tra potere e conflitto*, in *Filosofia politica*, 2018, n. 1, 133-150.

61. M. DI PIERRO - F. MARCHESI - E. ZARU, *Fine della Belle Époque*, cit., 10.

In Italia riflette ormai da alcuni anni su questo diverso modo di intendere il rapporto fra ordine e conflitto e dunque anche fra diritto e potere Roberto Esposito, che intrecciando il discorso filosofico francese con quello della scuola istituzionalista di Yan Thomas⁶², cerca di sottrarsi alle ipoteche monoteistiche della teologia-politica che sottostà al pensiero della sovranità, ponendo l'accento sulle dinamiche trasformative del diritto. Il diritto romano viene interpretato, da una prospettiva antiformalista, come un diritto conflittuale e propulsivo. È un diritto che "inventa" istituzioni, che come il tribunato della plebe, ammirato da Machiavelli, alimentano e non neutralizzano il conflitto; e che riflettono un'immaginazione della società differenziata, costantemente moltiplicata, in tensione, che prova a pensare la politica oltre la rappresentazione unificata che la sovranità dello Stato proietta, oltre la costruzione razionale del progetto sovrano, in una prassi istituyente della società che ne rivela il «carattere originariamente conflittuale e così fornendole il potenziale simbolico di cui ha bisogno per riconoscersi»⁶³.

Una prospettiva quest'ultima che leggo non in alternativa radicale al pensiero della sovranità democratico-costituzionale, ma che a questo si affianca con un effetto di complicazione e di produttiva messa in movimento dell'immaginazione politica e giuridica a indicare una possibile strada per sfuggire alle tentazioni difensive, identitarie, securitarie e autoritarie, che affascinano le nostre democrazie quali facili soluzioni alla crisi del presente, e provare a rilanciare la promessa di emancipazione e libertà che le costituisce.

62. Cfr. Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Quodlibet, Macerata, 2005. Sulla lettura che di Thomas viene fatta in questa prospettiva, cfr. R. ESPOSITO, *Vitam instituere. Genealogia dell'istituzione*, Einaudi, Torino, 2023, in part. 3-29.

63. *Ivi*, XVIII. «La bipolarità tra ordine e conflitto rappresenta il nodo su cui più di ogni altro si misura l'attualità del pensiero istituyente all'altezza dei tempi. Considerata a lungo un costrutto neutralizzante, l'istituzione non solo non esclude la dinamica conflittuale, ma ne costituisce allo stesso tempo il luogo e l'oggetto» (*ibidem*).

Conflitto e diritto: le costituzioni conflittuali

1. *Costituzioni conflittuali e costituzioni post-conflittuali*

Il binomio conflitto/diritto rileva per il diritto costituzionale sotto una molteplicità di punti di vista e, anzi, in ultima analisi, *la* questione costituzionale è *la* questione della convivenza tra (gruppi *portatori* di) visioni del mondo potenzialmente conflittuali. Tutti gli oggetti di cui si occupa il diritto costituzionale nelle sue tradizionali partizioni rinviano a tale questione¹.

In alcuni casi è il testo costituzionale che esplicitamente ricorre a espressioni che in qualche modo evocano conflitti: per taluni il testo stesso decide una soluzione, per altri individua un organo al quale attribuisce il potere di decidere una soluzione. Ne sono esempi le norme che hanno a oggetto l'individuazione della Corte costituzionale quale giudice sui «conflitti» di attribuzione tra i poteri dello Stato e tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni e sulle «controversie» relative alla legittimità costituzionale delle fonti primarie (art. 134 Cost.); l'affermazione del ripudio della guerra come mezzo di risoluzione delle «controversie» internazionali (art. 11

1. Come meglio si dirà nel prosieguo (§ 3), quanto affermato nel testo rinvia già a una determinata concezione della costituzione, in Italia teorizzata in particolare da Mortati, che identifica la costituzione (materiale) con il soggetto reale – il portatore (*Träger*) – che dà vita alla costituzione (formale) stessa: «L'indagine da effettuare per prima è [...] quella rivolta a determinare i caratteri dell'entità che si pone quale potere di fatto, operante come sostrato reale, supporto o fonte prima dell'ordine normativo, e che è quindi portatrice dell'interesse o della serie degli interessi specifici i quali promuovono la formazione dell'ordine stesso e lo caratterizzano». Sono i caratteri di tale soggetto reale che qualificano «il particolare tipo di Stato». Infatti, dopo aver respinto sia le teorie istituzionaliste sia quelle normativiste, Mortati sostiene che «occorre ammettere un rapporto giuridicamente rilevante fra l'ordine concreto di una società ed il sistema costituzionale positivo instaurato in questa, e pertanto postulare un'omogeneità di natura fra i due termini, una qualche corrispondenza negli elementi da ritenere costitutivi di entrambi» [C. MORTATI, voce *Costituzione* (*dottrine generali*), in *Enc. Dir.*, 1962, vol. XI, 155 e 162].

Cost.); il riconoscimento del diritto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica di organizzarsi secondo propri statuti, in quanto non «contrastino» con l'ordinamento giuridico italiano (art. 8 Cost.); il riconoscimento della libertà dell'impresa di iniziare un'attività economica privata, ma al contempo la prescrizione che essa non possa svolgersi in «contrasto» con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41 Cost.); il riconoscimento del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, anche con riti non «contrari» al buon costume (art. 19 Cost.); la prescrizione del divieto di pubblicazioni, spettacoli e manifestazioni «contrarie» al buon costume (art. 21 Cost.); la prescrizione del divieto di prevedere pene che consistano in trattamenti «contrari» al senso di umanità (art. 27 Cost.); l'esclusione dell'obbligo di dimissioni del Governo in caso di voto «contrario» di una o di entrambe le Camere su una sua proposta (art. 94 Cost.); la prescrizione dello scioglimento del Consiglio regionale e della rimozione del Presidente della Giunta con decreto motivato del Presidente della Repubblica in caso di compimento di atti «contrari» alla Costituzione o di gravi violazioni di legge (art. 126 cost.).

In altri casi la Costituzione presuppone il conflitto in specifiche dimensioni dell'agire umano, anche senza evocarlo esplicitamente: nella politica, per esempio, l'imposizione del metodo democratico (art. 49 Cost.) presuppone la consapevolezza che il confronto nei e tra i partiti segue spesso logiche diverse; in economia, il riconoscimento del diritto di sciopero (art. 40 Cost.) presuppone la consapevolezza che il confronto contrattuale fra datori di lavoro e lavoratori può manifestarsi come duro scontro e soprattutto in modo non paritario.

Ma soprattutto dottrina e giurisprudenza ricorrono da tempo all'espressione metaforica – e un po' irenica – del «bilanciamento» o «ponderazione» tra principi costituzionali, e al parametro – ricavato per lo più dall'art. 3 Cost. – della «ragionevolezza», per indicare in ultima analisi la necessità che i principi costituzionali *in conflitto tra loro*, nell'attività di svolgimento/attuazione/determinazione/concretizzazione che richiedono², siano opportunamente limitati al fine di evitare la «tirannia dei valori»³.

2. La letteratura sul punto è sterminata. Cfr. per tutti R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica*, 2006, n. 1, 151 e ss. Si deve in particolare a Dworkin la teorizzazione della tecnica della ponderazione tra principi costituzionali conflittuali [R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982] e poi ad Alexy [R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012].

3. Secondo la notissima espressione riconducibile a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte* (1967), trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei*

Ora, quest'ultima affermazione rinvia al tema delle tecniche argomentative (e, a volte, creative⁴) assai diffuse nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, nazionali e sovranazionali, che giudicano avendo come parametri di riferimento documenti costituzionali ricchi di enunciati che prescrivono disposizioni di principio, e dunque indeterminate o comunque assai sottodeterminate. Come noto, si tratta di una questione che ha implicazioni di teoria costituzionale di formidabile rilevanza, perché presuppone che i principi costituzionali di cui si tratta siano propri di costituzioni *conflittuali*, ossia che «porta[no] il conflitto dentro di sé»⁵, e in un duplice senso: da un lato, nel senso che rinunciano a far dipendere la validità dell'ordinamento giuridico positivo dalla sua conformità a un qualche ordinamento ideale o giusto, ossia ai contenuti di una dottrina generale comprensiva⁶ specifica (religiosa o secolare non rileva⁷), e dunque nel senso che lasciano irrisolta, sotto questo profilo, la questione della giustizia delle leggi ordinarie; dall'altro, nel senso che positivizzano i contenuti materiali sui quali le diverse dottrine generali comprensive

valori, Milano, 2008. La Corte costituzionale ha esplicitamente evocato l'espressione schmittiana nella nota sentenza n. 85 del 2013 sul caso Ilva di Taranto, dove a entrare in drammatico conflitto sono il diritto alla salute e il diritto al lavoro: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (Cons. Dir. punto 9).

4. Anche su questo tema la letteratura è ormai incontenibile. Cfr. per tutti R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015, n. 2.

5. Così M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scommessa pascaliana» della ragione giuridica*, in *Giur. Cost.*, 2008, 589.

6. Nel significato impiegato da J. RAWLS, *Political Liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo politico*, Milano, 1994, 30-31: «Una concezione morale è generale se è applicabile a uno spettro tematico molto ampio, e al limite a ogni argomento, senza eccezione; è comprensiva se contiene una concezione di ciò che ha valore nella vita umana, della personalità ideale, dei rapporti familiari e associativi ideali e di molte altre cose che devono informare di sé la nostra condotta e al limite tutta la nostra vita; è pienamente comprensiva se copre, unificati in un singolo sistema articolato in modo abbastanza preciso, tutti i valori e virtù non politici, ma non tutti, ed è articolata in modo compatto. Molte dottrine religiose e filosofiche aspirano a essere sia generali sia comprensive».

7. Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Religioni e costituzioni: il principio della tutela dei fondamenti culturali extra-statali dell'ordinamento giuridico*, in *Da Costantino a oggi. La libera convivenza delle religioni*, a cura di I. Zuanazzi, Napoli, 2015, 83 e ss.

hanno trovato, in quel particolarissimo momento storico che è il momento costituente, l'*overlapping consensus*⁸, in termini sottodeterminati o altamente indeterminati, e dunque nel senso che lasciano di nuovo irrisolta, o parzialmente irrisolta, sotto quest'altro profilo, la questione della concretizzazione, dello svolgimento e della specificazione delle disposizioni costituzionali di principio.

Sotto il primo profilo, queste costituzioni si risolvono (solo) nella decisione positiva di disarmare il conflitto, di rinunciare cioè a ricorrere alla forza per negare le posizioni diverse, e di garantire il pluralismo politico-culturale attraverso la predisposizione delle regole sulla produzione del diritto, ossia delle procedure cui devono conformarsi le istituzioni pubbliche per adottare i contenuti materiali ai quali tutti devono ubbidire in quanto validi⁹. Il conflitto dunque resta. Ma viene, per così dire, disarmato, e chiunque voglia lottare per l'affermazione dei contenuti materiali della propria dottrina generale comprensiva non può far altro che passare per le procedure indicate dalla costituzione, ossia attraverso il circuito politico-rappresentativo. Non c'è altra via¹⁰.

8. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 89-90.

9. M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scommessa pascaliana» della ragione giuridica*, cit., 577, definisce questa qualità delle costituzioni come «relativismo costituzionale» (che è – si noti bene – altra cosa dal «relativismo morale»): è l'«atteggiamento di chi rinuncia a considerare assoluta la propria posizione, e che conseguentemente rinuncia a ricorrere alla forza per negare le posizioni diverse, e vuole «solo» che le istituzioni pubbliche siano conformate dalla garanzia del pluralismo politico-culturale, nella sua dimensione più aperta e dialogico-conflittuale».

10. La costituzione *conflittuale*, che è funzionale al mantenimento di una società pluralistica, presuppone il riconoscimento e l'esercizio di quella libertà che è stata significativamente definita «libertà di conversione»: «[...] senza questa *libertà di conversione*, di convertire e di convertirsi, di predicare e di agire credendo a ciò che viene predicato, noi non potremmo capire la libertà politica, oltre che religiosa, che è propria dei moderni. Saremmo costretti a credere, secondo gli schemi della cosiddetta azione razionale, che l'essenza dell'azione politica, in quanto tale (cioè escludendone le patologie), è mirata ad ottenere benefici, e non invece a convertire gli altri a pensarla come noi. E quindi a convincerli a credere che i loro interessi siano diversi, o definibili in maniera diversa, da quanto fino a un certo momento abbiano creduto. Questa forma di libertà è altra da quella degli antichi, la quale mirava a permettere la partecipazione al governo della «polis», o, oggi, dello Stato. La partecipazione a questo livello potrà poi risulterne, o no. Ma il proprio di questa libertà sta in una qualità dell'agire della persona di fronte all'altra persona, non nella partecipazione al governo della collettività. Non risponde alla domanda berliniana: voglio essere libero di decidere da chi essere governato. Bensì a quella: voglio essere libero di decidere con chi unirmi (religione, etnia, genere, partito,

Sotto il secondo profilo, il conflitto resta nel senso che, essendo le disposizioni costituzionali che hanno realizzato l'armistizio, e proprio perché sono servite per realizzare l'armistizio, altamente sottodeterminate, le diverse parti devono lottare per la prevalenza dell'uno o dell'altro significato che le formulazioni linguistiche impiegate nel testo costituzionale tollerano. Questa lotta assume il senso di vivificare i principi costituzionali, i quali, diversamente, resterebbero un inutile "pezzo di carta".

Le costituzioni non conflittuali, o *post-conflittuali*, sono, al contrario, le costituzioni che si riducono, in ultima analisi, a un atto di dominio di una parte della società sulle altre, o, detto altrimenti, sono proprie di uno Stato che si identifica con una sola parte (e con la sua dottrina generale comprensiva). Per queste concezioni della costituzione, «il conflitto non è più "dentro" la costituzione perché è stato gettato "dietro": è stato risolto una volta per tutte dalla "decisione fondamentale"»¹¹. Da ciò deriva che «le costituzioni "dei vincitori" – assumendo a proprio fondamento una identità esistenziale, definita nei suoi elementi identitari – necessariamente presuppongono che lo Stato sia riflessivamente consapevole dei propri fini»¹². L'unità che fonda le costituzioni *post-conflittuali* si è dunque già realizzata sul piano sostanziale dell'essere, dell'identità, della tradizione, della comunanza degli interessi e di tutto ciò che i "vincitori" pretendono di continuare a essere (o di tutto ciò che i "vincitori" hanno paura di perdere).

Dal modo in cui la costituzione declina il rapporto tra dottrine generali comprensive e Stato deriva allora la concezione della costituzione di quello Stato. Anche la definizione di costituzione più formalistica – per la quale la costituzione, in senso giuridico-positivo, è, in ultima analisi, l'insieme delle regole sulla produzione del diritto¹³ – è un modo per rispondere alla questione cruciale della convivenza tra dottrine generali

movimento) per costituire un'identità comune, duratura nel tempo, per la quale ricevere il diritto a essere riconosciuto. È quindi la libertà che rende possibile una società pluralistica» (A. PIZZORNO, *Ci credereste? La libertà non viene (solo) dalla politica*, in *Reset*, 2002, n. 74, 78).

11. M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scommessa pascaliana» della ragione giuridica*, cit., 589.

12. *Ibidem*.

13. Il riferimento è naturalmente a H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960, II ed.), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, il quale definisce «la norma positiva o le norme positive da cui è regolata la produzione delle norme giuridiche generali» come «la costituzione in senso materiale», che è il modo in cui esiste necessariamente, in ogni ordinamento, la costituzione in senso giuridico-positivo (252).

comprehensive in conflitto: è una risposta all'esigenza di pacificazione tra gruppi potenzialmente conflittuali. Lo sforzo di Kelsen, di fronte alla tragedia in cui l'Europa era precipitata nella prima metà del secolo scorso, è stato infatti quello

di precisare e di oggettivizzare quanto più possibile la conoscenza delle caratteristiche formali del diritto considerato al suo massimo livello di astrazione, e di renderle autonome dalla sovranità concreta dello stato persona. La sua grande proposta (a torto accusata di formalismo e di lontananza dalla realtà) faceva leva su questo: che proprio la fine della sovranità materiale dello stato monarchico-borghese avrebbe liberato una pluralità di forze politico-sociali che, per non cadere nello scontro totale e reciprocamente distruttivo, avrebbero dovuto necessariamente ricorrere alle procedure "neutre" del diritto per trovare in esse gli strumenti di un compromesso; e proprio l'utilizzazione di quelle procedure formali per assumere le decisioni comuni in una società fortemente divisa avrebbe realizzato una "sublimazione" del conflitto totale (di razza o di classe) in competizione politica: e cioè avrebbe realizzato la democrazia.

In questo senso:

accettare una procedura puramente formale per la produzione del diritto è il presupposto e l'essenza della democrazia, perché significa accettare la produzione di regole indipendentemente dal contenuto (entro i limiti del compromesso politico raggiunto) e sottomettersi ad esse; e dunque significa che non esistono più nemici *a priori*, perché anche il diritto prodotto dagli "altri" è accettato come diritto "valido"¹⁴.

Come noto, tuttavia, oggi queste conclusioni non trovano riscontro negli atteggiamenti diffusi nella maggioranza della giurisprudenza e della dottrina. Infatti anche tra le teorie della costituzione prevalgono senz'altro concezioni che, in ultima analisi, si risolvono in forme di legittimazione del diritto di tipo sostanzialistico e, in fondo, giusnaturalistico¹⁵. Nel secondo

14. Così M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 242-243.

15. Per indicare queste tendenze si fa ricorso all'espressione neo-costituzionalismo. Come noto, nella sua generalità, il neocostituzionalismo si presenta in riferimento alle tesi di Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. In argomento S. POZZOLI, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo nella morale*, in *Ragion Pra-*

dopoguerra, queste ultime teorie – spesso raccolte sotto la denominazione di *neo-costituzionalismo* – hanno avuto largo seguito nel comprensibile tentativo di radicare negli ordinamenti principi materiali di giustizia dalla cui effettività potesse consolidarsi un *nefas* assoluto contro il ripetersi delle tragedie del Novecento.

Esse, tuttavia, come è stato sottolineato, propongono «l'edulcorata visione di un mondo interamente pacificato, nel quale i valori sociali di riferimento sono stati recepiti (*i.e.* positivizzati) una volta per tutte nelle costituzioni o nelle carte internazionali dei diritti, mentre i conflitti che eventualmente li oppongono non sono risolti dal legislatore e grazie alla mediazione politica fra gli interessi contrastanti, bensì dal giudice e grazie alla sua supposta capacità di far valere le esigenze di giustizia materiale sottese al caso concreto (se del caso accertando – nientemeno! – la “cultura” o le correnti etiche profonde che attraversano la società e portandole a emersione proprio nel momento del decidere il singolo caso giudicato). Un mondo, questo, che non è solo immaginario, ma che – soprattutto – non è quello in cui il “costituzionalismo” senza prefissi si sentiva chiamato a operare, valorizzando le esigenze di democrazia e di libertà che in primo luogo la legge e il suo autore rappresentativo erano chiamati a soddisfare»¹⁶.

tica, XIV (2000), 147 e ss.; ID., *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, n. 1, 153 e ss.; L. PRIETO SANCHÌS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion Pratica*, XVIII (2002), 169 e ss.; T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, n. 2. Ha ancora da ultimo criticato il neo-costituzionalismo – proprio in quanto «cancella il tema stesso del conflitto», centrale invece «nella vicenda storico-politica del costituzionalismo senza prefissi» – M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 13; del medesimo, ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1643 e ss.; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2020, *passim*.

16. Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 13. La letteratura americana ha da tempo rilevato l'accresciuto ruolo del giudice nella soluzione dei conflitti (senza la mediazione della politica): cfr. almeno R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, 2004; M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard, 2022.

2. *Noi siamo eredi di Caino*

Ma il mondo non è (stato) pacificato una volta per tutte: anzi, il primo scorcio del nuovo millennio ha mostrato, in alcuni casi in modo drammatico, un acutizzarsi dei conflitti a livello planetario. Ma c'è poco da illudersi: il mondo non potrà mai ritenersi pacificato una volta per tutte perché gli uomini e le donne di ogni epoca e in ogni luogo tendono istintivamente alla sopraffazione per la massima realizzazione dei propri interessi. La convivenza richiede pertanto incessante e infaticabile cura.

La tentazione della violenza è una tentazione originaria e irresistibile per gli esseri umani. Il padre della psicanalisi lo ha scritto nel modo più incisivo: «[...] coloro che preferiscono le fiabe sono sordi quando si parla loro della tendenza nativa dell'uomo alla "cattiveria", all'aggressione, alla distruzione, e quindi anche alla crudeltà». La storia primordiale dell'umanità «è piena di assassini. Ancor oggi quella che i nostri figli imparano a scuola come storia universale non è in realtà altro che una lunga serie di uccisioni fra i popoli»¹⁷. E «anche noi, considerati in base ai nostri moti di desiderio, altro non siamo, come gli uomini primordiali, che una masnada di assassini»¹⁸.

Una «masnada di assassini». La storia dell'umanità è storia di conflitti, di massacri. Il primo gesto dell'uomo non è l'amore per il prossimo. In principio non è la solidarietà, non è la compassione, non è la benevolenza, non è la cooperazione, non è la reciprocità, ma è l'egoismo, e, dunque, il conflitto. L'odio viene prima dell'amore, del riconoscimento della differenza dell'Altro. Sembra che siamo fatti per esercitare violenza. L'amore per il prossimo non è un dato di natura. La fratellanza non è un dato di natura, ma è una costruzione atroce¹⁹.

Se è «una componente primordiale dell'essere», allora

17. S. FREUD, *Il nostro modo di considerare la morte*, in ID., *Considerazioni attuali sulla guerra e sulla morte*, in ID., *Opere*, a cura di L. Musatti, Torino, 1980, vol. VIII, 140. Cfr. altresì ID., *Il disagio della civiltà*, in ID., *Opere*, cit., vol. X, 599, che riprende Hobbes.

18. ID., *Il nostro modo di considerare la morte*, cit., 145.

19. Sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011, 59 e ss., dove si prendono in esame anche le teorie e/o dottrine che alla questione centrale del diritto costituzionale – come si integra il pluralismo sociale in unità politica, e, dunque, come si mantiene l'unità del corpo politico, hanno invece risposto invocando l'esistenza di un principio, variamente denominato, in forza del quale gli uomini e le donne sarebbero reciprocamente legati – per inclinazione naturale o per sforzo razionale – da un vincolo di collaborazione che si manifesterebbe attraverso comportamenti benevoli, oblativi.

la guerra genera la struttura stessa dell'esistenza e del nostro pensiero su di essa: le nostre idee di universo, di religione, di etica; il tipo di pensiero alla base della logica aristotelica degli opposti, delle antinomie kantiane, della selezione naturale di Darwin, della lotta di classe marxiana e perfino della freudiana rimozione dell'Es da parte dell'Io e del Super-io. Noi pensiamo secondo la categoria della guerra, ci sentiamo in dissidio con noi stessi e senza rendercene conto siamo convinti che la predazione, la difesa del territorio, la conquista e la battaglia interminabile di forze opposte siano le leggi fondamentali dell'esistenza²⁰.

La storia dell'uomo inizia col gesto fraticida di Caino. Alcuni hanno visto nel segno di Caino l'emblema archetipico del potere, il «gesto inaugurale dell'istituzione politica come espressione dell'originaria violenza fondatrice»²¹, come dimostrerebbe la leggenda dei fratelli-nemici²². Che cosa scatena il gesto di Caino? Che cosa provoca la sua violenza? Certamente la presenza di Abele. E perché la presenza di Abele, anziché generare amore, genera odio? Perché la presenza del secondogenito è una presenza intrusiva. Abele fa perdere a Caino il suo essere non solo il primogenito, ma la sua unicità: prima di Abele, Caino era l'unico figlio sulla Terra. Abele costringe Caino a fare l'esperienza della fratellanza/sorellanza, che è l'esperienza del "Io non sono tutto". La matrice della violenza e di tutte le guerre è il rifiuto del non-tutto, la necessità della condivisione col Fratello, con l'Altro, la necessità di accettare il *limite*. La sola possibilità di esistenza umana è l'accettazione del Fratello, dell'Altro. Quando Dio rifiuta i doni di Caino e accoglie quelli di Abele, vuole spiegare a Caino che Caino non è tutto, e vuole dunque incoraggiarlo a fare l'esperienza del limite, della separazione, che è una esperienza di lutto. Ma Caino reagisce col silenzio, con la depressione. Interrompe la parola. La violenza prende il posto della parola. Trascina il fratello in disparte e lo uccide. La violenza nasce dalla morte della parola. Il fondamento dell'esperienza umana, della vita insieme, della democrazia,

20. J. HILLMAN, *A Terrible Love of War* (2004), trad. it. *Un terribile amore per la guerra*, Milano, 2005, 12-13.

21. Così D. MAZZÙ, *Introduzione*, in *Politiche di Caino. Il paradigma conflittuale del potere*, a cura di D. Mazzù, Ancona-Massa, 2006, XVII. V. altresì ID., *Il complesso dell'usurpatore*, Milano, 1986, 27 e ss.; G.M. CHIODI (a cura di), *La contesa tra fratelli*, Torino, 1993.

22. Enea e Antenore, Romolo e Remo. Ma gli esempi di fratelli-nemici, letterari e biblici, sono infiniti: Set e Osiride, Isacco e Ismaele, Giacobbe ed Esaù, Giuseppe e Beniamino e i loro fratelli ecc.

è quello che Caino non accetta: non accetta di non essere l'unico, non accetta di non essere tutto. Non accetta i doveri che hanno a che fare con il processo fondativo e conservativo dell'unità politica di una comunità, e dunque con il processo *costitutivo* della comunità stessa, perché sono doveri *costituzionali*, appunto. La democrazia ci impone che il nostro punto di vista non è l'unico punto di vista, che la nostra lingua non è l'unica lingua, che il popolo che noi siamo non è l'unico popolo, che la nostra fede non è l'unica fede²³.

Tutta la storia del pensiero occidentale è attraversata dalla consapevolezza della indefettibile necessità di concepire l'esistenza di doveri tra i consociati al fine della costruzione del legame sociale. La costruzione del legame sociale implica *costitutivamente* l'idea del *limite*, nel suo significato più pregnante:

dal mito della cacciata dal paradiso terrestre a quello di Lucifero precipitato negli inferi, dal *Contratto sociale* a *Totem e tabù* tutta la storia del pensiero occidentale dimostra che la nostra società è consapevole di essere fondata sulla costruzione e sulla accettazione di *limiti* a quella che i filosofi chiamano la *libertà naturale*²⁴.

In fondo la civilizzazione non è altro che la disposizione degli uomini e delle donne al sacrificio di una parte del *desiderio*, al contenimento delle passioni sfrenate, e la crisi dell'epoca postmoderna (o ipermoderna) risiede proprio nel progressivo allontanamento dalla disponibilità a quel sacrificio²⁵. La convivenza civile non può che fondarsi sull'alleanza tra Legge e desiderio, tra limite e soddisfazione, tra interdizione e realizzazione, e quindi sulla rinuncia ad appagare le pulsioni primitive di voracità, di aggressività, di distruzione dell'altro. L'opera di civilizzazione consiste nel «contenimento della paranoia umana, un'operazione immane e sempre in parte incompiuta»²⁶. La sfida che sta davanti alle nostre società, da questo

23. M. RECALCATI, *La legge della parola. Radici bibliche della psicoanalisi*, Torino, 2022, 43 e ss.

24. M. DOGLIANI, *Introduzione a Thomas Mann, La legge*, Milano, 1997, 10.

25. C. MELMAN, *L'Homme sans gravité. Jouir à tout prix* (2002), trad. it. *L'uomo senza gravità*, Milano, 2010; ID., *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, Toulouse, 2009; M. RECALCATI, *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Milano, 2011.

26. M. FIUMANÒ, *L'inconscio è il sociale. Desiderio e godimento nella contemporaneità*, Milano, 2010, 119.

punto di vista, consiste dunque nel recuperare un'idea disseminata in tutta la storia del pensiero occidentale.

Il libro della Genesi abbonda di figure che vengono punite per la tracotanza con cui rivendicano il potere di trascendere ogni limite: la figura di Eva, quella di Caino, quella degli uomini dispersi dal diluvio e quella degli uomini impegnati a costruire la Torre di Babele sono tutte figure che non sanno rispettare il senso del limite.

I miti antropologici e sociogonici all'interno dei dialoghi di Platone si riferivano già alla necessità della limitazione degli eccessi quale elemento indefettibile per assicurare la solidità del vincolo politico: così, per esempio, nel secondo libro della *Repubblica*, Platone sfida la concezione di Glaucone sulla condizione originaria dell'umanità e, dopo aver descritto il passaggio dalla prima forma di aggregazione sociale pre-politica (*prote polis*), caratterizzata dalla semplicità (*euetheia*) degli usi, dei costumi e dei generi di consumo dei suoi abitanti, e dalla conseguente assenza di inimicizia nei rapporti reciproci, a una società opulenta (*polis tryposa*) in cui all'introduzione di pur importanti fattori estetici e culturali seguono però anche conflitti causati da quella *pleonexia* e da quella *hybris* che inevitabilmente causano invidie, ingiustizie e guerra (*polemos*), riconduce a Socrate l'idea della necessità di un nuovo modello politico (*kallipolis*), giusto e virtuoso, nel quale ogni proliferazione del desiderio (*epithymia*) viene bandita (Platone, *La Repubblica*, 372 a ss.). E nelle *Leggi*, tra le caratteristiche che una buona costituzione deve evitare rientra l'eccesso di libertà (*panteles eleutheria*) (Platone, *Leggi*, 698 a, b e 701 a, b).

Analogamente, a proposito dei mezzi necessari per la «salvezza delle costituzioni», anche Aristotele ammoniva nel senso che

soprattutto bisogna cercare per mezzo delle leggi di regolare le cose in modo che nessuno riesca a raggiungere una posizione troppo preminente per aderenze di amici e possibilità di ricchezze, se no, si devono allontanare costoro, mediante l'espulsione (Aristotele, *Politica*, 1308 b).

E anche l'*officium* romano richiama un ordine etico posto a fondamento dello stare insieme e rinvia a un profondo e costante legame tra diritto e morale (cfr. Cicerone, *De Finibus*, 3, 17, 58).

Ma la versione razionale del processo di civilizzazione di cui si è detto deve essere ricondotta al contrattualismo, e al contrattualismo hobbesiano in particolare, che per primo teorizzò la fondazione giuridica del potere sull'idea del limite e, al contempo, la sua indispensabilità per la possibilità

di concepire gli stessi diritti: «Nihil enim prodest jura condere, nisi sit qui jura tueatur»²⁷. Nell'Inghilterra del Seicento l'interesse generale alla pace e l'interesse della borghesia all'intangibilità della proprietà vengono a coincidere: nella lotta tra la pretesa del Parlamento di condizionare il Re esercitando la prerogativa della borsa, cioè rifiutando l'autorizzazione ad acquisire le entrate per mantenere l'esercito, Hobbes dimostra l'assurdità della pretesa del Parlamento, perché

il riconoscimento della prerogativa del sovrano di impossessarsi di qualunque bene il sovrano desidera [...] non è funzionale [...] solo al consolidamento del potere del Re, ma è il *prezzo da pagare* per la sicurezza dei diritti proprietari²⁸.

Senza il prezzo da pagare, e cioè senza limiti, «we wish impossibilities; we would have our security against all the world upon right of property, without paying for it; this is impossible»²⁹.

3. *Costituzione (in senso materiale e in senso formale) come costituzione conflittuale/armistiziale: conseguenze*

Non c'è costituzione, dunque, senza dottrine generali comprensive in conflitto. La decisione che si assume intorno a questo conflitto consente di qualificare la costituzione come *conflittuale* o come *post-conflittuale*.

Per restare sempre sul piano della teoria generale della costituzione, quanto appena affermato può essere analiticamente sviluppato in questi termini: i due significati del concetto di costituzione classificabili sotto il profilo formale, ossia a prescindere da riferimenti a contenuti materiali necessari della costituzione stessa, che, come noto, distinguono, sul piano concettuale, la costituzione in senso formale dalla costituzione in senso materiale, possono essere compresi solo presupponendo l'esistenza di gruppi concreti di uomini che "portano" dottrine generali comprensive. Nel caso della costituzione in senso materiale,

27. T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England* (1681), in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth*, London, 1839-1845, 31.

28. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1653 (corsivo mio).

29. T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*, cit., 20.

questi gruppi sono quelli che hanno posto, nel momento costituente, e continuano a custodire riflessivamente nelle epoche successive a questo momento, i principi che conformano effettivamente la società, e che, in quanto tali, delineano la stessa costituzione in senso materiale; nel caso della costituzione in senso formale, questi gruppi sono quelli che lottano democraticamente nel quadro degli enunciati che compongono il testo della costituzione scritta (o delle norme consuetudinarie accettate come costituzionali) per la prevalenza dell'una o dell'altra interpretazione dei principi costituzionali che identificano appunto la costituzione in senso formale³⁰.

Come si vede, in queste definizioni impiego l'espressione «costituzione in senso materiale» nel suo significato originario, come sinonimo di «costituzione reale»³¹, riferito alla teoria elaborata da Costantino Mortati prima a fronte dell'esperienza fascista e poi in seguito alla partecipazione all'Assemblea costituente³². Secondo questa teoria la «costituzione originaria» o «fondamentale» – considerata di per sé giuridica³³ – si fonda sullo specifico ordine politico concreto che caratterizza ogni società e che consegue al ruolo di fatto esercitato dal gruppo dominante che è riuscito a trionfare sugli altri gruppi³⁴. La costituzione in senso materiale è sia

30. Sulle definizioni di costituzione v. M. DOGLIANI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in S. PATTI, *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano 2007, vol. 4.

31. Come noto, questa espressione risale a F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen* (1862), trad. it. *Sulla natura delle costituzioni*, Milano, 1945, spec. 52 e ss.

32. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998 (ristampa inalterata); Id., *La Costituente* (1945), in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato. Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. I; Id., voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit.

33. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 74; «Questa costituzione originaria [...] è da ritenere [...] non presupposto o sostrato di quella giuridica, ma essa stessa tale, anzi giuridica per eccellenza, in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per potere imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi, attraverso i quali si svolge». Id., voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 158 e 162.

34. «Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzia dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale. Infatti allorché la forza stessa riesce a creare un centro stabile di qualificazione delle attività sociali, di determinazione della diversa rilevanza delle medesime riguardo ai fini, da essa posti come necessari, allorché si mostra capace di porre una volontà, che valga, perché rivolta a questi fini, e di norma obbedita quale volontà della comunità, dà luogo alla prima organizzazione in senso

la «forza sociale organizzata» sia il «fine di cui essa è portatrice», l'una e l'altro intimamente connessi³⁵. La «normatività» della «società da cui emerge ed a cui si collega ogni particolare formazione statale» è data «dal suo ordinarsi intorno a forze ed a fini politici»³⁶.

Se negli anni Quaranta tale costituzione non poteva che coincidere con il partito fascista (e con i suoi fini politici), nel dopoguerra Mortati teorizza espressamente il concetto di costituzione conflittuale a partire dall'esperienza dei partiti del CLN e giunge a identificare la costituzione formale con un trattato di pace – un armistizio – tra parti ex-belligeranti la cui effettività deriva dalla loro reciproca convenienza a rispettarla. Ne deriva che «ogni costituzione, e in particolar modo quella che ha come obbiettivo la determinazione di una nuova forma di stato», presenta

politico del sostrato sociale, determina il sorgere alla consapevolezza di sé dell'io sociale, e, nei casi nei quali sussistano elementi di aggregazione spontanea, la trasformazione dell'istinto associativo in volontà consapevole, dell'entità indifferenziata in ordinamento organizzato intorno ad un potere autoritario, portatore di un'idea politica. L'istituzione originaria così formata è già lo Stato, anche all'infuori di una più precisa determinazione di funzioni e di poteri, anche senza che sussista un sistema formale di norme materiali, disciplinanti la condotta degli associati» (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 63-64).

35. *Ivi*, 76; *Id.*, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 158, dove si specifica che il fine non è il generico fine del «conseguimento del *bonum commune*, bensì di un particolare modo di intendere e di conseguire tale *bonum*», che ne qualifica le forze portatrici. Se la costituzione formale ha una funzione strumentale rispetto a tale fine, «è necessario che la società ad essa sottostante si presenti non già come entità del tutto amorfa, o tenuta insieme solo dalla comunanza dei fattori ambientali, psicologici, naturalistici (i quali possono venire in considerazione solo come presupposti), bensì già in sé strutturata sulla base di certi fondamentali orientamenti, sufficienti ad ispirare il sistema dei rapporti economici, religiosi, culturali, ecc. che in essi svolgono. In altri termini, l'organizzazione sociale, per porsi a base della costituzione, deve presentarsi in qualche modo già politicamente ordinata, secondo la distribuzione delle forze in essa operanti e le posizioni di sopra e di sotto-ordinazione che queste determinano. Sono i gruppi, prevalenti in virtù del potere di fatto esercitato, che ricercano nella costituzione lo strumento idoneo alla tutela degli interessi di cui sono portatori, al consolidarsi dei principi di vita associativa che meglio giovano alla stabilizzazione ed al più ordinato svolgimento del potere stesso. Questi gruppi preminenti possono diversamente denominarsi, benché l'espressione «classe governante» appaia quella più adeguata a raffigurare il fenomeno che si vuol mettere in rilievo del potere reale su cui poggia quello legale. Classe governante è qui intesa in un senso ampio, comprensivo degli individui e dei gruppi detentori delle varie posizioni che di fatto sono capaci di assicurare un predominio (il possesso delle armi, o del suolo, o di beni mobili, o di quello che può chiamarsi potere spirituale, costituito da valori religiosi e culturali)» (*ivi*, 162).

36. *Ivi*, 165.

«certi caratteri di analogia con un trattato di pace fra stati diversi, e pertanto presuppone, come questo, già attuato in via di fatto, un sistema sommario di relazioni fra le parti, entro il quale, e non oltre, può spaziare l'opera degli artefici della stipulazione»³⁷. La costituzione formale, che ha positivizzato i principi materiali che evocano questo «sistema sommario di relazioni», ha la pretesa di porsi quale dover essere anche nei confronti delle parti stesse che l'hanno espressa, proprio come forma di «autogaranzia»:

poiché la costituzione ha indole normativa, cioè non dichiara solo una realtà di fatto, un assetto sociale esistente in un determinato momento, ma invece tende a far valere un'esigenza di dover essere, attuare una pretesa alla stabilità e alla durata dell'assetto stesso, deve imporsi come obbligatoria anche di fronte a coloro dalla cui volontà deriva. E questa coazione nei riguardi degli stessi suoi autori non può da altro derivare che dalla speciale distribuzione interna delle forze sociali, dall'intreccio dei bisogni ed interessi, di cui esse sono portatrici, e che, per poter essere soddisfatti, richiedono l'osservanza della legge costituzionale posta³⁸.

Come anticipato, la caratteristica delle costituzioni che portano il conflitto dentro di sé è quella di essere ricche di enunciati indeterminati. E così Mortati valorizza questa caratteristica:

La esperienza storica dimostra come, a volte, la possibilità della nascita e le garanzie di vitalità di molte costituzioni sono affidate precisamente alla decisione di lasciare in sospeso la disciplina di punti intorno ai quali non riesce possibile raggiungere un accordo, o di adoperare formule imprecise, suscettibili di interpretazioni diverse, con l'intesa di lasciare ai successivi spostamenti delle forze ed alle evoluzioni delle idee politiche il compito di definire ciò che rimase incompiuto o di far valere uno fra i vari significati attribuibili ad una stessa disposizione³⁹.

La vaghezza è, dunque, per le costituzioni conflittuali, una garanzia di vitalità.

La ragione che spiega la vaghezza e la genericità degli enunciati costituzionali risiede nel fatto che i costituenti hanno differito e lasciato aperte

37. C. MORTATI, *La Costituente*, cit., 298-299.

38. *Ivi*, 9.

39. *Ivi*, 304-305 («Esempi di disposizioni lacunose, di formule dilatorie, di commistioni di sistemi diversi sono facilmente rinvenibili nelle costituzioni moderne»).

molte questioni: infatti il compromesso tra le parti costituenti si è potuto realizzare, in quanto compromesso, solo su alcuni generici – e pur sempre fondamentali – contenuti:

le costituzioni pluraliste, esito di compromessi nel senso più alto e nobile della parola [...] [sono] (o comunque [devono] essere intese come) costituzioni “parziali”. Parziali perché compromissorie. Parziali perché in un compromesso entra solo ciò che le parti costituenti possono compromettere. Proprio i principi etico-politici più propri, più identitari, più proiettati sul futuro, e nel lungo periodo, delle singole parti costituenti è possibile, e molto probabile, che non entrino a far parte del compromesso complessivo. Se valesse il contrario, vorrebbe dire che la costituzione non è propriamente un compromesso, ma un atto (complessivamente unilaterale) che instaura una democrazia “protetta”, che pretende delle abiure, delle sconfessioni, che identifica l’orizzonte della politica con quello della sua attuazione: un orizzonte chiuso e omologato. Così non è⁴⁰.

Alla luce di questa considerazione essenziale, si deve riconoscere che molti contenuti materiali sono rimasti fuori del compromesso: o perché non furono neanche presi in considerazione dalle parti che in quel momento storico addivennero al compromesso, o perché – benché presi in considerazione – non vi entrarono, perché non vi poterono entrare, o vi entrarono solo parzialmente, pena l’impossibilità di addivenire a un compromesso⁴¹. Rispetto a questi contenuti, che oggi costituiscono oggetto

40. M. DOGLIANI, *Introduzione*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Milano, 2012, 1.

41. Cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione*, cit., 147: «È da riconoscere che effettivamente nelle costituzioni le quali si formano nei periodi di passaggio da un tipo di Stato ad un altro, come risultato di compromessi tra forze politiche eterogenee e fra loro contrastanti, perché portatrici di valori irriducibili l’uno all’altro nei loro nuclei fondamentali, si realizza un equilibrio instabile che toglie alla costituzione la possibilità di raccogliere sotto di sé, in modo anche solo relativamente unitario, tutto l’insieme dei rapporti sociali. L’esame delle costituzioni appartenenti a siffatto tipo “compromissorio” mostra come in esse, o viene omessa la disciplina di quei rapporti sociali in ordine ai quali non si è raggiunto alcun accordo, o se ne dà una solo apparente, ricorrendosi a forme di compromesso che lo Schmitt ha chiamato “dilatatorie”, oppure si accolgono (senza poterle armonizzare, ma solo giustapponendole), disposizioni fra loro eterogenee, corrispondenti alle ideologie di uno o dell’altro dei gruppi che hanno partecipato alla loro formazione. È chiaro come tali costituzioni riescano a realizzare un ordine in sé non equilibrato, esposto com’è al giuoco delle forze contrastanti, tendente a rompersi in favore di quelle fra esse che, di volta in volta, riescano a prevalere, così che le di-

di forti tensioni politiche, proprio perché sono “senza Costituzione”, vige «la norma di chiusura delle costituzioni», ossia

il divieto di evocare contro la costituzione ciò che è rimasto fuori del compromesso costituente. L'area del “non decidibile”, per usare l'espressione di Luigi Ferrajoli, è in realtà doppia: quella risultante dai divieti costituzionali espliciti e quella risultante dai principi politici soggettivi (delle parti costituenti) che sono rimasti estranei al compromesso costituente, e che è vietato porre a base di decisioni (ad opera dei loro portatori o dei loro avversari) volte a rinnegare e a rovesciare il compromesso medesimo.

Questo significa che ciò che è rimasto fuori deve restare nell'area del “non decidibile”? No, ma significa che

quei principi – che per brevità chiameremo identitari – restano obiettivi praticabili nelle forme e nei limiti della costituzione, come obiettivi politici che, se perseguiti con metodo democratico, possono portare fino alla revisione della costituzione stessa. Limite oltre il quale sta la possibilità di un nuovo esercizio di potere costituente: potere illegittimo dal punto di vista della costituzione vigente, e in nome di questa da contrastare con tutti i mezzi giuridici e politici che essa consente. Un potere, dal punto di vista del diritto costituzionale, contemplabile solo come ipotesi storico-politica (fatto salvo il diritto di resistenza).

Da qui deriva ancora l'imprescindibile insegnamento kelseniano:

la povera legge, esito di un procedimento che si conclude con un nudo voto, che non deve essere motivata, che non è valida in virtù di alcun principio materiale, di alcun argomento, ma solo di una conta, di un semplice numero, è ancora lo strumento irrinunciabile per risolvere i conflitti politici, e particolarmente quelli che nella (parte materiale della) costituzione non hanno trovato composizione⁴².

vergenze fra i loro precetti e la concreta loro attuazione, fra costituzione “formale” e costituzione “reale”, divengono frequenti e gravi».

42. M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., 2-3.

4. Il principio di fraternità conflittuale

Se dunque le «formule imprecise» richiedono ulteriori attività di concretizzazione/svolgimento/determinazione/ponderazione, cioè richiedono quell'attività di bilanciamento alla quale abbiamo fatto riferimento all'inizio, tale attività deve essere guidata da un «principio metagiuridico» che Mortati, a proposito dell'atteggiamento che le forze politiche in conflitto devono adottare durante la fase costituente, definisce come il principio che assume la funzione di contenere l'azione delle forze politiche, impedendo ad essa di trascendere fino al punto di incidere sui valori assunti quali supremi ed assoluti.

Questo principio metagiuridico – che impone alle parti di mettere in campo ogni sforzo per non rompere l'armistizio – non può che valere anche man mano che ci si allontana dal momento costituente: le costituzioni conflittuali non possono che presupporre la validità di una norma implicita che impone alle parti, sia in sede di attuazione sia in sede di interpretazione delle disposizioni costituzionali, di comportarsi *come se* fossero fratelli (proprio perché nella realtà non lo sono)⁴³.

È proprio qui che entra in gioco il principio di fraternità nello Stato costituzionale per principi, un principio di fraternità che presuppone il conflitto e che si presenta come strumento di pacificazione, come norma strutturale per far convivere gli altri principi, al loro servizio.

In questa prospettiva, il principio di fraternità è il principio che serve al fine di presumere, ma di non rendere distruttivo, il conflitto, e, dunque, al fine di realizzare, oggi, quegli armistizi che costituiscono altrettante risposte alle domande che vengono continuamente rivolte alla costituzione.

Se così è, da tale principio non possono non discendere i seguenti corollari:

1. la necessità che siano le concrete parti politiche protagoniste dei conflitti – e di cui gli organi politico-rappresentativi sono i massimi arbitri – e non soggetti terzi, quali sono invece gli organi giurisdizionali, ivi comprese le corti costituzionali, nazionali e sovranazionali, a realizzare gli armistizi – eventualmente attraverso il ricorso alla categoria delle «leggi permissive» o «*praeter constitutionem*», nell'ipotesi di domande rivolte alla costituzione in riferimento

43. Ho approfondito tale questione in I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, cit., 129 e ss.

alle quali i costituenti non decisero alcunché⁴⁴ –, ossia soluzioni a maggioranza semplice, per essere sempre reversibili;

1a. la necessità che le concrete parti politiche protagoniste dei conflitti realizzino gli armistizi rispettando il principio secondo il quale coloro che detengono provvisoriamente la maggioranza non possono pretendere maggiori vantaggi – che il mero peso politico assicurerebbe loro – se una soluzione più vantaggiosa per la controparte li soddisferebbe comunque (adattamento del secondo principio di giustizia di Rawls⁴⁵);

44. Approfondimenti sul punto in I. MASSA PINTO, *Leggi «permissive» e leggi «accanto» nella lezione di Leopoldo Elia: l'intervento normativo nelle materie eticamente sensibili*, in *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di M. Dogliani, Napoli, 2011, 265 e ss.

45. J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 1997, 101-102. Come noto, la teoria della giustizia di Rawls prende le mosse dal riconoscimento di una situazione di partenza di tipo conflittuale, dalla quale derivano disuguaglianze ingiustificabili, e alle quali devono essere applicati i principi della giustizia sociale. Rawls definisce il suo secondo principio di giustizia come il principio di differenza: «[...] se assumiamo come data la struttura delle istituzioni richiesta dall'eguale libertà e dall'eguaglianza di opportunità, le aspettative di coloro che sono in una situazione migliore sono giuste se e solo se funzionano come parte di uno schema che migliora le aspettative dei membri meno avvantaggiati della società. L'idea intuitiva è che l'ordine sociale non deve determinare e garantire le prospettive più attraenti di quelli che stanno meglio, a meno che ciò non vada anche a vantaggio dei meno fortunati» (77-78). Per illustrare il principio di differenza, Rawls considera la distribuzione del reddito tra le varie classi sociali: «Supponiamo che i vari gruppi di reddito corrispondano agli individui rappresentativi in riferimento alle cui aspettative è possibile giudicare la distribuzione. Ora, coloro che iniziano come membri della classe imprenditoriale in una democrazia basata sulla proprietà hanno probabilmente prospettive migliori di quelli che iniziano dalla classe dei lavoratori non qualificati. È probabile che ciò sarà vero anche quando saranno superate tutte le attuali ingiustizie sociali. Dunque, che cosa sarebbe in grado di giustificare questa iniziale disuguaglianza dei prospetti di vita? Secondo il principio di differenza essa è giustificabile soltanto se la differenza tra le aspettative va a vantaggio dell'individuo rappresentativo che sta peggio, in questo caso il lavoratore non qualificato rappresentativo. La disuguaglianza delle aspettative è ammissibile solo se una sua diminuzione non farebbe star peggio la condizione della classe operaia. Probabilmente, data la clausola del secondo principio che riguarda l'accessibilità delle posizioni e il principio della libertà in generale, le maggiori aspettative concesse agli imprenditori li spingerebbero ad azioni in grado di migliorare le prospettive a lungo termine della classe lavoratrice. Le loro migliori prospettive agiscono come incentivi per una maggiore efficienza del sistema economico, per un più rapido sviluppo delle innovazioni e così via. Infine, i vantaggi materiali che ne risultano si diffondono attraverso l'intero sistema sociale fino a raggiungere i meno avvantaggiati» (79). Secondo lo stesso Rawls, questo principio di differenza, così inteso, serve a «fornire un'interpretazione del principio di fraternità» (101). Infatti, dopo aver osservato che nel confronto con quelle di libertà e di eguaglianza, l'idea di fraternità ha

2. la necessità che gli organi giurisdizionali, ivi comprese le corti costituzionali, che non sono nell'arena politica, consentano ai soggetti del conflitto di realizzare la fraternità conflittuale per addivenire all'armistizio, e ricorrano, a tal fine, agli strumenti a ciò deputati (tra i quali, in primo luogo, si vuole indicare in questa sede la preferenza che dovrebbe essere accordata al ricorso agli argomenti letterale e originalista nell'interpretazione della costituzione, per lasciare al legislatore le decisioni sulle scelte politiche fondamentali che sono rimaste fuori dal compromesso del 1947: il che è come dire che le

sempre avuto un ruolo secondario nella teoria della democrazia, poiché la si è sempre pensata come un concetto meno specificamente politico degli altri, che non definisce di per sé alcuno dei diritti democratici, ma include piuttosto «certi atteggiamenti mentali e certe linee di condotta senza le quali perderemmo di vista i valori espressi da questi diritti», Rawls sostiene che senza dubbio la fraternità implica tutte queste cose, a cui va aggiunto il senso della fratellanza civica e della solidarietà sociale; ma, se intesa solo in questo modo, essa non esprimerebbe alcun requisito definito. Per questo, afferma, «dobbiamo ancora trovare un principio di giustizia che renda fedelmente l'idea sottostante. Nondimeno, il principio di differenza sembra corrispondere al significato naturale della fraternità; cioè, all'idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene». Il luogo nel quale solitamente il principio di massimizzare la somma dei vantaggi è rifiutato è la famiglia: in genere «i membri di una famiglia non desiderano avere dei vantaggi, a meno che ciò non promuova gli interessi dei membri restanti. Il voler agire secondo il principio di differenza ha esattamente le stesse conseguenze. Coloro che si trovano nelle condizioni migliori desiderano ottenere maggiori benefici soltanto all'interno di uno schema in cui ciò va a vantaggio dei meno fortunati» (*ibidem*). Secondo Rawls, dunque, se la ragione fondamentale dell'abbandono dell'idea di fraternità da parte della teoria della democrazia risiede proprio in ciò: che l'ideale della fraternità implichi legami affettivi e sentimenti che non è realistico attendersi dai membri di una società più ampia, la sua interpretazione nei termini del principio di differenza consente di recuperarla come concezione politica praticabile fondamentale: «Sembra che le istituzioni e le scelte politiche che consideriamo giuste con maggior fiducia soddisfino le sue richieste, quantomeno nel senso che le ineguaglianze da esse consentite contribuiscono al benessere dei meno favoriti [...]. Quindi secondo questa interpretazione, il principio di fraternità è uno standard perfettamente accettabile. Una volta accettatolo, possiamo associare alle tradizionali idee di libertà, fraternità e eguaglianza l'interpretazione democratica dei due principi di giustizia nel modo che segue: la libertà corrisponde al primo principio, l'eguaglianza all'idea di eguaglianza del primo principio unita all'eguaglianza di equa opportunità, e la fraternità al principio di differenza. In questo modo abbiamo trovato uno spazio per il concetto di fraternità all'interno dell'interpretazione democratica dei due principi, e notiamo che essa impone una condizione definita alla struttura fondamentale della società. Anche l'altro aspetto della fraternità non va dimenticato, ma è il principio di differenza a esprimere il suo significato principale dal punto di vista della giustizia sociale» (102).

corti devono consentire che esistano materie da disciplinare «*praeter constitutionem*»⁴⁶);

- 2a. gli organi giurisdizionali, in sede di controllo di costituzionalità delle leggi che realizzano gli armistizi, devono limitarsi a verificare il rispetto, da parte dei protagonisti politici, del dovere di comprendere le ragioni dell'Altro nel senso indicato *sub* 1a.: ciò comporta che, in sede di controllo della ragionevolezza del bilanciamento compiuto dalle parti politiche, le corti devono verificare che lo svantaggio subito dalle minoranze sia accettabile, in quanto il legislatore ha fatto ricorso al “mezzo più mite” per limitare i diritti bilanciandoli con altri interessi di rilievo costituzionale⁴⁷.

A questo punto risulta chiaro lo statuto del principio di fraternità conflittuale: una regola tecnica di teoria pura del diritto, una meta norma, implicita in ogni costituzione che prescriva principi materiali di giustizia, e che, in ultima analisi, impone di non assegnare alle disposizioni costituzionali indeterminate significati tali da schiacciare la controparte.

46. Sul punto v., in particolare, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Catania, 5 ottobre 2007, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino, 2008, 229 e ss.

47. Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia ancora a I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità*, cit., 162 e ss.; sul punto cfr. altresì le interessanti considerazioni di F. VIOLA, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'ora*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 115.

Conflitto vs. diritto, vendetta vs. giustizia? La prima legge scritta e l'istituzione del processo ad Atene

1. “Conflitto” e “diritto” nel lessico della Grecia antica

Il greco antico dispone di diversi termini che gravitano nell'area semantica del “conflitto”: per esempio *nèikos*, che indica nello specifico il “litigio”; *èris*, “discordia”; *stàsis*, “sedizione, tensione sociale”; *agòn*, “agone, lotta, confronto”; o ancora *timoria*, “vendetta”. Non ne ha tuttavia alcuno per indicare il “diritto”: un'assenza lessicale a cui corrisponde un'assenza concettuale, almeno se intendiamo il “diritto” come disciplina scientifica e tecnologia sociale autonoma¹. L'invenzione del diritto si deve, come è ben noto, ai romani – e del resto il latino è la sola tra le lingue antiche ad avere un termine, *ius*, indicante in senso astratto il “diritto”. Furono in effetti i romani, a un certo punto della loro storia, a isolare

per la prima volta e per sempre la funzione giuridica e i suoi esperti, i ‘giuristi’ [...], staccandoli da ogni altra produzione culturale o centro istituzionale – dalla religione, dalla morale, dalla stessa politica – e permettendone un'identificazione autonoma, netta e definitiva².

L'inesistenza in Grecia – e nello specifico ad Atene, la città a noi meglio nota sotto il profilo storico, sociale, costituzionale – di *iurisperiti* o

1. Se però si parte dall'assunto che – come recita il celebre brocardo latino di ignoto conio – *ubi societas ibi ius*, bisognerebbe concludere che il diritto (*ius*) è l'insieme delle regole di comportamento che ogni comunità (*societas*) deve darsi per garantire la propria sopravvivenza, e alle quali tutti i componenti del gruppo sono tenuti a obbedire. Un'idea di diritto generale e generica, questa, che comprende «il coacervo indistinto delle strutture normative che danno consistenza e forma alle compagini sociali», e che si distingue dunque da un diritto inteso in senso tecnico come «una sola specifica esperienza differenziata dalle altre» (così G. ZAGREBELSKI, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, XIV).

2. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2017, 5.

iurisprudentes, “esperti del diritto”³, e conseguentemente l’inesistenza dell’elaborazione di una *iurisprudentia*, “scienza del diritto”, non deve però far credere che alla Grecia mancò un pensiero giuridico, ovvero un modo di pensare la disciplina dei rapporti sociali. Al contrario, i greci per primi concepirono i «rapporti sociali, sia pubblici che privati, come un fenomeno regolato dalle leggi, tendenzialmente impersonali e astratte, della città»⁴. A essere centrale, in Grecia (*rectius*: nelle sue diverse *pòleis*⁵), non è il diritto, ma la legge scritta, a un certo punto identificata dal termine *nòmos*⁶.

E fu proprio la scrittura delle leggi – a partire dal VII secolo a.C., poco dopo l’introduzione dell’alfabeto fenicio – a segnare un punto di svolta rispetto al passato, e a traghettare le città greche al di fuori di un mondo pregiuridico di cui offrono chiara testimonianza i poemi epici di

3. Per tale assenza sono state addotte diverse motivazioni. Vi è stato chi ha sottolineato come per i romani fosse nevalgico il rito – un originario ritualismo ossessivo in campo religioso destinato a trasformarsi in sindrome prescrittiva, in misurazione e ordine tipicamente giuridici –, mentre per i greci era centrale il mito, un pensiero astratto sull’origine e sul perché delle cose che porta alla nascita e all’evoluzione del pensiero filosofico (così A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 60 e 192; E. STOLFI, *Il rito e la form(ul)a. Contributo minimo a una genealogia della ragione giuridica*, in *Il Pensiero*, 58 [2019], 25-43; Id., *La cultura giuridica dell’antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020, 68-73). Su altro fronte, con riferimento specifico alla realtà di Atene, si è sottolineato come l’assenza di esperti del diritto fosse resa necessaria dal carattere democratico dell’amministrazione della giustizia, che richiedeva l’uguaglianza di tutti coloro che vi partecipavano: «[...] se alcuni fossero stati dilettanti e altri professionisti, i professionisti avrebbero sempre avuto la meglio e la democrazia si sarebbe trasformata in un’oligarchia» (così M.H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, Milano, 2003 [Oxford, 1991], 267-268).

4. A. MAFFI, *Gli studi di diritto greco oggi*, in *Nomos. Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, a cura di D.F. Leão, L. Rossetti e M. do Céu Fialho, Coimbra-Madrid, 2004, 33-50, part. 47; e si veda anche J. CROOK, *Legal History and General History*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, 41 (1966), 31-36.

5. Il particolarismo, che è cifra distintiva della storia politica e sociale della Grecia antica, riguarda anche l’ambito giuridico, visto che ogni *pòlis* ha leggi sue proprie a cui i suoi cittadini, e loro soltanto, obbediscono. Questo dato ha indotto una parte della dottrina giusgrecistica a negare l’unitarietà del diritto greco, e a preferire l’idea di un sistema plurale di “diritti greci”; per la sintesi della questione e la bibliografia sull’argomento si rimanda, da ultimo, a D.D. PHILLIPS, *Hubris and the Unity of Greek Law*, in *Symposion* 2013, a cura di M. Gagarin e A. Lanni, Wien, 2016, 75-97, part. 75-76.

6. Le prime leggi scritte sono però indicate dal termine *thesmòi*, dal verbo *tithemi* che indica il “porre”; al riguardo si vedano, e *plurimis*, J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, Milano, 2005 [Paris, 2001], part. 13-26; E. STOLFI, *La cultura giuridica*, cit., 52-58.

Omero⁷: un mondo eroico e aristocratico dominato dalla prevaricazione, dall'uso della forza, dalla competizione e dalla vendetta per la difesa del proprio onore (*timè*).

Questo significa forse che la comparsa in Grecia della legge scritta, di regole che vengono stabilite da un'autorità e a cui tutti i consociati devono obbedire per una convivenza pacifica, segni la nascita di un mondo di diritto senza conflitto – o almeno, di un mondo che auspica l'eliminazione del conflitto? Per questa domanda non esiste una risposta univoca; né, d'altro canto, la risposta può prescindere da quel che si intende con "conflitto".

Se si assume che "conflitto" rimandi alla tensione sociale tra le diverse classi (una tensione spesso indicata dal termine *stàsis*), è innegabile che – se non in principio, come causa, almeno con l'andare del tempo, e dunque come conseguenza – la diffusione di leggi scritte contribuì a promuovere una giustizia e un'eguaglianza in precedenza sconosciute⁸. Questo è vero soprattutto per l'Atene democratica del V sec. a.C., come ricordano diversi autori del tempo: «[...] di fronte alle leggi, per quanto riguarda gli interessi privati, a tutti spetta lo stesso», afferma Pericle nel celebre *lògos epitàphios* – il discorso funebre per i caduti nel primo anno della guerra del Peloponneso (429 a.C.) – riportato da Tucidide (Thuc. 2.37.1). Pressappoco negli stessi anni, il tragediografo Euripide fa pronunciare parole simili a uno dei suoi personaggi (il mitico re Teseo, considerato fondatore della democrazia):

7. Un mondo di *prédroit*, "predirritto", giusta la nota definizione di L. GERNET, *Droit et prédroit in Grèce ancienne*, in *Année Sociologique*, 2 (1948-1949), 21-119; o anche di "protodiritto" (*proto-legal*), tipico di una società che «has legal procedures but no recognized legal rules», secondo quanto affermato da M. GAGARIN, *Early Greek Law*, Berkeley - Los Angeles - London, 1986, part. 8-10.

8. L'idea che la scrittura delle leggi sia stata conseguenza diretta della pressione esercitata dalle classi più umili sull'aristocrazia detentrici del potere per ottenere giustizia sociale è stata sostenuta a lungo da diversi studiosi, soprattutto in passato (vd., e.g., R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Chicago, 1930, I, 67; G.M. CALHOUN, *Introduction to Greek Legal Science*, Oxford, 1944, 21; più di recente: R.W. WALLACE, *Equality, the Demos, and Law in Archaic Greece*, in *Symposion 2015*, a cura di D.F. Leão e G. Thür, Wien, 2016, 1-14). Tale teoria ha ricevuto molte critiche (M. GAGARIN, *Early Greek Laws*, cit., 122-124; L. PEPE, *Some Remarks on Equality in Homer and in the First Written Laws. Response to Robert W. Wallace*, in *Symposion 2015*, cit., 15-27, part. 22-23), e, come accenato nel testo, oggi si tende a ritenere che l'eliminazione delle tensioni sociali fu (non la causa ma) la conseguenza della scrittura delle leggi: K.J. HÖLKESKAMP, *Arbitrators, Lawgivers and the 'Codification of Law' in Archaic Greece. Problems and Perspectives*, in *Metis*, 7 (1992), 58-59; e cfr. anche C. THOMAS, *Literacy and the Codification of Law*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 43 (1977), 455-458.

quando le leggi sono scritte, il povero e il ricco hanno gli stessi diritti (*diken isen*); è possibile per i più deboli, quando si sentono offesi, replicare al benestante; e l'umile, se ha la giustizia dalla sua parte, vince il potente (Eur. *Suppl.* 433-437).

Se, invece, si postula che “conflitto” sia competizione, rivalità, ricorso a strumenti “altri” (forza, vendetta, emozioni) rispetto a quelli razionali di cui si serve e su cui si basa il diritto, le cose sono ben più complicate. Cercherò di spiegarlo circoscrivendo il mio ambito di indagine alla realtà di Atene arcaica, partendo dalla prima legge scritta della città e proseguendo poi con l'indagine di una tragedia – le *Eumenidi* di Eschilo – che celebra la nascita del primo tribunale cittadino, e che offre spunti utili a mettere in luce alcuni tratti significativi del processo ateniese.

2. Dal “conflitto” al “diritto”? La prima legge scritta di Atene

A dare ad Atene le prime leggi scritte fu Draconte, sul finire del VII secolo (nel 621/0 se si presta fede alla datazione fornita nella *Costituzione degli Ateniesi* attribuita ad Aristotele: *Ath. Pol.* 4.1⁹). Della sua *politéia* (“corpus di leggi”, ben più che “costituzione”, come di regola, impropriamente, il termine è tradotto) sopravvissero soltanto le disposizioni sull'omicidio, destinate a rimanere in vigore – con cambiamenti non sostanziali, a cui si accennerà tra breve – fino alla fine del IV secolo: dunque, per tutta l'età che siamo soliti definire “classica”.

Oltre che da diverse citazioni parziali e indirette presenti in alcune orazioni giudiziarie, soprattutto demosteniche, la legge di Draconte sull'omicidio (*IG I³.104*) è nota grazie a un'iscrizione su di una stele rinvenuta intorno al 1850, nel corso di uno scavo nei pressi della chiesa metropolitana di Atene. L'iscrizione risale al 409/8 a.C., quando, a seguito della restaurazione della democrazia dopo un colpo di stato di stampo oligarchico che ebbe luogo nel 411, la città provvide alla ritrascrizione di alcune leggi antiche, tra cui anche le disposizioni sull'omicidio risalenti a Draconte¹⁰. Non è qui il caso di soffermarsi sui numerosissimi problemi sollevati dalla lettura controversa del testo epigrafico (assai

9. Per le questioni relative alla datazione della legge rimando a D.R. STROUD, *Drakon's Law on Homicide*, Berkeley - Los Angeles, 1968, 66-70.

10. Per una sintesi della questione, vd. A.B. GALLIA, *The Republication of Draco's Law on Homicide*, in *Classical Quarterly*, 54 (2004), 451-460.

malconcio e lacunoso¹¹⁾ e dalla sua altrettanto controversa interpretazione¹²⁾; mi limiterò a dar conto di alcuni dei suoi elementi – a mio giudizio, almeno – salienti. Nelle sue righe iniziali, la legge fornisce indicazioni di carattere processuale, stabilendo che chi commette un omicidio sia perseguito in giudizio (e va qui segnalato, visto che sul punto si ritornerà in seguito, che il verbo greco indicante l’“essere perseguiti in giudizio” è *phèygo*, alla lettera “fuggire”¹³⁾), e inoltre indicando gli organi competenti a giudicare gli omicidi e gli individui a cui spettava l’iniziativa processuale. Importanza rilevante è attribuita all’elemento soggettivo: chi uccide volontariamente (in greco *ek pronoias*, espressione che secondo alcuni indica la “premeditazione”, secondo altri il “dolo”, e a mio parere rimanda invece alla consapevolezza dell’omicida circa le conseguenze letali del suo agire) è soggetto a trattamento e conseguenze più gravi rispetto a chi uccide involontariamente (in greco *àkon*: una categoria residuale, quella dell’omicidio involontario, che include tutti gli omicidi non qualificabili come *ek pronoias*)¹⁴⁾.

A detta di buona parte degli studiosi, quella di Draconte fu una legge di portata rivoluzionaria. Non soltanto perché nel mondo pregiuridico di Omero, dominato dalla vendetta, non vi era spazio alcuno per la valutazione dell’elemento soggettivo – le conseguenze sarebbero state le medesime sia in caso di offesa volontaria che involontaria –; ma soprattutto perché l’istituzione di un processo a carico dell’omicida fece sì che quest’ultimo fosse sottratto alla rappresaglia della famiglia dell’ucciso, come avveniva in precedenza, per essere di necessità giudicato da giudici terzi designati dalla *pòlis*. Se così fosse, la legge di Draconte rappresenterebbe la fine della vendetta privata in precedenza imperante, o se si vuole, la fine del “conflitto” e l’avvento del “diritto”¹⁵⁾.

11. L’edizione di riferimento per la legge di Draconte (*IG I³.104*) è quella di D.R. STROUD, *Drakon’s Law*, cit., 5, con le recenti critiche di E. HARRIS - M. CANEVARO, *Towards a New Text of Draco’s Law on Homicide*, in *Revue des Études Grecques*, 136 (2023), 1-52.

12. Al riguardo rimando a L. PEPE, *Phonos. L’omicidio da Draconte all’età degli oratori*, Milano, 2012, 11-22.

13. Non va però dimenticato che da buona parte della dottrina il verbo *phèygo*, che compare nella prima frase della legge, alla l. 11 dell’epigrafe, è inteso non già nel senso processuale di “essere sottoposto a processo”, ma in quello sostanziale di “andare in esilio” (dunque, a indicare la pena). Contro questa possibilità, vd. L. PEPE, *Phonos*, cit., 22-30.

14. Sul significato di *ek pronoias* e *àkon* rimando (anche per una panoramica circa le diverse posizioni dottrinali e la bibliografia di riferimento) a L. PEPE, *I criteri di imputazione soggettiva dell’omicidio in diritto ateniese*, in *Index*, 43 (2015), 421-452.

15. Per la bibliografia di riferimento, vd. ancora L. PEPE, *Phonos*, cit., 14 n. 7. A titolo di esempio, si noti quanto scritto da V. EHRENBURG, *The Greek State*, 1969, 21: «[...] when

Altra parte della dottrina, tuttavia – e con un orientamento a mio parere più aderente al testo e al contesto, dunque più condivisibile –, non è altrettanto *tranchant*: se Aristotele (*Pol.* 1274b16-17) afferma che «nelle leggi di Draconte [...] non c'è alcun elemento particolare, degno di menzione», ciò significa che il legislatore «ne fait que fixer la coutume ancienne sur des points qui peuvent éventuellement soulever des doutes dans la pratique», istituendo un «système vindicatoire mitigé»¹⁶. In effetti, già i poemi di Omero – che non sono fotografia di un preciso momento storico ma semmai l'esito di una formazione alluvionale durata almeno quattro secoli¹⁷ –, non danno soltanto conto di un mondo fatto di un'etica competitiva e dominato dalla vendetta, ma conoscono anche meccanismi di composizione privata che rappresentano l'evoluzione della vendetta, utili a porre fine alla faida che la vendetta porta necessariamente con sé: serve a questo, per esempio, la *poinë*, il “prezzo di riscatto” che l'offeso accetta dall'offensore a titolo di riparazione dell'onore leso, e il cui versamento consente all'uno e all'altro di superare il conflitto, e di continuare a convivere, pacificati, nella medesima comunità (cfr., e.g., *Il.* 9.632-636: «vi è chi per l'uccisione di un fratello o per un figlio morto ha accolto un prezzo di riscatto; e l'uno rimane nel paese, dopo aver pagato molto, mentre l'altro, che ha accettato il riscatto, placa il cuore e l'animo superbo»). Rispetto a questa situazione, la legge di Draconte si pone in termini di continuità, ben più che di rottura.

Non è poco significativo, innanzitutto, che in quelle leggi le persone autorizzate a intentare l'azione contro l'omicida siano praticamente le stesse a cui già dai tempi più antichi, omerici, era riconosciuta la facoltà

the aristocracy renounced blood-vengeance and self-help, the road was opened which led to the *legal supremacy* of the state» (corsivo mio); o ancora da E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 124: «[...] la legge di Draconte segna il passaggio tra due momenti storicamente e ontologicamente diversi nella vita del diritto nel mondo greco [...]. La legge di Draconte introdusse la regola che non potesse farsi luogo a punizione dell'omicida se non a seguito di una sentenza, emessa da uno dei tribunali competenti» (corsivo mio); nonché, in tempi più recenti, da D.D. PHILLIPS, *Avengers of Blood. Homicide in Athenian Law and Custom from Dracon to Demosthenes*, Stuttgart, 2008, 56: «[...] the killer *had to be prosecuted* in court. Draco intended [...] to curb violent self-help and to rechannel into the courts the desire for vengeance felt by the kin of a homicide victim» (di nuovo, corsivo mio).

16. Così J.M. MODRZEJEWSKI, *La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique*, in *Symposion 1990*, a cura di M. Gagarin, Köln-Weimar-Wien, 1991, 3-16, part. 9.

17. Cfr., e plurimis, E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979, 52-58 e 129-140; C. PELLOSO, *Themis e Dike in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, 76-81.

di esercitare vendetta¹⁸: e cioè gli appartenenti al gruppo familiare fino al sesto grado (nello specifico, fino ai figli dei cugini: *IG I³.104*, 20-21), a cui potevano aggiungersi (il verbo impiegato è *syn-diòko*, alla lettera “inseguire insieme”, complementare di quel *phèygo* che, come si è sopra accennato, indica alla lettera il “fuggire”, e in senso processuale il “perseguire in giudizio”) il genero, il suocero e i membri della fratria (termine che identifica un gruppo di persone unite tra loro da antichi legami di parentela). L’iniziativa processuale spettava a loro, e a loro soltanto, anche se poi non esisteva alcuno strumento che li obbligasse a farlo: il che significa che, nel caso non vi fosse chi mettesse in moto la macchina giudiziaria, l’omicida o rimaneva impunito¹⁹, ovvero, più plausibilmente – proprio come accadeva in precedenza –, rimaneva alla mercé del gruppo familiare della vittima, a cui spettava decidere se procedere con la vendetta oppure accettare dall’offensore il pagamento di un prezzo di riscatto. Non solo: i familiari che decidessero di consegnare l’omicida agli organi giudicanti della *pòlis* non uscivano di scena dopo la denuncia: una volta che i giudici avessero pronunciato il loro verdetto di condanna, stabilendo inoltre se il colpevole avesse agito in modo volontario o involontario, sarebbero stati proprio i parenti a decidere il da farsi. In particolare, essi avrebbero potuto scegliere se acconsentire, all’unanimità, a una composizione pecuniaria – la *àidesis*, che altro non è se non l’evoluzione della *poinè* omerica, e dunque un riconoscimento istituzionale della vendetta²⁰ –, ovvero infliggere al

18. Per la verità nei poemi di Omero non vi è indicazione specifica degli individui a cui spetta il diritto/dovere di fare vendetta, anche se vi è ragione di credere che tra questi, oltre ai parenti, fossero compresi anche gli amici più stretti: emblematico, naturalmente, il caso di Achille, che vendica la morte di Patroclo anche se questi non era legato a lui da parentela stretta. Vi sono peraltro fondati motivi per credere – come del resto sottolineava Modrzejewski nella frase menzionata sopra, nel testo – che la scrittura delle prime leggi fosse dovuta proprio alla necessità di dirimere dubbi: relativi, in questo caso, all’identità di chi poteva farsi promotore del processo contro l’omicida.

19. Un caso del genere è ricordato in Dem. *Euerg. et Mnes.* 69-72, in cui si ricorda dell’assassinio di una liberta, evidentemente priva di parenti stretti, e per la quale non poteva agire in giudizio neppure l’ex padrone, proprio perché, avendola affrancata, non aveva con lei alcun legame all’interno della famiglia. Il caso è discusso da M. GAGARIN, *The Prosecution of Homicide in Athens*, in *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 20 (1979), 301-323, in part. 307-313.

20. Le regole sulla *àidesis* compaiono nella legge draconiana subito dopo l’indicazione degli organi competenti al giudizio dell’omicida (*IG I³.104*, ll. 13-19); a concedere la *àidesis* (all’unanimità, giacché l’opposizione di uno solo determinava il fallimento dell’accordo) erano gli stessi membri della famiglia – fino ai figli dei cugini – che potevano promuovere l’azione contro l’omicida; la cerchia era allargata a dieci membri della fratria (nel caso

colpevole la pena: l'omicida involontario sarebbe stato esiliato, mentre quello volontario avrebbe subito la morte, con ogni verosimiglianza per mano dei parenti della vittima – di nuovo, una vendetta istituzionalizzata.

La situazione cambia soltanto in parte nell'età successiva (il riferimento è in particolare ai secoli V e IV a.C., per i quali disponiamo di un numero maggiore di testimonianze), quando la legge di Draconte, che pure rimase in vigore mantenendosi apparentemente e formalmente immutata rispetto al suo dettato originario²¹, fu resa oggetto di una serie di correzioni: se è vero che la centralità del gruppo familiare risulta per alcuni versi ridimensionata (a quanto pare, la possibilità di addivenire a un accordo pecuniario venne limitata al caso di omicidio involontario²², mentre l'esecuzione della sentenza capitale nei confronti dell'omicida volontario fu affidata al boia designato dalla città²³), rimane tuttavia il fatto che la *pòlis* non avoca mai a sé il compito di promuovere d'ufficio l'azione contro l'omicida: posto che nell'Atene antica non esiste nulla di simile alla figura del Pubblico Ministero, l'iniziativa processuale continua a essere nelle mani dei familiari della vittima, e soltanto questi ultimi possono (benché, proprio come avveniva in precedenza, non siano obbligati a farlo) portare a processo l'omicida con un'azione, la *dike phònou*, che, al pari di tutte le altre *dikai* del processo ateniese, è "privata", nel senso che la legittimazione attiva spetta esclusivamente all'offeso o al suo gruppo²⁴. Anche nella fase più matura della storia giuridica di Atene,

che non fossero presenti parenti più stretti) solo nel caso in cui fosse stato riconosciuto giudizialmente che l'omicida aveva agito *àkon*, senza volontarietà; sul punto vd. L. PEPE, *Phonos*, cit., 71-78.

21. Lo ricordava Antifonte (*Her.* 14; *Chor.* 2): «[...] esse [*scil.* le leggi di Draconte] sono le più antiche in questa terra, e sono sempre le stesse in relazione al medesimo tema, il che è la prova più grande del fatto che si tratta di leggi ben poste»; sul passo vd. M. GAGARIN, *Drakon and Early Athenian Homicide Law*, New Haven - London, 1981, 22-23.

22. Così si legge in *Dem. Mid.* 43: «[...] le leggi sull'omicidio puniscono con la morte, l'esilio perpetuo e la confisca dei beni chi uccide volontariamente, mentre ritengono meritevoli di *àidesis* quanti uccidono involontariamente».

23. Lo si evince da un passo demostenico (*Dem. Aristocr.* 69), che sembra porre un distinguo tra quanto avveniva in passato (quando l'accusatore e il suo gruppo familiare potevano mettere loro stessi a morte l'imputato riconosciuto colpevole di omicidio) e le regole in uso al tempo dell'oratore: «[...] alle leggi è affidato il potere di punire [l'omicida condannato] e di eseguire la sentenza; all'accusatore è permesso *guardare* il condannato che subisce la condanna che la legge ha stabilito, e *niente più di questo*» (corsivo mio). Sul passo, vd. D.M. MACDOWELL, *Athenian Homicide Law in the Age of the Orators*, Manchester, 1963, 111.

24. Sulla distinzione, nel processo ateniese, tra *dikai*, azioni "private" nel senso indicato nel testo, e *graphài*, azioni "pubbliche", promosse su iniziativa volontaria del *quivis de populo* (*ho boulòmenos*), vd. C. PELLOSO, *Popular Prosecution in Early Athenian Law: the*

dunque, l'omicidio rimane confinato all'ambito familiare: non assurge mai a reato, a crimine considerato lesivo degli interessi della collettività, che la collettività persegue attraverso un meccanismo di repressione pubblica; riguarda soltanto, come era sempre stato, la famiglia. Il processo per omicidio continua a essere la forma nella quale sono incanalati i sentimenti di vendetta della famiglia.

3. La doppia "giustizia": Eschilo, *Eumenidi*

Vi è una fonte che forse meglio di ogni altra illustra come il passaggio tra vendetta privata e giustizia cittadina si svolga all'insegna della continuità ben più che della discontinuità. Non si tratta di una legge, né tantomeno di una orazione giudiziaria (che sono le principali fonti di cognizione per lo studioso di diritto greco); si tratta, invece – come già preannunciato nella parte iniziale di questo contributo – di una tragedia: le *Eumenidi* di Eschilo, dramma conclusivo dell'unica trilogia, l'*Oresteia*, che ci sia pervenuta integralmente²⁵. Rappresentata nel 458 a.C., l'*Oresteia* ripercorre in chiave drammatica²⁶ l'atto finale della terribile e sanguinosa saga dei Tantalidi, a partire dal momento del rientro in patria del re Agamennone, vittorioso dopo la distruzione di Troia, e della sua uccisione per mano della moglie Clitemestra, che si vendica così dell'assassinio della figlia Ifigenia compiuto anni addietro dal marito. Oreste, figlio della coppia, è posto davanti a un dilemma, al più radicale dei "conflitti tragici": vendicare il padre, ed essere perseguitato dalle Erinni materne – le dee che incalzano chi abbia versato il sangue di consanguinei –, o non vendicarlo, ed essere perseguitato dalle Erinni del padre? Con l'istigazione e la complicità di Apollo, Oreste decide infine di compiere il matricidio, con la conseguenza, prevista, di essere immediatamente braccato dalle Erin-

Drakonion Roots of the Solonian Reform, in *Επιτερίς του Κέντρου Ερεύνης της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου*, 45 (2014-2015), 9-58.

25. La centralità delle *Eumenidi* di Eschilo per lo studioso del diritto è sottolineata dai numerosissimi studi che di esse si occupano; mi limito qui a segnalare D. COHEN, *The Theodicy of Aeschylus: Justice and Tyranny in the Oresteia*, in *Greece and Rome*, 33 (1986), 129-141; F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, 75-157; E. STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, 2022, 39-113. Per un'analisi complessiva della tragedia, vd., per tutti, S. GOLDHILL, *Aeschylus: The Oresteia*, Cambridge, 2004.

26. In altro modo e con diverse implicazioni, infatti, la vicenda di Oreste era evocata nell'*epos* omerico: al riguardo vd. S. GOLDHILL, *Aeschylus*, cit., 41-48.

ni. A nulla serve la purificazione del matricida nel santuario di Apollo a Delfi: quella purificazione elimina la contaminazione del sangue materno versato, ma non cancella il fatto – e per le Erinni, dee ancestrali della vendetta, è solo il fatto a contare (proprio come per gli eroi di Omero conta solamente l'offesa, a cui bisogna rispondere con la vendetta). Per uscire dall'*empasse*, dalla spirale del sangue che chiama sangue, dalla catena senza fine di vendette, Oreste si presenta ad Atene al cospetto della protettrice della città, Atena, in cerca di assoluzione: ma la dea, riconoscendo che la questione è troppo grande, complessa e di difficile soluzione perché lei sola possa dirimerla, nomina individui terzi, «rispettosi dei giuramenti, come giudici degli omicidi» (*Eum.* 483). È l'atto di nascita dell'Areopago – nella realtà storica del tempo il più venerabile dei tribunali di Atene, di cui Eschilo con la tragedia celebra la fondazione²⁷ –, istituito da Atena per sottrarre gli omicidi al regolamento di conti privato e per giudicare i delitti di sangue sulla base di testimonianze (*martyria*), di indizi (*tekméria*) e di «giuramenti che vengono in aiuto a giustizia» (*arogà tes dikes horkómata*, *Eum.* 484-485). Ed è proprio l'Areopago, dopo aver ascoltato le parti, a pronunciarsi per la non colpevolezza di Oreste.

Ora, proprio come vi è stato chi ha ritenuto che la legge di Draconte sull'omicidio segna il momento del passaggio netto dalla vendetta privata alla giustizia cittadina, assicurata dal processo, allo stesso modo sono in molti ad affermare che l'*Oresteia* intenda celebrare la fine del mondo arcaico, dominato dall'uso della forza individuale e dal conflitto tra i gruppi, e l'inaugurazione – grazie all'istituzione dell'Areopago e del processo impersonale, pacato e razionale che in esso si svolge – di un'età nuova, "politica",

27. È verosimile (ma *contra* vd. M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, Roma-Bari, 1989, 44) che le *Eumenidi* rappresentino una presa di posizione rispetto a fatti storici recenti: nel 462/1 a.C., su iniziativa del democratico Efialte (che trovò poi la morte l'anno successivo per mano di un sicario degli aristocratici), venne drasticamente ridimensionato il potere politico dell'Areopago, roccaforte delle famiglie più in vista di Atene, e le sue competenze (che comprendevano il "controllo della costituzione": *Ath. Pol.* 25. 2) vennero limitate al giudizio dei fatti di sangue. Con il ripercorrere la storia dell'istituzione dell'Areopago da parte di Atena per il giudizio del matricida Oreste, Eschilo sembra schierarsi dalla parte di Efialte e dei democratici, ricordando che l'Areopago nasce con competenze esclusivamente giudiziarie, non politiche. Sul punto vd. L. CANFORA, *Storia della letteratura greca*, Roma-Bari, 2001, 152-153; E. STOLFI, *La giustizia in scena* cit., 81-83; *contra* E.M. HARRIS, *Aeschylus' Eumenides. The Role of the Areopagus, the Rule of Law and Political Discourse in Attic Tragedy*, in *Poet and Orator: A Symbiotic Relationship in Democratic Athens*, a cura di A. Markantonatos e E. Volonaki, Berlin, 2019, 389-419, part. 391-392.

in cui dominano il diritto e la giustizia, e che garantisce coesione sociale²⁸. Di nuovo, però, una presa di posizione tanto netta manca di convincere.

Contro di essa sta, innanzitutto, il dato lessicale: il termine che identifica ciò che noi chiamiamo rispettivamente “vendetta” e “giustizia” è, nella trilogia di Eschilo, il medesimo, e cioè *dike* (spesso personificata: *Dike*). Baluardo di *dike* non è soltanto l’Areopago, il tribunale in cui siedono *dika-stài*, “giudici”, custodi di *dike*. Anche le Erinni sono *eythydikaioi*, “perfette esecutrici di giustizia” (*Eum.* 312; e “ministre di *Dike*”, *Dikes epikouroi*, le definiva già Eraclito, *FGrHist* 22B94). È ancora *dike* a guidare la mano di Clitemestra quando questa dà morte ad Agamennone, in cambio della morte di Ifigenia (*Ag.* 1406, 1432); e ciò che induce Oreste a uccidere sua madre per vendicare il proprio padre è il principio di *dike* che impone di «restituire il male subito» (*antamèibesthai kakòis*, *Ch.* 123) e «subire quel che si è fatto» (*dràsanta pathèin*, *ivi*, 313). Il lessico, da solo, basterebbe a mostrare come «ciò che Eschilo rappresenta non è una giustizia, o la sua “invenzione”, quanto piuttosto il faticoso transito da una sua configurazione all’altra»²⁹.

Del resto, le caratteristiche dell’Areopago, come pure le dinamiche del processo contro Oreste che in esso ha luogo, mettono in luce come Eschilo rappresenti «la realtà paradossale di un diritto che, per realizzarsi, prende qualcosa in prestito dalla violenza che intende combattere»³⁰. Quanto alle prime, è significativo che l’Areopago, come la stessa Atena auspica, abbia il suo fondamento, oltre che nel “rispetto” (*sèbas*), nel “terrore” (*phòbos*, *Eum.* 690-691); esso non dovrà «cacciare fuori dalla *pòlis* la paura: chi tra i mortali può comportarsi in modo conforme a *dike*, se non teme nulla?»

28. A titolo di esempio: H.D.F. KITTO, *Form and Meaning in Drama. A Study in Six Greek Plays and of Hamlet*, London - New York, 1960, 62, scrive di una «blind retribution» che diviene «justice, rooted in holiness, governed by reason»; per A.J. PODLECKI, *The Political Background of Aeschylean Tragedy*, Ann Arbor, 1966, 80-81, l’istituzione del tribunale di sangue dell’Areopago e la conversione delle Erinni in dee benevole «constitute a permanent rejection of the pre-civilized “justice” of the vendetta, and the victorious enthronement at Athens of a new Justice which is both legal and civic»; ancora, secondo A.H. SOMMERSTEIN (a cura di), *Aeschylus’ Eumenides*, Cambridge, 1989, 21, a partire dalla creazione dell’Areopago e del processo per omicidio «punishment for wrongs done is to be inflicted, not by the person wronged or his/her representative, but by an independent authority not taking vengeance in a spirit of wrathful fury but hearing the arguments on both sides and then coming to a rational decision». Una posizione simile è accolta, in anni più recenti, da E. CANTARELLA, *Il diritto e il potere delle emozioni*, in *Teoria politica*, 5 (2015), 135-143, part. 135-138.

29. E. STOLFI, *La giustizia in scena*, cit., 41.

30. F. OST, *Mosè*, cit., 88.

(*Eum.* 698-699); ancora, dovrà essere *oxýthymon*, «pronto all'ira» (*ivi*, 705). Capacità di incutere terrore e paura, predisposizione all'ira: le qualità distintive dell'Areopago sono anche quelle delle Erinni, dee implacabili e terrificanti, a prova del fatto che «anger in no way disappears from punishment even after the Areopagus does appear»³¹.

Considerazioni simili possono essere svolte a proposito del modo in cui il giudizio a carico di Oreste si svolge. Le Erinni, prime a parlare in qualità di accusatrici, spiegano che la loro *dike* consiste nel non lasciare scampo a chi, come Oreste, è reo confesso di aver versato sangue *hòmai-mos*, “consanguineo” (*Eum.* 587-588; 605). La *dike* delle Erinni presuppone una relazione semplice, lineare e diretta tra fatto e conseguenza: Oreste ha ucciso sua madre, *ergo* va punito³². All'argomentazione delle Erinni risponde Apollo, difensore di Oreste (oltre che suo mandante e complice): è lo stesso imputato a essere dalla parte di *dike* per aver agito *dikàios* (*Eum.* 615), e le Erinni non hanno diritto alcuno di braccarlo, dal momento che tra madre e figlio non c'è mescolanza di sangue: a generare è il padre, mentre la madre è solo *trophòs*, “nutrice”, tenuta a vegliare sul seme che l'uomo getta in lei *xènoi xène*, “come ospite a ospite” ovvero (vista l'ambivalenza di significato del termine greco *xènos*) “come straniera a straniero” (*Eum.* 658-661). Nel richiamare la teoria dell'estraneità del materno nella generazione, e dunque della assenza di consanguineità tra madre e figlio – una teoria, sia chiaro, non creata *ad hoc* ma già diffusa al tempo in cui l'*Oresteia* venne scritta, e destinata a consolidarsi poi negli anni successivi³³ –, Apollo fa saltare il nesso di causalità che è presupposto della *dike* delle Erinni; la sua *dike* non è basata sui fatti, ma su una parola

31. D. ALLEN, *The World of Prometheus. The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton 2000, 22, che rimarca anche come «the Areopagite style of judgment [...] resembles the old forms of judgment in one crucial respect: it was not coolly distant from anger. Athena specifically assigns to her new court the characteristic of 'a quickness to anger' (*oxuthumon*, *Eum.* 705). [...] Athena does not so much distance the new court from the Erinyes as draw a parallel between them. She describes the court's duties with a speech that closely echoes the earlier choral ode that the Erinyes sang to describe their own duties (*Eum.* 521-47). Like the Erinyes, the Areopagus is expected to inspire fear and dread in the citizenry. [...] The 'punishing' Areopagus takes over the work of the 'avenging' Erinyes and is assimilated to them».

32. C. MEIER, *L'arte politica della tragedia greca*, Torino, 2000 [München, 1988], 142.

33. La teoria della generazione che Apollo qui espone trova una sua enunciazione scientifica con Aristotele (*Gen. anim.* 728 a; 729 a-b), su cui si vedano, e *plurimis*, M. VEGETTI, *Il coltello e lo stilo*, Milano, 1979, 125-126; E. CANTARELLA, *Gender, Sexuality, and Law*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, a cura di M. Gagarin e D. Cohen, Cambridge, 2005, 236-253, in part. 252-253.

capziosa, insidiosa, che con i fatti ha una relazione obliqua perché li manipola (che il figlio venga generato dalla madre è innegabile), li distorce, e li nasconde sotto la forma di una persuasione seduttiva. Non è un caso che, ben prima dell'inizio del processo, quando ancora Oreste si trovava nel santuario di Delfi per essere purificato dal matricidio, Apollo lo rassicurasse con la promessa di trovare la *mechanè*, l'"artificio", l'"espediente", per liberarlo dalla presa delle Erinni; una *mechanè* fatta di *thelktèrioi mýthoi*, «parole che incantano» (*Eum.* 81-83). La violenza fisica delle Erinni ha un suo adeguato corrispondente nella forzatura verbale di Apollo³⁴.

Ma non è tutto: a essere significativo è anche l'esito del processo contro Oreste. L'imputato viene infine assolto, benché i voti a suo favore siano uguali per numero a quelli per le Erinni: era stata la stessa Atena, del resto, a stabilire il principio (accolto nel processo ateniese e antesignano del brocardo *in dubio pro reo*) per cui la *isopsephía*, la "parità di voti" avrebbe comportato assoluzione (*Eum.* 741). Non solo: a far conseguire la parità era stato il voto decisivo di Atena (nata dalla testa di Zeus e dunque figliadi-solo-padre, in quanto tale sensibilissima agli argomenti di Apollo) per Oreste³⁵. Il che apre uno scenario inquietante: non soltanto perché mostra che la metà più uno dei giudici umani seduti nell'Areopago non erano stati convinti dalle "parole ammaliatrici" della difesa e si erano schierati, anche se di misura, dalla parte della *dike* ancestrale delle Erinni, pronti a condannare il reo confesso Oreste; ma anche perché, all'esito del voto, la comunità che i giudici rappresentano risulta letteralmente divisa a metà, spaccata in due.

Il processo a Oreste, che pone fine al circolo vizioso della vendetta, instaura in città una nuova *dike* che supera la *dike* antica, ma che non cancella il conflitto: piuttosto, lo ripropone sotto altra forma³⁶.

34. E. STOLFI, *La giustizia*, cit., 98-100.

35. Per il vero si è a lungo discusso se il voto di Atena produca parità (il lavoro di riferimento è quello di M. GAGARIN, *The Vote of Athena*, in *American Journal of Philology*, 96 [1975], 121-127), ovvero spezzi in favore di Oreste la parità dei voti deposti dagli altri giudici (cfr., e.g., D.A. HESTER, *The Casting Vote*, in *American Journal of Philology*, 102 [1981], 265-274); e vi è anche chi ritiene che la scena nel suo complesso sia improntata ad ambivalenza tragica (R. SEAFORD, *Historicizing Tragic Ambivalence: The Vote of Athena*, in *History, Tragedy, Theory. Dialogues on Athenian Drama*, a cura di B. Goff, Austin, 1995, 202-221). Il testo non sembra però offrire dubbi che a cogliere nel segno sia la prima ipotesi (basti al riguardo quanto si legge in *Eum.* 753, *ison gàr esti tarithmema ton pàlon*, «il conto dei voti è pari»); del resto, se così non fosse, la scena perderebbe buona parte della sua potenza, come si cercherà di illustrare nel testo.

36. Non mi soffermo qui sulla parte finale della tragedia, in cui le Erinni, sconfitte, su sollecitazione di Atena finiscono infine per deporre la loro ira nei confronti di Oreste e

4. Il conflitto nel diritto

In un saggio ben noto ai classicisti, P. Vidal-Naquet analizza nel dettaglio le numerose immagini e metafore di caccia (intimamente connesse a quelle del sacrificio) che ricorrono nell'*Orestea*³⁷. A titolo di mero esempio, il lessico venatorio è usato ripetutamente in relazione a Clitemestra che, nel far vendetta di Agamennone, è una cacciatrice che prende la sua preda nella rete (*diktyon*, Ag. 1115; cfr. anche, e.g., *ivi*, 1375-1376, 1382-1383), e che finisce poi nel cappio (*bròchōi*, Ch. 557) del leone-cacciatore Oreste (Ch. 938). Questi è destinato a sua volta a trasformarsi in cacciato quando viene braccato dalle Erinni: nelle *Eumenidi* Oreste è “colui che fugge” (*phèygon*, Eum. 118), mentre le dee vendicatrici, come cacciatrici, lo inseguono (*diòko*, Eum. 131), e continuano a farlo, in qualità di accusatrici, nell'*Areopago* (Eum. 583). Quest'ultimo esempio mostra, ancora una volta, la permanenza del lessico nel trapasso dall'antico modo di fare giustizia al nuovo, e la permeabilità tra due mondi che sono ben più vicini tra loro di quanto si tenda a rappresentarli, opponendoli radicalmente l'uno all'altro.

Né si tratta di un fatto circoscritto soltanto alla tragedia: anche nella legge di Draconte (lo si è accennato sopra), i verbi *phèygo* e *diòko* indicano rispettivamente chi, in qualità di “fuggitivo-inseguito”, viene sottoposto a processo, e chi, come “inseguitore”, dà impulso all'azione; ed è significativo che i due termini, lungi dal rimanere confinati alla prima legge scritta cittadina, rimangano anche nel tempo a seguire i vocaboli tecnici ricorrenti nel lessico ateniese, a indicare appunto – in particolare nei processi “privati”, *dikai*, in cui la legittimazione attiva spetta all'offeso o al suo gruppo³⁸ – il “convenuto” e l’“attore”, ovvero l’“accusatore” e l’“accusato”, protagonisti di un processo designato di regola (e anche questo è rilevante) dal sostantivo *agôn*, alla lettera “agone”, “contesa”.

rimangono ad Atene, trasformate in divinità benevole (le “Eumenidi” del titolo, anche se poi nella tragedia l'appellativo che le definisce è *semmàì*, “venerande”: Eum. 1041): anch'essa, per il vero, meriterebbe un esame attento, se non altro perché contribuisce a dimostrare come, ancora una volta, il “nuovo corso” di *dike* non si presenti come cancellazione, ma semmai come prosecuzione dell'antico; sul punto vd. soprattutto ALLEN, *The World of Prometheus* cit., 22, e, da ultimo, E. STOLFI, *La giustizia*, cit., 102-113 (a cui si rimanda anche per la bibliografia precedente).

37. P. VIDAL-NAQUET, *Caccia e sacrificio nell'Orestea di Eschilo*, in J.-P. VERNANT - P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale estetico e psicologico*, Torino, 1976 [Paris, 1972], 121-144.

38. Vd. *supra*, n. 18.

Che il conflitto sia connaturato al processo, del resto, è evidente anche quando quest'ultimo venga indicato da termini altri rispetto ad *agòn*. In un passo del V libro della *Politica* Aristotele afferma che i processi (qui significati da *dikai*) sono tra le cause di *stàseis*, “dissidi” (Arist. *Pol.* 1306 a 35); e Platone, nel III libro delle *Leggi*, nell'accostare ancora una volta i processi (di nuovo individuati dal significante *dikai*) alle *stàseis*, specifica che essi sono «occasione di ogni espediente (*mechané*) con parole o atti per nuocersi e prevaricare a vicenda» (Plat. *Leg.* 679 d-e)³⁹.

Vi è di più: il “conflitto” insito nel processo, e inscritto in esso a livello lessicale, si estende anche all'atto del giudicare. Si è visto poco fa come, al termine della votazione nell'Areopago, i giudici risultino divisi. Di nuovo, si tratta di un fatto che, lungi dall'essere confinato alla finzione drammatica della tragedia eschilea, trova riscontro nella realtà processuale del tempo, e in una prospettiva ben più ampia rispetto ai soli giudizi per omicidio. Regola generale è che i giudici di Atene non esprimano il loro verdetto dopo essersi riuniti in camera di consiglio, né tantomeno che, nell'esprimerlo, offrano una mediazione o propongano una via terza rispetto a quella indicata dall'una e dall'altra parte nei loro discorsi; essi si limitano, invece, a deporre il loro voto in un'urna a favore di uno dei contendenti (anche se poi il loro giudizio deve essere conforme alle leggi e imparziale, non influenzato da sentimenti di odio o di favore)⁴⁰. L'attività giudicante è indicata da diversi verbi: *diagnòskein*, alla lettera “prendere posizione tra due pretese contraddittorie”; *diairèin*, “dividere”; *diakrinein*, “separare in due”; e soprattutto *dikàzein*, “decidere”, termine derivato da *dike* al pari di *dikastès*, “giudice”: ma non è di poco rilievo il fatto che Aristotele, questa volta nell'*Etica a Nicomaco*, con un calembour impossibile da

39. N. LORAUX, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, Vicenza, 2006 [Paris, 1997], 350.

40. Al contrario di quanto ritiene parte della dottrina, per la quale il processo ateniese altro non era se non una *agonistic performance*, i giudici – o almeno quelli che sedevano nei tribunali popolari, competenti a giudicare pressoché tutte le cause con l'eccezione di quelle di sangue (di competenza dell'Areopago e di altre corti specializzate) – erano vincolati da un giuramento (il cd. “giuramento elastico”) che imponeva loro di “giudicare secondo le leggi e i decreti” cittadini, e di esprimere un voto giusto e scevro da sentimenti di odio o di favore verso l'uno o l'altro contendente (Dem. *Timocr.* 149; Dem. *Theocr.* 36; Dem. *Eub.* 63. Sul criterio di giudizio dei giudici ateniesi, e sulle diverse posizioni dottrinali al riguardo, si rimanda, tra gli ultimi, a C. PELLOSO, *Nomos basileus e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C.*, in *Nomos Basileus. La regalità del diritto in Grecia antica* (a cura di C. Pelloso e P. Cobetto Ghiggia), Alessandria, 2017, IX-XXXVI; L. PEPE, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco. Osservazioni in margine alla funzione giurisdizionale dei tribunali ateniesi, tra gnome dikaiotate ed epieikeia*, in *Italian Review of Legal History*, 9 (2023), 357-383.

rendere – ma che è ben lungi dall’essere mero gioco verbale – assimili il *dikastès* al *dikhastés*, “colui che divide in due”, e il *dikaion*, “giusto”, al *dikhaion*, “diviso in due” (Arist. *EN* 1132 a 30-32); un gioco paretimologico che si ritrova, in forma meno esplicita, già in Senofonte, che nei *Memorabili* parla di *dikastài* che *dikha prephizòmenoι*, “votano dividendosi a metà” (Xen. *Mem.* 4.4.8)⁴¹. Nella decisione dei giudici – che pure, va ribadito, deve essere imparziale e rispettosa delle leggi – è insita, insomma, una parzialità strutturale, una presa di posizione che implica, proprio come avviene nel finale delle *Eumenidi*, uno spaccarsi in due. [Aggiungo una piccola postilla per segnalare che in diverse fonti lo strumento alternativo al processo, capace di sciogliere la divisione e il conflitto anziché crearli, è l’arbitrato: afferma per esempio Aristotele che l’arbitro è ovunque riconosciuto come la persona che riscuote più fiducia, in quanto è colui che, lungi dal dividere, “sta nel mezzo” (*ho mèsos*, Arist. *Pol.* 1297 a 7-8)].

In definitiva, nella realtà politica dell’Atene antica l’avvento del “diritto” – segnato dalla legge scritta e dall’istituzione del processo – non comporta l’obliterazione del conflitto. Se l’*Oresteia* mette in scena il percorso graduale e osmotico dalla “vendetta” alla “giustizia” – ma meglio sarebbe dire da una forma di *dike* a un’altra –, se la prima legge scritta ateniese a disciplina dell’omicidio (che in nessun modo dichiara illegittima della vendetta) rende protagonisti dell’iniziativa processuale gli stessi individui già titolati a far vendetta, e se lo stesso processo è visto, nella sua struttura, come agone destinato a concludersi con una decisione che è anche spaccatura, tutto questo non fa altro che mostrare che il “diritto” prende forma a partire e non a prescindere da ciò che esiste già, e che la dinamica tra conflitto e diritto, nell’esperienza giuridica ateniese, è complessa, viva, estremamente sfumata nei suoi contorni.

41. N. LORAUX, *La città divisa*, cit., 351-360.

Le Autrici e gli Autori

GRETA ACCATINO, Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni - Università di Torino.

MAURO BALESTRIERI, Professore associato di Diritto privato comparato - Università di Torino.

ROBERTO BENEDEUCE, Professore ordinario di Discipline demoetno-antropologiche - Università di Torino.

BEATRICE BESSONE, Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni - Università di Torino.

GIORGIA BOCCACCIO, Psicologa psicoterapeuta di formazione psicoanalitica.

LUIGINO BRUNI, Professore ordinario di Economia politica - LUMSA di Roma.

GIULIA CHINAGLIA, Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni - Università di Torino.

SERENA FABBOZZO, Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni - Università di Torino.

MARIA LAURA LANZILLO, Professoressa ordinaria di Storia delle dottrine politiche - Università di Bologna.

ILENIA MASSA PINTO, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale - Università di Torino.

LAURA PEPE, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità - Università di Milano.

STAMPATO IN ITALIA
nel mese di marzo 2024
da Rubbettino print
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)

Il volume raccoglie gli atti del seminario inaugurale del Dottorato in Diritti e Istituzioni dell'Università di Torino - XXXVIII ciclo - svoltosi il 13 gennaio 2023. Il tema individuato dal Collegio docenti - *Conflitto e Diritto* - è stato proposto nella consapevolezza che ogni ramo della scienza giuridica pretende di dare forma a fenomeni sociali conflittuali. Nelle società pluraliste contemporanee, in particolare, al diritto è assegnato il compito di indicare gli strumenti idonei a governare il conflitto, ritenuto di per sé non solo inevitabile (in quanto caratteristica permanente e ineliminabile della convivenza umana), ma anche - se opportunamente regolato - fecondo e capace di sviluppare progresso. È stata peraltro adottata una prospettiva interdisciplinare, nella convinzione che l'apporto delle altre scienze sia indispensabile alla comprensione dei fenomeni sociali conflittuali: l'economia, l'antropologia, la psicanalisi, la filosofia politica, ma anche la letteratura e il diritto antico hanno fornito spunti di riflessione per le ricerche dei/delle nostri/e dottorandi/e.

Ilenia Massa Pinto è Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università di Torino, dove coordina anche il Dottorato in Diritti e Istituzioni. Oltre a numerosi saggi, ha scritto *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011 e, con Mario Dogliani, *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

ISBN 978-88-7590-300-8



9 788875 903008

€ 18,00