

# I PARADOSSI DEL DIRITTO

SAGGI IN OMAGGIO  
A ELIGIO RESTA



a cura di

Stefano Anastasia, Patrizio Gonnella

17

Collana

L'Unità del Diritto



RomaTIE-Press  
2019

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

17

I PARADOSSI DEL DIRITTO.  
SAGGI IN OMAGGIO A ELIGIO RESTA

a cura di  
STEFANO ANASTASIA  
PATRIZIO GONNELLA



*Roma TrE-Press*

2019

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma *TrE-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Turchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* Roma *TrE-Press* ©

Roma, marzo 2019

ISBN: 978-88-32136-18-0

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguere in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi

scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice

STEFANO ANASTASIA, PATRIZIO GONNELLA, <i>Premessa</i>	7
---	---

### PRIMA PARTE IL DIRITTO FRATERO, IL DIRITTO VIVENTE

FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Lingua e Costituzione, fratello e sorella.</i>	11
LUIGI PANNARALE, <i>La fraternità dei diritti</i>	21
FABIANA MARION SPENGLER, SANDRA REGINA MARTINI, <i>Il terzo e la fraternità nella configurazione triadica del conflitto sociale</i>	27
LUIGI FERRAJOLI, <i>Diritto vivente e diritto vigente</i>	37

### SECONDA PARTE DIRITTO E SOCIETÀ. L'ASILO, L'ECCEDEZZA, LA SOGLIA, L'OLTRE, IL TRANS

MARIAVITTORIA CATANZARITI, <i>Il contrappunto. Note minime su diritto e società nel pensiero di Eligio Resta</i>	45
ENRICA RIGO, <i>Asilo, ospitalità e diritto al territorio</i>	55
GILDA DIOTALLEVI, <i>L'eccezzenza</i>	61
MICHELE SALOMONE, <i>Dilatare la soglia. Il fratello di Kafka e i suoi diritti</i>	73
GIUSEPPE GRISI, <i>Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi</i>	79

TERZA PARTE  
MEDIARE, NON PUNIRE. IL RUOLO DEL GIUDICE.  
IL TEMPO DEL PROCESSO

MARCO RUOTOLO, <i>Eligio Resta e il discorso sulla penalità. Brevi note sull'attualità del suo insegnamento</i>	135
ADOLFO CERETTI, <i>Omaggio a Eligio Resta. La mediazione reo/vittima a Milano nel biennio 2016-2017: la metodologia del Centro, l'analisi della casistica e la riduzione dei livelli di conflitto</i>	137
GABRIO FORTI, <i>Diversioni pensose dallo "sparo" della punitività (post)moderna</i>	165
MARCO BOUCHARD, <i>Dire la penultima parola</i>	177
STEFANO ANASTASIA, <i>I paradigmi dell'identità deviante</i>	187
DARIO IPPOLITO, <i>Leggere i classici (che leggono i classici): Michel Foucault e l'Illuminismo penale</i>	195
GIOVANNI SERGES, <i>Tempo, ragionevole durata, processo: qualche spunto a margine di una riflessione di Eligio Resta</i>	205

QUARTA PARTE  
LA PACE E LA GUERRA. LA VIOLENZA E LA NON VIOLENZA

GAETANO AZZARITI, <i>La guerra globale e la pace come politica</i>	213
FAVORITA BARRA, <i>"Le regole vogliono sacrifici"</i>	219
PATRIZIO GONNELLA, <i>La forza esemplare delle microstorie. Aldo Capitini ed Eligio Resta</i>	229
PATRIZIO GONNELLA, <i>Intervista ad Eligio Resta su violenza, nonviolenza e diritto</i>	235

Stefano Anastasia, Patrizio Gonnella

*Premessa*

La nostra frequentazione di Eligio Resta ha qualcosa di particolare. Abbiamo avuto la fortuna di esserne allievi in quei tempi lontani in cui insegnava all'Università di Bari, all'interno di un gruppo straordinario di studiosi che hanno formato alla ricerca, alla cittadinanza, alla comprensione della società decine e decine di giovani studenti. Entrambi ci siamo laureati in quell'Ateneo immersi nella complessità del suo pensiero, grazie al quale abbiamo iniziato a ragionare sui paradossi del diritto, sul rapporto tra diritto e violenza, sugli incroci tra diritto e arte e tra diritto e letteratura. È stato un rapporto che non si è mai interrotto, fino a riprendere – anni dopo – quando ha accettato di essere il nostro tutor nei corsi di dottorato di ricerca che abbiamo frequentato presso l'Università Roma Tre, quando ci ha insegnato l'amore per il cross-over, per il superamento dell'appartenenza disciplinare, per la libertà della ricerca scientifica.

Nel frattempo e con la stessa coerenza teorica lo abbiamo avuto al nostro fianco nel lavoro di elaborazione, decostruzione, osservazione del sistema della giustizia penale e del carcere che ci ha impegnato con l'associazione Antigone. Ci ha ammonito di fronte alle chimere dell'emergenzialismo pan-penalista e alla retorica del nemico applicata nel diritto penale. Allo stesso tempo le sue categorie interpretative del diritto e della società – avendo in sé un qualcosa che ispira ottimismo, che lascia al mondo una speranza – ci hanno aiutato a inventarci altre forme, non necessariamente giurisdizionali, di protezione dei diritti umani.

Eligio Resta ci ha insegnato, nei suoi libri, nei suoi tantissimi articoli, nelle sue lezioni, nei suoi seminari, nei suoi anni di lavoro al Consiglio Superiore della Magistratura che non è affidandosi fideisticamente al diritto che si costruisce una comunità fondata sull'uguaglianza. L'intuizione filosofica del diritto fraterno è proprio questa. Il suo pensiero filosofico-giuridico ed il suo garantismo costituiscono i pilastri di una visione ecologica e olistica della politica e della società. Una visione che ci riporta direttamente a Gregory Bateson e di cui oggi la contemporaneità è drammaticamente priva.

Il volume che segue è una raccolta di saggi in suo onore offerti da parte di giovani e meno giovani allievi, colleghi, amici. Ringraziamo tutte e tutti

per avere impegnato tempo e pensiero nella stesura dei loro contributi. Abbiamo deciso di realizzare un volume che contenesse scritti di allievi e colleghi di generazioni differenti proprio per valorizzare la capacità del suo pensiero di attraversare il tempo.

La scelta del titolo del volume merita poche parole di spiegazione. Abbiamo deciso di titolarlo “I paradossi del diritto” perché è secondo noi la parola “paradosso” a caratterizzare la straordinaria e ricca produzione scientifica e di pensiero di Eligio Resta. In un recente saggio pubblicato su *Costituzionalismo.it* (2016, Fascicolo 1), Resta scrive che «tutte le volte in cui la comunità fraterna arriva a misurarsi con la questione dell’universalismo, il tema della fraternità giunge alla soglia massima della sua esperibilità e dei suoi paradossi». È l’umanità che è responsabile di crimini contro l’umanità ed è la stessa comunità umana che ne chiede la persecuzione. Da queste contraddizioni non si può uscirne facilmente. Senza avere coscienza dei paradossi del diritto si fa male il lavoro di giurista, ma quanto quello di attivista dei diritti umani.

Ringraziamo il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre per avere creduto in questa pubblicazione, il prof. Marco Ruotolo per averne proposto al Consiglio di Dipartimento la pubblicazione con Roma TrE Press e il direttore prof. Giovanni Serges per l’entusiasmo con cui ci ha subito detto che gli pareva una gran bella idea.

E infine grazie ad Eligio Resta, ai suoi insegnamenti, alle tante chiacchierate nella sua stanza, alla sua delicata ironia, alla sua fraterna amicizia.

PRIMA PARTE  
IL DIRITTO FRATERO, IL DIRITTO VIVENTE



Francesco Saverio Nisio\*

*Lingua e Costituzione, fratello e sorella.*  
*Considerazioni sul libro di Eligio Resta, Il diritto fraterno*<sup>1</sup>

È davvero un segno di “pratica cosmopolitica” quel che avviene, oggi, qui: parlare, a così tanti chilometri di distanza dalla propria nazione, della lettura del costituzionalismo contemporaneo fatta da uno studioso amico e stimato, il professor Eligio Resta, in un libro recentemente tradotto in Brasile e in lingua portoghese, *Il diritto fraterno*.

Ringrazio gli organizzatori del convegno per l’invito che mi è stato rivolto, un’occasione per contribuire al confronto intellettuale e all’incontro fra due culture lontane ma al contempo vicine, l’europea e la brasiliana. Lontane geograficamente, però vicine, molto vicine, per un intreccio complesso di lingue, di storia, di rapporti di potere e – possiamo aggiungere – anche di rapporti di sapere e di scambio culturale. Ripeto: parlare qui del *Diritto fraterno* è un gesto concreto di cosmopolitismo, un segno di «amicizia» “reciproca” «per l’umanità» che merita essere salutato. Segno, dunque, di una mondializzazione della cultura, anzi “delle culture”, che è il vero, profondo fenomeno nuovo al quale assistiamo in quest’epoca di trasformazione economica, tecnologica, comunicativa.

1. *Dalla fratria verso gli αδελφοί*

Il titolo del mio intervento accomuna due delle molteplici dimensioni del legame sociale, il campo linguistico e quello giuridico, in un unico sguardo abitato dalla differenza: fratello e sorella. Ci tengo a sottolineare – e tornerò sul punto – la pluralità costitutiva dell’esperienza dell’appartenenza,

---

\* Insegna Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Foggia.

<sup>1</sup> Le pagine che seguono furono lette in versione portoghese (*Lingua e Constituição, irmão e irmã*) in apertura del I Seminário internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, durante la 1° conferência (tema: *Direito fraterno e constitucionalismo*) svoltasi il 26 agosto 2004 presso la Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) di Rio Grande do Sul (Brasile). Tutte le citazioni sono tratte dall’edizione italiana, se non diversamente segnalato.

l'esser cioè maschio e femmina di quanti si riconoscono «fratelli». Appunto, «fratelli» e «sorelle».

In effetti, nelle lingue italiana e brasiliana la fratellanza è espressa da un unico termine, «fratello», che ha origine dal latino *frater* e dal greco *φράτηρ*, dove indica il membro della medesima *φρατρία/fratría*, il sodalizio di famiglie che ritenevano di avere un capostipite comune.

Benveniste ne parla in termini di una «parentela mistica», «non necessariamente consanguinea» [Benveniste, p. 164], una parentela che serviva a sottolineare la discendenza da un padre comune e non, appunto, anche – e forse soprattutto – da una madre.

I greci però vollero introdurre un altro termine per esprimere il fatto della parentela, *αδελφός*, che deriva da un *α* (congiuntivo) + *δελφός*, «utero, vulva», e sta a significare appunto «colui che è nato dalla stessa matrice», il fratello che discende «da una madre» dalla quale discende anche «una sorella». Il plurale, *αδελφοί*, vale infatti per «fratelli e sorelle».

Nelle lingue moderne italiana e brasiliana non si hanno più sopravvivenze quotidiane, consuetudinarie, di un tale plurale, o comunque di un termine che evochi con chiarezza la differenza dei sessi nella parentela, sicché è quasi obbligatorio far ricorso al sostantivo maschile, «fratello», e all'aggettivo corrispondente, «fraterno», anche quando si vuole indicare lo spazio di convivenza giuridica «tra soggetti concreti, con le loro storie “e le loro differenze”», come dice Resta [p. XI, sottolineatura mia].

Eppure, quel che deve restare ben chiaro al nostro sguardo è appunto tale costitutiva – in «costitutiva» risuona «Costituzione» – polarità maschile/femminile nella problematica così centrale della discussione odierna. Si potrebbe anche dire, richiamando in gioco culture altrettanto significative rispetto a quella che ci ha generato – culture peraltro cui lo stesso Resta presta attenzione, come si vedrà in seguito –, dell'importanza di una polarità *yin/yang* per la costituzione del legame sociale.

Ma adesso, e aldilà di problemi di filologia linguistica per niente secondari, va sottolineato come anche sotto il profilo della genesi dell'ordine simbolico, l'ordine cioè delle parole, del linguaggio, tale polarità mostri grande rilievo.

Se «le parole, si sa, sono importanti» [p. 49], e se addirittura si può dire del giudice che è un «*maître du langage*» e «gode del singolare potere di governare il linguaggio» [p. 62, citando Blanchot], ebbene non va dimenticato quanto quell'intero gioco simbolico – il gioco appunto della lingua – dipenda, nella propria genesi (qui non è ancora questione di governo) da quella che uno psicanalista, Donald W. Winnicott, ha definito «la prima poppata teorica» [Muraro, p. 39].

«Noi impariamo a parlare dalla madre e questa affermazione definisce chi è la madre/che cos'è il linguaggio» [Muraro, p. 46], dice la filosofa italiana della differenza Luisa Muraro.

«Io penso – insiste – che la facoltà del linguaggio, che chiamo: saper parlare, sia il frutto di uno scambio, quello con la madre, che nel prodotto, la lingua, confluisce con lo scambio sociale, ma se ne distingue strutturalmente per la caratteristica della disparità» [Muraro, p. 50].

Non solo nell'ordine della parentela vi è una plurale differenza al lavoro, essa è presente anche nell'ordine del linguaggio e dello scambio simbolico. Può tutto questo restare estraneo allo spazio del diritto e della Costituzione?

## 2. *Diritto e lingua*

Nel libro di Resta è centrale il rapporto tra diritto e linguaggio. Lo si è già sottolineato, «le parole, si sa, sono importanti»: come un ritmo lento – lento, sulla pagina scritta –, l'impersonale «si sa» torna spesso sotto la penna dell'autore del *Diritto fraterno*. È lo spazio del *Man* heideggeriano, il luogo della nostra gettatezza, un luogo nel quale «si sa» quanto combattuta e proficua sia stata la lotta del pensatore tedesco, la lotta con le parole.

Addirittura è la cifra stessa, il condensato dell'intero libro, l'intera proposta teorica che Resta offre, a stare e cadere dentro il medesimo spazio impersonale, linguistico ed esistenziale ad un tempo:

«[per ciò che concerne la lettura del diritto in termini di fraternità], *si parla* di una proposta debole, infondata, che scommette senza imporre, che rischia ogni delusione, ma che val la pena di coltivare: vive di attese cognitive e non di arroganze normative» [p. X, la sottolineatura è mia].

“Si parla”, il *Man*, gli *αδελφοί* vivono solo nella lingua.

Va allora evidenziato a chiare lettere come ciò che importa all'autore del *Diritto fraterno* è di far i conti con quei pensatori che hanno messo al centro del proprio lavoro intellettuale la questione della parola, il problema del linguaggio. Adesso indico Benveniste e nuovamente Blanchot, e altri ne emergeranno in seguito.

Basta scorrere le pagine del libro per imbattersi in Benveniste ad ogni piè sospinto, sia nella forma esplicita del rimando all'autore del grande *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, sia nel più sotterraneo e martellante insistere sullo scavo semantico all'interno di parole usuali, parole

consuete, «parole che usiamo» [p. 5].

A Blanchot invece, maestro di non poche generazioni novecentesche di letterati, filosofi e scienziati sociali, europei e non, è offerta l'apertura del volume, addirittura l'ispirazione nell'individuazione del tema fondamentale del libro, «lo sguardo paradossale sull'amicizia», il suo «codice», il suo «gioco imponderabile» [p. 17].

Pensatori della parola, Benveniste e Blanchot: pensatori che hanno fatto della parola lo spazio del proprio pensiero, del proprio lavoro, della propria scommessa esistenziale.

Vi è dunque una fascinazione, nel libro, nei confronti di questo lato *yin* dell'esistenza "giuridica", cosa che va maggiormente sottolineata quando si percepisce che è un "giurista" colui che sta "scrivendo", dunque qualcuno che ben conosce tutta la durezza *yang* dell'ordine del diritto, del governo approntato dal *φάρμακον*, giovinevole e malefico ad un tempo (Derrida), di una violenza che pone e che poi anche custodisce il diritto (Benjamin). Il *φάρμακον* del potere, delle maggioranze, delle forme di Stato [Resta 2004, 150].

È infatti questo l'invito che arriva dall'autore, l'invito a ribadire un patto costituzionale, un codice, una regola – dunque un linguaggio – per «con-venire» sulla bontà dello «scommettere sulla differenza» fra il codice della fraternità e dell'amicizia e il suo omologo – e contrario – codice dell'inimicizia e della violenza, due *αδελφοί* in eterna lotta, polarità *yin* e *yang* in incessante bilanciamento. Ed è l'ombra «del» giurista ad aleggiare, "il" Giurista con la G maiuscola, Carl Schmitt, il teorico del *Nomos der Erde*, «la legge della terra come legge della guerra» [p. 31].

Che diritto e linguaggio siano stretti in un abbraccio fondamentale – un'insolita forma di amicizia, meglio: di "sororità" –, ce lo ricordano i grandi pensatori del diritto, non solo i linguisti: Savigny, Santi Romano, Hayek, Carbonnier, Grossi. Ma anche pensatori che tale intreccio hanno praticato nell'analisi della forma politica costituzionale dei nostri Stati moderni, dei quali c'è grande traccia nel volume di Resta, Weber e Kelsen su tutti.

Eppure anche qui, nella pagina di Resta si sente l'influsso non solo dei tecnici del diritto e dello Stato, bensì pure di un grande letterato e pensatore del Novecento, che ha fatto della "coscienza delle parole" il centro della propria attività "filosofico-politica".

«Il sistema bipartitico del parlamento moderno si avvale della struttura psicologica di eserciti in battaglia, [...] eppure [...] essi combattono rinunciando ad uccidere. [...] La votazione rimane determinante come il momento in cui davvero ci si misura. [...] Il

conteggio dei voti segna la fine della battaglia. Si deve riconoscere che 360 uomini hanno vinto su 240. La massa dei morti resta interamente fuori del gioco. All'interno del parlamento non ci possono essere morti. [...] La solennità [della procedura parlamentare] deriva dalla rinuncia alla morte come strumento di decisione. Con ogni singola scheda la morte è per così dire spazzata via. Ma chi gioca con quei numeri, chi li confonde, li falsifica, lascia nuovamente spazio alla morte e non se ne accorge. Entusiastici amanti della guerra, che si beffano volentieri della scheda elettorale, manifestano così solo le loro intenzioni sanguinose. Schede elettorali e trattati sono per loro unicamente miseri pezzi di carta» [Canetti 1960, 224-27].

Canetti ha rappresentato, nel testo appena letto, la vita del luogo elettivo per eccellenza del “linguaggio politico”, il *Parlamento*, lo spazio in cui «si parla» politicamente. Il luogo in cui si vota e si ratificano trattati, il luogo della ricerca della pace politica. È la casa della cultura politica, la casa nella quale, come dice Resta, «si “inganna” la morte sostituendo alle armi le parole» e il voto [p. 47]. Una casa fondata sul giuramento comune, convenzionale, di un contratto, parole scambiate che stabiliscono la condivisa “rinuncia ad uccidere”, la rinuncia all'utilizzo della morte quale minaccia, una moneta buona solo ad accumulare potere.

### 3. *La cultura dell'amico dell'umanità*

Non sono solo la “non-violenza”, con esplicito richiamo a Gandhi [p. 46], e la rinuncia alla morte inflitta, ad articolare il vocabolario di questo «amico dell'umanità». Si vedrà subito quale ricchezza di vocaboli e di concetti costituisca la cultura qui offerta in fraterna condivisione. Va notato però, come proprio parlando di questa figura dell'ordine morale Resta citi per la seconda volta esplicitamente il Mahatma.

«Amico dell'umanità è dunque l'individuo morale e razionale che consapevolmente conosce i rischi ma gandhianamente scommette sull'esistenza di un bene comune che è il bene dell'umanità in se stesso. Paradossalmente, amico dell'umanità è chi condivide il senso dell'umanità e se ne sente parte facendosi carico anche dell'esistenza del nemico; non lo demonizza né lo pone fuori, in un “altro” mondo, ma ne assume interamente il problema. La rivalità è dunque con se stessi, dentro la stessa umanità: così l'amico dell'umanità non è il semplice contrario del nemico, ma è qualcosa di diverso, e grazie alla sua diversità, capace di superare il carattere paranoico dell'opposizione» [p. 27].

Dato che l'autore aggiunge immediatamente, quasi a farci vigili che non siamo mai usciti dall'intreccio di diritto e linguaggio, che «il nodo [concernente la figura dell'amico dell'umanità] è ovviamente teorico e ricompare nelle maglie del linguaggio comune, quanto più disimpegnato esso possa essere» [p. 28]; è allora possibile domandarsi quali siano anche le altre parole di questo discorso che scommette sulla propria differenza dal discorso di chi gioca con i numeri e lascia spazio alla morte.

In un luogo [Resta 2004, p. 148-51], Resta elenca le «strutture fondamentali del diritto fraterno» in veloce successione: convenzionalità, *com-munitas*, diritti umani (svuotati dalla metafisica), cosmopolitismo, non-violenza e mediazione, esser-contro-i-poteri, inclusività, scommessa e differenza. Su ognuno di questi nodi teorici si vorrebbe dir qualcosa, ma qui bisogna limitarsi a sottolineare solo qualche aspetto della “cultura del mediatore”, le sue parole, la sua pratica non-violenta del linguaggio.

Il tema non ha solo un profilo microsociologico di applicazione ad un ambito d'intervento conflittuale fra privati: certo, questo è un suo campo di elezione, ed infatti Resta dedica a «giudicare, conciliare, mediare» un lungo capitolo [p. 62-94], nel quale viene analizzato il rapporto tra democrazia e giurisdizione, il sistema della giurisdizione, i meccanismi alternativi, la *restorative justice*, la giustizia «di prossimità», il «giudizio conciliativo» e la pratica della mediazione.

Ma anche qui, dice l'autore, «c'è bisogno di tornare ad una maggior pulizia linguistica» [p. 84], quasi che la pratica cinese del “raddrizzamento dei nomi” contagi per intero un capitolo del libro nel quale – come già detto – è esplicito il richiamo a «culture religiose di tipo conciliativo come il confucianesimo» [p. 80]. «Ad andare dal giudice si perde la faccia», pare predicasse Confucio.

Per questo motivo, è necessario evitare non tanto il conflitto, quanto il *différend*, il dissidio lyotardiano, perché

«il dissidio non ha terreno comune e divide soltanto; non interrompe alcuna comunicazione, per il semplice fatto che la comunicazione non c'è. Questo accade non quando due culture entrano, non a caso, in contatto e, comunque sia, scelgono forme e modalità persino in conflitto; ma quando due ordini linguistici incommensurabili si escludono» [p. 75].

Lingua: il problema è noto,

«il dissidio [...] è il punto estremo al di là del quale non si può pensare la regola comune. Il dissidio, da un certo punto di vista, è impensabile perché non ha parole traducibili per manifestarsi: è,

non a caso, “incomprensibile”. Quando trova le parole è già sulla via delle metamorfosi» [p. 76].

Emerge del nuovo da sottolineare, ed è il tema, appunto, della cultura. È stato Robertson a riprendere il tema all’altezza dell’analisi dei processi di mondializzazione in corso parlando di “cultura globale”, cioè di una componente importante, se non decisiva, di un processo che non va letto solo in termini di trasporti, comunicazioni, finanza e mercati, bensì soprattutto sotto il profilo della necessità di capire il mondo “come insieme”, un insieme strutturato dai quattro componenti del campo globale – individui, società nazionali, sistema mondiale delle società, genere umano – e dal loro (dal nostro!) “sincretismo” culturale, cioè «dalla pressione che spinge società, civiltà e rappresentanti di tradizioni a setacciare la scena globale-culturale in cerca di idee e simboli rilevanti per la propria identità».

Un tema poi ripreso da Doyle McCarthy ma soprattutto da Galtung, lo «scenziato della pace» che ha impostato un campo d’analisi ribattezzato «scienze» né solo sociali, né solo umane, bensì «mondiali». Appunto scienza, e cioè cultura, «mondiale».

A proprio agio in questo contesto scientifico, Resta sa bene allora che «si litiga per cultura» [p. 79], proprio perché esiste, quando esiste, una «cultura della legalità» [p. 70] che non fa trascendere il conflitto in dissidio. Motivo per cui «è bene che il mediatore condivida culture comuni dei configgenti e sia dentro il conflitto, perdendo ogni imparzialità» [p. 91], e ciò in «forza» della capacità performativa, autoregolativa, come direbbe Hayek,

«che la mediazione esalta in maniera netta, [sicché] non è un caso che ritroviamo forme mediative nel campo delle relazioni internazionali, dove manca un’esperienza di formalizzazione del terzo e di monopolizzazione della forza sulla base di un ordinamento giuridico comune» [*ibid.*].

L’esigenza di un linguaggio trasparente, pulito: anche questa è «cultura della legalità», parte essenziale del compito non trascurabile di cui un giurista fraterno deve farsi carico, nello sforzo di descrivere la *τάξις*, l’ordine della cultura, lo spazio dell’amicizia possibile.

#### 4. *Conclusion*

Fratello e sorella, si diceva, del diritto e della lingua: la bella meditazione di Resta, la sua mediazione, il suo esercizio di traduzione, lo star nel mezzo delle

lingue (italiano, brasiliano) e dei linguaggi (diritto, politica, filosofia, letteratura), è una conferma di quanto poco la teoria possa restare tale se davvero ha da comunicarsi ad un lettore comune, alle istituzioni (ricordo l'impegno di Resta nel Consiglio Superiore della Magistratura in Italia) e ancora agli studenti e ai colleghi che, scommettendo sulla differenza – culturale, geografica, disciplinare – hanno ascoltato con disponibilità la voce di un «fratello», giurista di formazione, che prova anche ad essere, non meno, «sorella».

### Riferimenti bibliografici

A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2 : Gouvernants sans frontières*, Lgdj, Paris, 2003.

E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I : économie, parenté, société*, Minuit, Paris 1969 ; trad. italiana *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. I. Economia, parentela, società*, Einaudi, Torino, 1976.

M. BLANCHOT, *Pour l'amitié*, Fourbis, Paris, 1996.

E. CANETTI, *Massa e potere* [Masse und Macht, 1960] Adelphi, Milano 1981; trad. brasiliana *Massa e Poder*, Companhia das Letras, S. Paulo 1995

E. CANETTI, *La provincia dell'uomo* [Die Provinz des Menschen, 1973], Adelphi, Milano, 1978.

E. CANETTI, *Lingua e speranza* [Sprache und Hoffnung, 1975], in appendice a F.S. NISIO *Comunità dello sguardo*, cit.

J. DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, Galilée, Paris 1994; trad. italiana *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano, 1995.

E. DOYLE MCCARTHY, *Knowledge as culture*, Routledge, London 1996; trad. italiana *La conoscenza come cultura*, Meltemi, Roma 2004

J. GALTUNG, *Peace by Peaceful Means*, Sage, London 1996; trad. italiana *Pace con mezzi pacifici*, Esperia, Milano, 2000.

P.P. GIGLIOLI, P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2, 2004.

L. MURARO, *L'ordine simbolico della madre*, Editori Riuniti, Roma 1991

F. S. NISIO, *La massa del diritto*, Ets, Pisa, 1994.

F. S. NISIO, *Comunità dello sguardo*, Giappichelli, Torino, 2001.

E. RESTA, *El derecho fraterno*, in *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 1994.

E. RESTA, *Il diritto fraterno*, in E. RESTA, *Poteri e diritti*, Giappichelli, Torino, 1996.

E. RESTA, *La comunidad inconfesable y el derecho fraterno*, in *Identidades comunitaria y democracia*, a cura di H. S. GORSKI, Trotta, Madrid, 2000.

E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2002; trad. brasiliana *O Direito Fraterno*. Tradução de S.R. MARTINI VIAL, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2004.

E. RESTA, *Per un diritto fraterno*, in AA. VV., *Globalizzazione e diritti futuri*, Manifestolibri, Roma, 2004.

R. ROBERTSON, *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale* [Globalization – Social Theory and Global Culture, 1992], Asterios, Trieste, 1999.

#### Bibliografia ulteriore di lingua portoghese (2018)

F. AQUINO, S.R. PELLEZ, M. BACEGA DE BASTIANI, A. CRISTINA, *Fraternidade como Alternativa à Seletividade do Direito Penal*, in *Sequência* (Florianópolis), 76, May/Aug. 2017.

P.F. DA CUNHA, *Direito Fraterno Humanista*, Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2017.

M. STURZA, J.-MARTINI VIAL, S. REGINA, *As dimensões da sociedade através da metateoria do direito fraterno: um espaço para a análise do direito à saúde*, *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, 2, Jul/Dez. 2016.

M.A. MARRAFON, *O futuro do Direito como Direito fraterno*, in *Consultor Jurídico*, 29 de dezembro de 2014.

F.M. SPENGLER, *O direito fraterno como alternativa à jurisdição na resolução de conflitos sociais*, 2011, in <<https://www.diritto.it/>> (ultimo accesso: 18/01/2019)

M.I. MARTINS MAIA, *Direito Fraterno: em busca de um novo paradigma jurídico*, In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 129, 2014.

M. VIAL, S. REGINA, *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*, in *RIPE-Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 46, jul./dez. 2006.

M. VIAL, S. REGINA, *Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento*, in *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, 53, dez. 2017.



Luigi Pannarale\*

*La fraternità dei diritti*

1. *I diritti umani e il problema dell'inclusione*

Fra le tante definizioni relative ai diritti umani, in queste riflessioni utilizzo quella che li pone nella più ampia categoria dei diritti fondamentali, i quali, a loro volta, sono una specie dei diritti soggettivi. Essi possono essere, perciò, intesi come quei diritti primari o sostanziali delle persone spettanti indistintamente a tutti gli esseri umani.

In tal senso la categoria dei diritti umani può essere considerata – o, almeno, è stata a lungo considerata – la più inclusiva fra le varie categorie di diritti, finché in tempi più recenti non si è fatta strada l'idea di allargare ulteriormente la titolarità dei diritti, anche oltre la specie umana, agli animali, alle piante, alle future generazioni, all'ambiente.

Essa, inoltre, acquista un'importanza particolare in un'epoca in cui assistiamo a massicci fenomeni migratori, che rendono molto più rilevante che non in passato l'inclusione di un determinato diritto tra quelli universalmente riconosciuti a tutti gli uomini, persino agli stranieri che si trovino in un determinato territorio in violazione delle norme che regolano l'ingresso in quel paese e, perciò, possano essere qualificati come “irregolari” o “clandestini”. Tale inclusione non è, tuttavia, la conseguenza di caratteristiche ontologiche di quei diritti, ma è la conseguenza di scelte politiche, etiche e culturali; perciò può ben avvenire che un diritto, qualificato precedentemente come diritto di cittadinanza, sia successivamente annoverato tra i diritti umani, o (ma finora non è ancora mai avvenuto, ancorché il dibattito politico più recente non consenta purtroppo di escludere quest'ipotesi anche per l'avvenire) viceversa.

Sta di fatto che, nel corso del XX secolo, abbiamo assistito sia a livello dei singoli Stati, sia a livello planetario ad una progressiva estensione dei diritti qualificati come diritti umani. La loro funzione è stata generalmente individuata nella necessità di limitare il potere politico, enfatizzando l'aspetto del conflitto tra governanti e governati e della necessità di una regolazione del potere. «I diritti nascono “contro” i poteri e i poteri si

---

\* Insegna Sociologia del diritto, Università di Bari, avvocato.

annidano spesso nel chiuso della sovranità nazionale»<sup>1</sup>. Tuttavia, ora che il potere politico risulta indebolito e la sovranità statale appare destinata ad un lento ma inesorabile declino, l'attuazione dei diritti umani non ne sta traendo particolari vantaggi e, anzi, è fatta oggetto di minacce ancora più gravi. Se il carattere dell'inclusività costituisce l'aspetto più precipuo dei diritti umani rispetto alle altre tipologie di diritti soggettivi, cionondimeno essi – come si è accennato – sono pur sempre parte di questa più vasta categoria, della quale condividono caratteristiche e funzione. D'altronde proprio la loro presenza nel novero dei diritti soggettivi aveva reso ancora più ovvio e perfino seducente, ma a volte fuorviante, interpretarne il senso, facendo riferimento al soggetto<sup>2</sup>.

Caratteristica essenziale dei diritti umani, come di tutti i diritti soggettivi, è l'assenza del requisito della sinallagmaticità; pertanto, non può essere considerata una valida giustificazione alle violazioni di questi diritti il loro mancato rispetto da parte di altri, poiché una tale giustificazione comporterebbe una drastica regressione e una perdita di *chance* nelle nostre relazioni sociali. Ogni violazione dei diritti comporterebbe il rischio di una catena ininterrotta di violazioni e la necessità di una rinegoziazione infinita, che sfuggirebbe ad ogni possibilità di regolamentazione e di controllo.

## 2. *La fraternità come fondamento*

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, può essere a giusta ragione considerata l'atto fondativo dei diritti umani a livello internazionale. Si potrebbe obiettare che molti dei diritti elencati nella Dichiarazione avevano già alle loro spalle una lunga storia ed erano stati ricompresi in documenti precedenti, ma fino alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo il riconoscimento di quei diritti aveva sempre riguardato singoli Stati e i loro cittadini o, nella migliore delle ipotesi, tutti coloro che si trovassero sul territorio di un determinato Stato. Solo la Dichiarazione del 1948 offre finalmente una disciplina sistematica dei diritti umani e, soprattutto, conferisce a quei diritti il carattere dell'universalità, nel duplice senso che non solo auspica un loro riconoscimento generalizzato da parte di tutti gli Stati, ma formalizza anche l'impegno dei suoi sottoscrittori a riconoscerli a qualsiasi essere umano e in qualsiasi angolo della terra. Pertanto, per il riconoscimento dei diritti

---

<sup>1</sup> E. Resta, *Poteri e diritti*, Torino, 1996, p. 23.

<sup>2</sup> N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, pp. 99-138.

ricompresi nella Dichiarazione, «nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene» (art. 2 della Dichiarazione).

La fratellanza tra i popoli e la pace sono individuate come condizioni imprescindibili per il riconoscimento di tali diritti, considerato che la pari dignità di tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo e «che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie, che offendono la coscienza dell'umanità» (Preambolo della Dichiarazione).

Gli Stati firmatari della Dichiarazione non solo s'impegnarono a dare piena effettività ai diritti in essa elencati e a riconoscerli a qualsiasi essere umano si trovasse all'interno dei propri confini nazionali, ma si impegnarono altresì a garantire che in nessuna parte del pianeta e per nessuna ragione potesse esserci anche un solo essere umano, a cui venisse negato il godimento di quei diritti.

Un impegno non facile, soprattutto perché – come è noto – ben presto molti fra gli Stati firmatari sembrarono dimenticare la pur recente tragedia del secondo conflitto mondiale e trovarono un difficile, ma duraturo equilibrio nella contrapposizione tra due grandi blocchi politico-economici: quello liberal-capitalistico guidato dagli Stati Uniti d'America e quello socialista guidato dall'Unione Sovietica. Alcuni la definirono una “pace armata”, durata fino al dissolvimento dell'Unione Sovietica ed al crollo del muro di Berlino.

Ricorrendo ad una semplificazione, si può dire che i due blocchi seguirono vie antagonistiche anche nell'attuazione dei diritti umani: i Paesi occidentali privilegiarono i diritti di libertà e in alcuni casi sacrificarono il principio di uguaglianza in nome della libertà<sup>3</sup>; i Paesi socialisti, invece, ritennero di invocare il principio di uguaglianza come principio guida anche nella legittimazione di possibili limitazioni delle libertà individuali. Entrambi, invece, sembrarono molto meno preoccupati di dare una specifica attuazione al terzo grande valore-simbolo della Rivoluzione illuminista, quello della fraternità, nonostante esso sia richiamato anche nella Dichiarazione del 1948, così che esso finì per rimanere la grande promessa mancata, capace di incrinare la piena possibilità di attuazione anche dei diritti di libertà e del principio di uguaglianza<sup>4</sup>.

Si pensi che il “principio di fraternità” è stato riconosciuto per la prima volta dalla Corte costituzionale francese, solo nel luglio 2018, come uno

<sup>3</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018.

<sup>4</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005.

dei fondamenti del diritto transalpino: in base a tale principio la Corte ha ritenuto che un aiuto disinteressato alla “permanenza irregolare” sul suolo francese di un migrante non può essere perseguito in alcun modo. Il principio di fraternità ha, infatti, forza giuridica e si esplica “nella libertà di aiutare il prossimo, con uno scopo umanitario, senza tener conto della regolarità del suo soggiorno sul territorio nazionale”. Ne deriva la illegittimità del c.d. “reato di solidarietà”, previsto dalle norme che regolano l’ingresso e il soggiorno degli stranieri e il diritto d’asilo, le quali prevedono una pena fino a cinque anni di carcere e un’ammenda fino a 30mila euro per chi aiuta «direttamente o indirettamente uno straniero a entrare, circolare o soggiornare irregolarmente in Francia». Per consentire al legislatore di porre rimedio all’incostituzionalità accertata, la Corte ha rinviato al primo dicembre 2018 la data di abrogazione delle disposizioni contestate.

Forse anche per la sostanziale inattuazione del principio di fraternità la tensione tra libertà ed uguaglianza è rimasto un problema irrisolto<sup>5</sup>, e diviene sempre più difficile comprendere perché i diritti di libertà e il principio di uguaglianza debbano sforzarsi di essere inclusivi.

In ogni caso, durante tutto il corso del XX secolo si assiste ad una vera e propria proliferazione di trattati, convenzioni, dichiarazioni, carte internazionali, nei quali venivano ribaditi, specificati, ampliati i diritti contenuti nella Dichiarazione del 1948, che si rivelò un fattore di stimolo per lo sviluppo ulteriore dei diritti umani.

Quel lungo elenco risulta ulteriormente arricchito dalle norme internazionali consuetudinarie, che impongono a tutti gli Stati, a prescindere da un loro atto di volontaria accettazione, il rispetto di un nucleo irrinunciabile di diritti umani. Esse implicano il divieto delle *gross violations*, cioè le violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani fondamentali, quali il genocidio, l’*apartheid*, la schiavitù, la tortura e i trattamenti disumani; ma dalla prassi internazionale risulta, almeno finora, una tendenza ad ampliare sempre più la categoria delle *gross violations of human rights* e, quindi, il numero delle norme consuetudinarie.

### 3. La regressione dei diritti

Le narrazioni sui diritti del XX secolo ci avevano fatto credere che vi fosse una tendenza pressoché illimitata alla crescita sia delle tipologie dei diritti sia dei soggetti che potevano esserne titolari. Non solo, nel corso

---

<sup>5</sup>D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, p. 61.

del secolo, il numero dei diritti era considerevolmente aumentato, ma – come si è accennato – abbiamo assistito ad una costante preoccupazione per l’inclusione di sempre nuovi soggetti nella loro titolarità. Ai diritti di libertà si sono affiancati i diritti politici e quelli sociali; ai cittadini sono stati sostituiti gli uomini, poi si sono aggiunti gli animali, la natura, le future generazioni, i feti, gli embrioni, in una rincorsa che cercava di ricomprendere dentro ciò che sembrava rimaner fuori e ogni volta bisognava ricominciare, perché inevitabilmente ogni inclusione, per quanto universalistica potesse essere, comportava pur sempre qualche esclusione. Il problema non è mai stato il riconoscimento, se mai è stata la successiva attuazione dei diritti riconosciuti, ovvero la loro giustiziabilità<sup>6</sup>.

Questa narrazione si è inevitabilmente interrotta con l’inizio del XXI secolo, nonostante che la lista si sia ancora allungata con la Convenzione relativa ai diritti dei disabili del 2006 e con la Dichiarazione del 13 settembre 2007 sui diritti delle popolazioni indigene. Si è incominciato dapprima ad obiettare che la lista dei diritti non può essere prolungata all’infinito, che il concepimento di nuovi diritti rischia di creare contraddizioni e conflitti con quelli già esistenti, che occorre stabilire delle gerarchie per poter scegliere di volta in volta tra diritti diversi e che, comunque, la retorica dei diritti ha finito per sacrificare prospettive diverse e la necessità di coniugare i diritti con i doveri. Inoltre si è incominciato ad evidenziare come i diritti, tutti i diritti (non solo quelli sociali, quali il diritto all’istruzione, alla salute, all’abitazione, ma anche quelli di libertà) hanno un costo in termini economici, ragione per cui occorre individuare dei criteri che consentano una ragionevole selezione nel loro riconoscimento e nella loro titolarità e occorre essere consapevoli che il riconoscimento di alcuni diritti in capo a certi soggetti comporta inevitabilmente il sacrificio di altri diritti in capo ad altri soggetti. Insomma non solo si rimette in discussione l’uguaglianza, ma soprattutto si nega del tutto il principio di fraternità, ovvero lo si circoscrive in un ambito sempre più ristretto che dà nuovo slancio a quegli Stati-nazione, che sembravano ormai in lento, ma inarrestabile declino e si invocano artificiose contrapposizioni, che impediscono ormai la possibilità di pensare diritti che siano inclusivi dell’intera specie umana.

È una storia troppo recente, perché debba essere descritta analiticamente. Si enfatizzano le differenze, per impedire la fraternità (o la solidarietà). Fino a che punto si può tutelare il diritto alla salute, se ne risulta compromesso il diritto al lavoro e all’occupazione? È giusto ostinarsi a difendere i limiti

<sup>6</sup> L. PANNARALE, *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Milano, 2001, pp. 11 ss.

di età pensionabile e l'ammontare delle pensioni, quando si sa per certo che i giovani di oggi non potranno mai fruirne e che quelle risorse potrebbero essere utilizzate per facilitare il loro ingresso nel mondo del lavoro? È giusto mantenere norme particolarmente garantiste per i già occupati, se la loro permanenza comporta il rischio di un incremento della disoccupazione, del trasferimento delle imprese all'estero, di forme di lavoro nero e sotto-remunerato per le fasce più deboli? È giusto offrire alloggio ed assistenza ai rom e agli immigrati, quando il nostro Stato sociale dimostra crescenti difficoltà a salvaguardare i diritti dei già cittadini?

La lista potrebbe continuare ancora per molto. Ma l'importante è sottolineare che le contrapposizioni riguardano sempre i soggetti deboli della catena sociale e non contrappongono mai fasce marginali a classi privilegiate, anzi il divario tra ricchi e poveri si accresce continuamente senza che stimoli interventi di tipo redistributivo. In tal modo si è fatta strada e si è legittimata l'idea che quella corsa al riconoscimento di nuovi diritti e di nuove soggettività deve inevitabilmente arrestarsi, che occorre compiere scelte dolorose, ma coraggiose. Anche nella comunicazione pubblica la soglia dell'indicibile si è drasticamente spostata e si spaccia come coraggio delle proprie idee quello che fino a qualche tempo addietro non avremmo esitato a definire razzismo, fascismo, violenza<sup>7</sup>. Anche la innovativa sentenza della Corte Costituzionale francese, alla quale si è fatto cenno nel paragrafo precedente, non va nel senso di un ampliamento dei diritti esistenti, ma piuttosto di argine alla fin troppo veloce regressione nel loro riconoscimento.

Le politiche migratorie, ma anche quelle in materia di occupazione e di tutela dei diritti dei lavoratori, come pure le politiche in materia di sanità, costituiscono molto più che un esempio di questo mutamento di tendenza. Esse sembrano diventare un importante laboratorio, in cui incominciare a legittimare politiche dei diritti che potrebbero divenire suscettibili di più ampie e generalizzate utilizzazioni e che mettono definitivamente in dubbio quella fiducia in una crescita senza limiti, che aveva pervaso buona parte del secolo scorso.

---

<sup>7</sup> A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004.

Fabiana Marion Spengler\*, Sandra Regina Martini\*\*

## *Il terzo e la fraternità nella configurazione triadica del conflitto sociale*

### 1. *Introduzione*

Ne *Le categorie del Politico*, Carl Schmitt sostiene che il mondo politico non è un universo, ma un pluriverso in cui la politica si delinea come sfera delle azioni umane iscritte nella relazione duale amico-nemico<sup>1</sup>. Tra individui e gruppi tuttavia esistono anche relazioni triadiche<sup>2</sup>, che vanno al di là della dualità amico-nemico esposta da Schmitt (2009). È in queste relazioni di carattere triadico che si incontra la figura del Terzo, caratterizzata da una postura basata su una condotta fraterna<sup>3</sup>. La postura

---

\* Dottoressa di ricerca in Diritto, Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Post-dottorato Università Roma Tre. Professoressa nei corsi di laurea e postlaurea della Università di Santa Cruz do Sul/UNISC.

\*\* Dottoressa di ricerca in Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti, Università degli Studi di Lecce. Post-dottorato in Diritto, Università Roma Tre. Coordinatrice del Master in Direitos Humanos e professoressa presso il Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).

<sup>1</sup> Nonostante le tante critiche sollevate contro Carl Schmitt, i suoi scritti sulle categorie del politico continuano ad essere un punto di riferimento importante per l'analisi delle trasformazioni sociali. Per la critica, rinviamo alle letture di Habermas (1994) e di Turtulian (1996).

<sup>2</sup> Con "relazione triadica" intendiamo quella relazione composta da tre persone o gruppi, strutturata come un triangolo, nel quale gli attori (i tre vertici del triangolo) si relazionano reciprocamente e simultaneamente. Nel quadro del presente articolo, le relazioni triadiche sono quelle in cui si intravedono due vertici, che sono le parti in conflitto tra di loro, e un Terzo chiamato ad intervenire per la gestione di quel conflitto.

<sup>3</sup> Sull'etimologia e il significato della parola "terzo" in lingua portoghese: «Numero ordinale di tre; quello che in ordine segue il secondo: terzo figlio. Qualificativo della persona grammaticale di cui si parla. Terzo mondo, insieme di paesi scarsamente evoluti economicamente, che non appartengono al gruppo di stati industrializzati dell'economia liberale, né al gruppo di stati di stampo socialista. Terza via, terza copia di un documento originale. Religione cattolica del Terzo Ordine, associazione di fedeli che, nonostante vivano nel mondo, si affidano a un ordine religioso. Sostantivo maschile: estraneo, o semplicemente una terza persona: mostrarsi discreto alla presenza di terzi. Mediatore, intercessore: ricorre all'influenza del terzo insieme al ministro. Principio logico dell'esclusione del terzo, enunciato come segue: "di due proposizioni contraddittorie, se una è vera, l'altra è necessariamente falsa" (non esiste altra possibilità). Sostantivo maschile plurale: altre persone. Diritto: persone o entità che, non essendo parte diretta in una causa o processo, possono avere interesse legati a quelli di coloro che risultano in gioco» <[www.dicio.com.br](http://www.dicio.com.br)> (ultimo accesso: 19.01.2019). Di tutte le diverse e possibili

fraterna si concretizza attraverso il disvelamento di paradossi. La funzione moderna della fraternità è difatti quella di rivelare ciò che è stato “lasciato indietro” o che non si desidera vedere. Per questo la possibilità concreta della fraternità nasce da un approccio nuovo e vecchio allo stesso tempo, che riscatta il concetto originario di fraternità rendendolo adeguato alle nuove configurazioni di una società complessa, in cui il ruolo del Terzo deve essere ancora reso effettivo<sup>4</sup>.

Date tali premesse, il presente articolo analizza il ruolo del Terzo Fraterno nella costruzione di un “pluriverso” politico che sfugga alla “dualità” universalista e binaria in cui gli attuali conflitti sociali rimangono imprigionati. La questione centrale a cui si cerca di rispondere è: in che modo il ruolo del Terzo Fraterno viene svolto nella ricerca di una relazione triadica al fine di gestire le ipotesi di conflitto sociale<sup>5</sup>. L'ipotesi di partenza assume che il Terzo Fraterno abbia un ruolo attivo nell'organizzazione di relazioni triadiche, ponendosi come obiettivo la pacificazione sociale. In questa ricerca si finisce per imbattersi spesso proprio nel suo opposto. Secondo Eligio Resta (2005) è proprio in tale ambivalenza che la fraternità incontra le sue possibilità di realizzazione, all'interno della dinamica rimedi/veleno. Questo è il nodo che la fraternità può sciogliere, pur senza negare l'esistenza dell'ambivalenza costitutiva.

Le riflessioni che seguono si basano su testi di Carl Schmitt, Eligio Resta, Pier Paolo Portinaro e Norberto Bobbio, il cui filo conduttore è la figura del Terzo. L'analisi si pone come obiettivo generale quello di discutere il ruolo del Terzo Fraterno nell'organizzazione delle relazioni triadiche, al fine di gestire le complesse e ambivalenti condizioni del conflitto sociale in una realtà in cui le certezze devono sempre misurarsi con le incertezze, e in cui la riduzione della complessità sociale passa sempre attraverso l'aumento della complessità stessa.

---

definizioni di terzo presentate, solo l'ultima: «persone o entità che, non essendo parte diretta in una causa o processo, possono avere interesse legati a quelli di coloro che risultano in gioco» interessa per lo sviluppo della presente ricerca. Leggendo la parola “terzo” è dunque questo il concetto a cui il lettore deve rifarsi. Riguardo la concettualizzazione del terzo e il suo ruolo politico e sociologico, si suggerisce la lettura di Spengler (2016b).

<sup>4</sup> Esistono molte teorie che si riferiscono all'idea di Terzo; ad esempio nella Teoria generale dei Sistemi sociali (che qui non discutiamo), Niklas Luhmann utilizza la categoria del Terzo escluso.

<sup>5</sup> È importante sottolineare che la nozione di conflitto non è unanime: «La parola conflitto deriva dal latino antico; la sua radice etimologica riguarda l'idea di *choc*, dell'azione di scioccare, di contrapporre idee, parole, ideologie, valori o armi. Di conseguenza, perché si abbia conflitto è necessario in primo luogo che le forze a confronto siano dinamiche, che contengano in se stesse il rimando all'azione, che reagiscano una all'altra» (SPENGLER, 2016a, p.108).

Il testo che segue si apre con l'analisi del necessario intervento del Terzo, a causa soprattutto del fatto che la contrapposizione amico-nemico si fonda sul grado di intensità di una associazione (amico) e di una dissociazione (nemico). È questa situazione a esigere la presenza di un soggetto (o istituzione) rispetto a cui le parti coinvolte si posizionano come amico-nemico. In un secondo momento si prenderà in considerazione il fatto che se il Terzo svolge un ruolo attivo, alla ricerca della pacificazione, esso potrà essere considerato Fratello. In questo caso aumentano le possibilità gestire/risanare/risolvere il conflitto.

## 2. La fraternità e il terzo

La fraternità, pur essendo un principio associato alla libertà e alla uguaglianza, derivante dalla Rivoluzione francese, ha perduto progressivamente la sua dimensione di categoria politica ed è rimasto confinato soprattutto nell'ambito delle relazioni private e di quelle religiose<sup>6</sup>.

Solo negli ultimi anni, la fraternità sembra reclamare il suo spazio e mostrare un'importanza tale da rendere il principio un'esigenza irrinunciabile dell'attività politica. Ciò soprattutto a partire dalla constatazione che la realizzazione degli altri due principi rivoluzionari (uguaglianza e libertà) si è dimostrata incompleta quando non fallimentare.

In questo modo, al di là dell'inclusione sociale (che implica, tra le altre prerogative, anche l'autonomia decisionale), la fraternità come categoria politica e necessità politica ha l'obiettivo di rendere possibile l'umanizzazione delle relazioni personali. Pur essendo quest'ultima intesa come frutto di una ricerca individuale, tale ricerca ha conseguenze anche nello spazio pubblico.

La questione è se nell'attuale contesto globale ci sia ancora uno spazio per la fraternità. Per tentare di rispondere a tale problema, è necessario riprendere il concetto di fraternità proposto da Eligio Resta. A partire da tale concetto, antico e rimasto in secondo piano, l'autore propone un nuovo approccio ai fenomeni socio-giuridici. La teoria di Resta si libera di concetti e presupposti che non siano scientifici. In questo modo Resta (2004) trova nel concetto originario le idee della condivisione, del patto,

<sup>6</sup> In effetti, Eligio Resta sottolinea che la fraternità presenta un arco molto di significati: «esempio di tale complessità è quella offerta dalla differenziazione semantica cui si assiste in Grecia quando accanto al *phrater* (che designa appartenenza mistica alla *phratría*) compare il termine *adelphos* (*adelphé* al femminile) che indica tanto discendenza dalla madre quanto legame di sangue». (E. Resta, 2007, pag.588)

la legge dell'amicizia, dell'universalismo, dell'inclusione senza limitazioni. Tali fattori dimostrano che è necessario vedere l'altro come un "ALTRO IO", e assumere che "l'IO ALTRO" e "l'ALTRO IO" operino costantemente nel senso della trasformazione sociale. Da questo punto di vista il diritto fraterno esprime la relazione tra vita e diritto, quando la vita nella comunità sia il soggetto e l'oggetto stesso di qualsiasi esperienza giuridica.

Questa visione della fraternità che – dal punto di vista di Morin e Kern (2005) – implica la necessità di non rinunciare alla costruzione di una società che sia realmente umana, rinforza l'idea di una sorta *deficit* di riflessione politica. Tale *deficit*, che si manifesta anche concretamente, può essere affrontato solo attraverso il recupero del principio di fraternità nella pratica politica e giuridica.

La fraternità potrebbe pertanto svolgere un compito politico nella misura in cui si rivelasse in grado di interpretare e trasformare il mondo reale, dimostrando tanto un valore euristico quanto un'efficacia pratica. Pur eliminata dalla scena sociale, la fraternità potrebbe trovare il suo riscatto come mezzo di abilitazione al riconoscimento dell'altro e della sua alterità.

Questa esigenza nasce perché:

«ponendo l'enfasi sulla libertà e sull'uguaglianza a detrimento della fraternità, la modernità ha accentuato gli aspetti individualistici e egoistici dei diritti umani, dimenticando il carattere sociale, fraterno e solidaristico di questi stessi diritti, che non sono semplicemente dell'individuo, di gruppi o classi, ma anche dell'"altro", del più povero, del più sfavorito. Se la libertà rimanda all'individuo nella sua singolarità, e l'uguaglianza apre una dimensione sociale, nello stesso tempo esse rimangono nell'ambito dell'identità di un certo gruppo o classe sociale, opposti ad altri, mentre la fraternità rimanda all'idea (SIC) di un "altro" che non sono io né è il mio gruppo sociale, ma il "differente", nei confronti del quale ho doveri e responsabilità, e non soltanto diritti da reclamare (G. Tosi, 2009, pagg.59-60)».

Questa è la grande sfida dei nostri tempi: superare una logica meramente identitaria, in direzione invece di un riconoscimento effettivo ed efficace dell'alterità, della diversità e della reciprocità. Perché ciò avvenga è necessario riprendere la dialettica identità/alterità.

La costruzione dell'identità si svolge nella relazione dialettica tra soggettività e alterità<sup>7</sup>. Questa relazione «può essere meramente negativa: l'altro è

---

<sup>7</sup> L'identità non si può spiegare ricorrendo unicamente ai caratteri "statistici" quali nome, cognome, residenza, professione, perché esiste un decimo carattere che, pur ricomprendendoli tutti, li scompone fino a negarli nella loro veridicità e rispondenza alla realtà.

visto come un non-io, o come diverso da me. Se l'alterità rimane a questo livello, l'altro diventerà un nemico, un avversario, qualcuno a me ostile e di cui non devo fidarmi» (G. Tosi, 2009, p.61). Tale dialettica tra soggettività e alterità non può essere soppressa proprio perché è parte essenziale della costruzione della nostra identità. Tuttavia essa «non implica che l'altro debba necessariamente essere visto come nemico, disconoscendo la comune condizione umana che riguarda tutti noi» (G. Tosi, 2009, p. 61).

Dimenticare la nostra comune condizione umana, di esseri umani con le stesse necessità, e attribuire all'altro il ruolo di nemico, non fa che riproporre «l'individualismo disincarnato dall'esistenza che prescinde costantemente dalla presenza dell'altro nella costruzione della nostra identità» (L. A. Warat, 2004, p. 114).

Questo individualismo si pone come perno della dinamica umana moderna e secondo Elias Canetti (1995) si rinchiude nel corpo isolato, solido, individualizzato. Ciò avviene proprio perché la «dimensione di solidità è, bizzarramente, apparentata tanto con la solitudine quanto con la solidarietà». Tutte queste parole condividono infatti una comune radice semantica che rimanda alla condizione dell'essere soli, isolati, ma allo stesso tempo anche alla compattezza e alla unitarietà:

«Da esso nasce tanto il senso di solitudine quanto il dovere, se non il sentimento, della solidarietà: non turba neanche tanto che nel mondo antico questo doppio legame fosse filtrato in uno spazio di confine tra l'economia, l'obbligo giuridico e il senso della dimensione religiosa, da quello strano verbo latino che è solari, che indicava il consolare ma anche il ripagare renumerando qualcosa di cui si è stati privati [...] La solidarietà avvicina mondi mentre la solitudine vive di separazioni e di distanze» (E. Resta, 2005, p. 9).

L'individualismo esacerbato, la mancanza di riconoscimento dell'altro, generano conflitti sociali che, nella maggior parte dei casi, richiedono la figura del Terzo per essere gestiti/risolti.

### 3. *La relazione triadica e il terzo fraterno*

Il Terzo diventa dunque una presenza necessaria perché possa ristabilirsi l'accordo, dal momento che si occupa della mediazione o della relazione

---

L'identità, secondo Musil è un vuoto spazio invisibile che pone una lunga serie di problemi; il suo spazio, la sua invisibilità concreta, la sua oscillazione tra il dentro e il fuori, la sua indecisione tra contenente e contenuto (E. Resta, 1997, p.57).

sociale/giuridica (o dei diritti violati o che siano suscettibili di esserlo) (P. Portinaro, 1986). Il ruolo svolto da questa figura, indipendentemente dal suo posizionamento (imparzialità o alleanza con una delle parti) influenzerà lo svolgimento e la risoluzione del conflitto<sup>8</sup>.

Di conseguenza il relativo consenso indispensabile per qualsiasi trasformazione sociale si fonda sulla figura del Terzo, il cui ruolo non è soltanto quello di ammortizzatore di impatti, antagonismi e tensioni, ma anche quello di essere un intermediario per la comunicazione tra parti che vorrebbero invece ignorarsi o scagliarsi aggressivamente l'una contro l'altra. In una società che non riconosce il Terzo, il conflitto diventa permanente; oppure una delle parti in opposizione viene sottomessa al gioco dell'altra fino a essere da essa assorbita, al punto da produrre una fusione totalitaria, come nella maggior parte delle dittature rivoluzionare moderne.

In effetti, al fine di configurare meglio il concetto del Terzo Fraterno – operazione che interessa la presente ricerca – è necessario soffermarsi sulla teoria di Portinaro (1986), che analizza il ruolo del Terzo a partire da tre ipotesi:

- a) natura: si tratta anzitutto di stabilire l'identità o la diversità del Terzo nelle relazioni sociali, definendo la gamma delle sue possibilità come attore sociale;
- b) funzione: in secondo luogo è necessario analizzare il ruolo che il Terzo può svolgere nel contesto del pluriverso politico, ricostruendo cioè lo spettro delle sue possibilità che va dall'istigazione conflittuale alla "mediazione pacifista";
- c) posizione: occorre infine prestare attenzione allo *status* giuridico del Terzo, evidenziando la condizione paritaria o di superiorità nei confronti delle altre parti.

Con particolare riferimento alla natura del ruolo del Terzo, si possono individuare un Terzo attivo e uno passivo, con ampia possibilità di definizioni e posizioni che vanno dalla figura dello spettatore (passivo) a quella dell'attore (attivo). Portinaro definisce il ruolo svolto da tali Terzi quali «Terzi che stanno a guardare» e «Terzi che recitano nel dramma» (1986, p. 69). Difatti l'autore riconosce che la storia ha offerto una varietà di livelli di coinvolgimento degli spettatori e degli attori, fino allo scambio o all'inversione di tali ruoli.

Già Simmel (1983) distingue tra Terzo attivo e Terzo passivo, inserendo nella prima categoria tanto il mediatore quanto il seminatore di discordia

---

<sup>8</sup> Benché il ruolo svolto dal Terzo sia tanto importante, e finanche necessario affinché l'equilibrio sociale sia possibile e possa essere mantenuto, si incontrano molti ostacoli nella definizione di questa figura: ciò dimostra «il vecchio paradosso del concetto di "terzo" che, se esiste e non è semplicemente alleato o nemico, esiste sempre come *tertius gaudens*, o come *tertius miserabilis*» (E. RESTA, 2005, p. 32).

(*divide et impera*), con la differenza che il primo è imparziale e il secondo invece non lo è. Il *tertius gaudens*<sup>9</sup> è invece un esempio di Terzo passivo.

Tra tutte le caratteristiche e le figure finora delineate, il Terzo Fraterno può essere inteso come Terzo attivo, che svolge funzioni di mediazione. Di conseguenza è necessario soffermarsi meglio nello specifico sulla funzione del Terzo mediatore, in quanto esso ha un'influenza (positiva o negativa) in relazione al conflitto e alla sua risoluzione. Questa figura di mediatore (chiamata da Portinaro nel 1986 anche "Terzo-per-la-pace") è imparziale, nel senso che svolge una funzione positiva di conciliazione, mediazione e composizione dei conflitti, quando questi assumono una dimensione politica. Portinaro (1986) chiama invece "Terzo-per-la-guerra" quell'attore che si serve di un'apparenza di imparzialità per esercitare, al contrario, la funzione negativa del seminatore di discordia, producendo e alimentando il conflitto al fine di ottenere eventuali vantaggi per sé.

Da questo punto di vista è interessante sottolineare che mentre il Terzo Fraterno svolge una funzione di mediazione, lavorando per la pace, potendo presentarsi nella forma istituzionalizzata di un organo dell'ordinamento giuridico internazionale (le Nazioni Unite per esempio), la figura del Terzo per la guerra è invece sostanzialmente transitoria, destinata a essere sconfitta, essendo dominata dal principio di esclusività. Ciò in base al fatto che il seminatore di discordia finisce spesso per configurarsi nel conflitto come alleato di una delle parti o come nemico di entrambe.

Ciò sottolinea l'importanza dell'ambivalenza funzionale del conflitto e, analogamente, anche del Terzo. È possibile notare che il conflitto può, in base alle sue caratteristiche e a come viene gestito, può tanto dividere quanto unire un determinato gruppo sociale. Simmel stesso (1983) ammette che il conflitto non è necessariamente un evento negativo. Il sociologo afferma che esso può rappresentare una "associazione positiva" portando, quando ben amministrato, all'evoluzione e alla crescita sociale.

<sup>9</sup> Il ruolo del *tertius gaudens* è del tutto particolare, essenzialmente per la sua identità di Terzo emergente. Questa figura si riscontra ad esempio nell'ambito internazionale, quando questo è caratterizzato dal bipolarismo e dall'antagonismo tra due blocchi. In altri casi, il *tertius gaudens* è una figura tipica dei sistemi in cui la competizione tra entità sovrane per le risorse (essenzialmente beni economici e/o valori strategici) si presenti come una competizione bloccata. Dunque questo Terzo può essere definito come quell'attore che «intrattenendo scambi ineguali con entrambi i blocchi, massimizza il suo potere di negoziazione preservando la sua indipendenza» (P. PORTINARO, 1986, p. 221).

#### 4. Conclusioni

Da questa analisi si ricava la considerazione che il Terzo sia una figura sociale fondamentale da cui dipende l'equilibrio e la combinazione delle diverse possibilità di remissione dei conflitti. Per questo motivo le società totalitarie tendono a non riconoscere il ruolo del Terzo quando tale riconoscimento avvenga solamente a partire da un movimento democratico che recepisce il conflitto stesso, in relazione al quale si proponga di aprire canali di comunicazione. Il ruolo svolto dal Terzo è quindi condizione per la stabilizzazione delle società democratiche.

La figura del Terzo è quella che opera alla ricerca di un accordo, che si incarica della relazione (giuridica o affettiva/umana) e che concretizza la protezione dei diritti violati o di quelli suscettibili di esserlo. Il ruolo che esso riesce a svolgere, indipendente dalla sua posizione di imparzialità o di alleanza, influenzerà l'evoluzione e la chiusura di un conflitto. Occorre anche osservare l'assoluta necessità del Terzo, che "triangolarizza" le relazioni e consente la gestione positiva del conflitto.

A partire dal riconoscimento dell'importanza del ruolo svolto dal Terzo, vanno ribaditi i concetti di relazione diadica e relazione triadica. Nella prima fattispecie ricadono quelle relazioni che coinvolgono due persone o gruppi senza l'intermediazione di una terza parte; nella seconda quelle che implicano e riconoscono il ruolo del Terzo. L'ingresso del Terzo in una relazione diadica, oltre a triangolarizzare la relazione stessa, può anche implicare l'ipotesi di riconciliazione o di composizione degli interessi, superando l'assolutezza dell'opposizione tra le parti.

La terza parte in una relazione conflittuale può caratterizzare il suo intervento in maniera attiva, in un senso maggiormente democratico e pacifista. Tale caratterizzazione deve rispettare il principio della fraternità, istituito dalla Rivoluzione francese ma attualmente poco rivendicato, almeno rispetto ai maggiormente invocati principi di libertà e di uguaglianza. La fraternità non solo implica un diritto cosmopolita, ma rispetta anche l'identità dell'altro, nella pratica dell'alterità e nella ricerca degli elementi per costruire una società più umana.

È proprio per questo che bisogna ammettere l'importanza di un Terzo Fraterno che affronti le questioni ecologiche, quelle della pace e della guerra e che abbia l'obiettivo di uno sviluppo umano universale. Questa figura, che difende la stessa logica umanitaria, supera le frontiere degli Stati e la logica individualista, quella dell'interesse personale, di gruppo, di classe o di etnia. In questo modo, il Terzo Fraterno ha l'obiettivo

principale di porsi in relazione con l'altro e non contro di esso.

In questo porsi in relazione con l'altro si affermano alcune specifiche pratiche sociali, tra le quali la mediazione in quanto forma di esercizio della cittadinanza cosmopolita, che ha la funzione di educare, di aiutare la produzione delle differenze e di decidere, con l'ausilio di un Terzo Fraterno, la migliore cura dei conflitti. Di conseguenza parlare di un Terzo Fraterno significa parlare anche, necessariamente, della capacità di umanizzazione e di comunicazione con gli altri. Tornando alla questione posta inizialmente in questa analisi, possiamo affermare che la nostra ipotesi risulta confermata, in quanto il ruolo svolto dal Terzo Fraterno nell'organizzazione delle relazioni triadiche è un ruolo attivo, che si pone come risultato della ricerca della pacificazione sociale.

#### Riferimenti bibliografici

- E. CANETTI, *Massa e Poder*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.  
*Dicionário*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/terceiro/>>. (Acesso em: 17 set. 2015).
- J. HABERMAS, *Le besoin d'une continuité allemande: Carl Schmitt dans l'histoire des idées politiques de la RFA*. *Revue Les Temps Modernes*, Paris, n. 575, juin 1994.
- S.R. MARTINI, S. REGINA, B. B. DE OLIVEIRA, *Simões Estudo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: aspectos da fraternidade em casos de migração da Corte Interamericana* in *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v.6 11, n.11, pp.379-405, 2018. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7539>> (ultimo accesso: 26.04.2018).
- E. MORIN, A.B. KERN, *Terra-Pátria*. 5. ed. Porto Alegre, Sulina, 2005.
- P.P. PORTINARO, *Ilterzo. Una figura del Politico*. Milano, Franco Angeli, 1986.
- E. RESTA, *Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004.
- E. RESTA, *Fraternità*, in: F. MARCELLO, G. TÂNIA, M.R. PISILLO, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizionario I A-G*. Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese – UTET, pp. 586-590, 2007.
- E. RESTA, *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari, Laterza, 2005.
- E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma-Bari, Laterza, 1997.
- C. SCHMITT, *O conceito do político*. Petrópolis, Vozes, 1992.

C. SCHMITT, *O conceito do político*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

G. SIMMEL, *Sociologia*. Organização: Evaristo de Moraes Filho. São Paulo, Ática, 1983.

F.M. SPENGLER, *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. 2 ed. Ijuí, Unijui, 2016a.

F.M. SPENGLER, *Uma Relação a Três: O Papel Político e Sociológico do Terceiro no Tratamento dos Conflitos*, *DADOS*, 2016b, v. 59, pp. 553-583. Disponível em <<http://www.scielo.br/dados>> (ultimo acesso: 29.03.2018).

N. TERTULLIAN, *Carl Schmitt entre catholicisme et national-socialisme* in *Revue Les Temps Modernes*, Paris, n.589, août-sept 1996.

G. TOSI, *A fraternidade é uma categoria política?* in: A. M. Baggio Antonio Maria, *O Principio Esquecido*. São Paulo, Cidade Nova, pp.43-64, 2009.

L.A. WARAT, *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

Luigi Ferrajoli\*

*Diritto vivente e diritto vigente*

1. *Diritto vivente*

Uno dei libri più belli e complessi di Eligio Resta è *Diritto vivente*, pubblicato da Laterza nel 2008. Con l'espressione "diritto vivente" Resta si riferisce all'incorporazione, nel diritto, della vita in tutte le sue molte manifestazioni, dalla vita "del" diritto alla vita "nel" diritto, e perciò alle molteplici e svariate forme di regolazione giuridica della vita. In questo breve intervento mi occuperò di un accezione di "vivente" più consueta e banale e tuttavia fondamentale: quella nella quale "diritto vivente" si distingue e si contrappone a "diritto vigente".

Chiamerò "diritto vigente" il diritto empiricamente esistente, cioè l'insieme (chiuso, finito e determinato) degli enunciati normativi, che sono le sole cose "poste" dalla legislazione e materialmente "esistenti", indipendentemente dai significati ad essi attribuiti dall'interprete. Chiamerò invece "diritto vivente" il diritto interpretato e concretamente applicato, cioè l'insieme dei significati normativi (aperto, indefinito e indeterminato) associati dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica, tramite interpretazione e argomentazione, agli enunciati del diritto vigente. È chiaro che il diritto vivente, prodotto dalla pratica giuridica, è l'altra faccia del diritto vigente prodotto dal legislatore, nel senso che lo implica e ne è implicato in almeno una delle sue possibili interpretazioni.

Questa ambivalenza del diritto positivo dipende dalla sua natura interamente linguistica. Il diritto è un mondo di segni e di significati, che sono tra loro in una relazione di implicazione reciproca, non dandosi alcun segno senza almeno un significato ad esso associabile da un interprete, né alcun significato senza il segno che è oggetto di interpretazione. Il diritto vigente, cioè l'insieme dei segni della lingua giuridica, è creato dalla legislazione. Il diritto vivente è prodotto dai giudici mediante pronunce giustificate, o motivate o argomentate quali applicazioni del diritto vigente preesistente. Legislazione e giurisdizione sono tra loro nel rapporto che

---

\* È professore emerito in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

esiste tra lingua e linguaggio giuridico. La legislazione crea la lingua nella quale sono formulati gli enunciati legislativi: definisce le regole d'uso, per esempio, delle parole "furto" o "truffa" o "comodato" enunciandone gli elementi costitutivi. La giurisdizione fa uso della lingua legale per nominare, nel linguaggio operativo e specificamente giudiziario, i fatti sottoposti al giudizio: nei nostri esempi, per chiamare tali fatti "furto" o "truffa" o "comodato". È poi evidente che la produzione del diritto vivente è largamente condizionata dalla pratica giuridica, cioè dai precedenti, così come il linguaggio e la sua evoluzione sono largamente condizionati dalla pratica linguistica consolidatasi negli usi della lingua.

Di qui le diverse fonti di legittimazione dei due diritti: l'autorità politica, cioè la creazione legislativa di nuovo diritto vivente, quale innovazione e trasformazione del sistema giuridico (*auctoritas non veritas facit legem*, secondo la classica massima hobbesiana); la "verità" processuale, cioè l'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto del diritto vivente nella "dizione" del diritto vivente (secondo la massima inversa *veritas non auctoritas facit iudicium*). È questo il senso e la valenza garantista della separazione dei poteri: né il legislatore può produrre il diritto vivente, né il giudice può produrre il diritto vivente.

Ebbene, possiamo ben dire che una netta distinzione tra diritto vivente e diritto vivente nel senso qui precisato non esisteva nel diritto premoderno, che era di tipo prevalentemente sapienziale, giurisprudenziale e dottrinario. La distinzione è il frutto della modernità, cioè dell'affermazione del principio di legalità e del monopolio statale della produzione giuridica, grazie ai quali tutto il diritto è venuto costituendosi come un dato empirico oggettivo, identificandosi con i testi normativi prodotti dal legislatore. Solo da allora si può parlare del diritto come di un diritto interamente "positivo", o "vigente" o "esistente". D'altro canto, con l'introduzione delle Costituzioni è diventato diritto vivente o positivo anche l'insieme dei diritti e dei principi di giustizia in esse stipulati e sopra-ordinati, grazie alla loro rigidità, a tutto il diritto positivo. Si è così formato un "diritto costituzionale vivente", sulla cui base si è sviluppato un "diritto costituzionale vivente" costituito dalle tante e spesso diverse interpretazioni dei suoi principi. Ma anche il diritto costituzionale vivente è ancorato al diritto costituzionale positivo o vivente, formato dagli enunciati della Costituzione oggetto di interpretazione. Diremo pertanto che nell'ordinamento italiano la Corte di cassazione censura il diritto vivente lasciando intatto il diritto vivente. La Corte costituzionale censura invece il diritto vivente, annullando le leggi per contrasto con le norme costituzionali viventi. La prima interviene sui significati, e cioè sul linguaggio del diritto,

ovvero sulla validità dell'uso dei segni legislativi da parte dei giudici di merito. La seconda, quando non si limita a raccomandare interpretazioni compatibili con la costituzione, interviene sui segni, e cioè sulla stessa lingua del diritto, ovvero sulla validità degli stessi segni prodotti dal legislatore.

## 2. *Enunciati e norme*

Riprendendo una nota distinzione, legata anch'essa al carattere linguistico del diritto, quella tra enunciati normativi e norme, diremo che gli enunciati sono relativamente muti, giacché vivono solo attraverso la loro interpretazione e la loro applicazione ai casi concreti, le quali soltanto conferiscono loro significati. Questi significati, a causa della vaghezza e dell'indeterminatezza semantica degli enunciati, sono di solito molteplici e sono perciò il frutto di una decisione, sia pure argomentata, sulla loro plausibilità. Ne è prova la pluralità di interpretazioni diverse e talora opposte che si confrontano in qualunque processo: quelle proposte dalle parti – dall'accusa e dalla difesa, dall'attore e dal convenuto –, quelle formulate nei diversi gradi dei procedimenti, perfino quelle che si contrappongono negli organi giudiziari collegiali tra tesi di maggioranza e opinioni dissenzienti.

Tutto questo non toglie, a mio parere, il carattere non creativo, bensì cognitivo del modello normativo della giurisdizione. È chiaro che il diritto vivente prodotto dalla giurisdizione è l'esito di un'ampia discrezionalità interpretativa, resa inevitabile dal carattere talora polisenso degli enunciati normativi, che di solito ammettono più interpretazioni: una discrezionalità oggi cresciuta enormemente a causa del dissesto, quantitativo e qualitativo, della legislazione. Ma questo non giustifica la tesi, oggi dominante, del carattere creativo della giurisdizione, se non sulla base di una nozione allargata di "creazione" e di una nozione ristretta di "cognizione". I sostenitori del carattere creativo della giurisdizione infatti – dai neocostituzionalisti principalisti ai teorici dell'ermeneutica giuridica, da gran parte dei realisti ai nostalgici del diritto premoderno – chiamano "creazione" l'interpretazione discrezionale solo perché essa inevitabilmente ammette, al pari del resto di qualunque altra conoscenza empirica, un atto di volontà in ordine ai significati volta a volta associati ai testi normativi. Ma in questo modo essi segnalano, con paradosso apparente, la medesima concezione ingenua, e sul piano epistemologico insostenibile, della conoscenza e della verità giudiziaria, come conoscenza e verità assoluta, che essi rimproverano a quanti sostengono, secondo le formule di Montesquieu e di Beccaria,

che i giudici possono essere “bocca della legge” e la giurisdizione può consistere unicamente in un “sillogismo perfetto”. Karl Popper chiamò “verificazionisti delusi” coloro che, a causa dell’impossibilità di raggiungere una verità empirica assoluta come pretendono quelli da lui chiamati “verificazionisti illusi”, si rifugiano nello scetticismo e nell’irrazionalismo. Parafrasando Popper, possiamo chiamare “illuministi delusi” quei giuristi e quei teorici del diritto che, di fronte all’impossibilità di raggiungere una cognizione e una verità giudiziaria assolutamente certe quali quelle che credono possibile raggiungere gli “illuministi illusi” come Montesquieu e Beccaria, finiscono per cadere nel creazionismo e nell’irrazionalismo.

Al fondo della questione di cui stiamo parlando c’è dunque una diversa concezione della conoscenza e della verità. I creazionisti associano il cognitivismo e quindi l’idea di verità processuale a un insostenibile oggettivismo ontologico e all’idea ristretta di verità empirica quale verità assoluta. Ma una simile concezione ristretta della conoscenza e della verità è insostenibile, sul piano epistemologico, con riguardo non solo all’interpretazione e alla cognizione giudiziaria, ma a qualunque conoscenza empirica. Le sole verità assolute sono infatti quelle tautologiche della verità e della matematica. Laddove le tesi interpretative, non meno di quelle osservative di qualunque conoscenza empirica, implicano sempre scelte e decisioni argomentate sulla loro “verità”, senza che questo ne comprometta il carattere cognitivo e la natura di applicazione della (o soggezione alla) legge.

Insomma, una volta che ci liberiamo dell’idea illusoria del carattere puramente descrittivo e avalutativo dell’interpretazione, è facile rilevare che l’inevitabile discrezionalità interpretativa che si manifesta nell’applicazione della legge non autorizza lo scetticismo e l’anti-cognitivismo interpretativo più di quanto l’ovvio carattere relativo e approssimativo di qualunque verità empirica, parimenti frutto di argomentazioni e decisioni, non autorizzi lo scetticismo conoscitivo. Il giudice, in breve, non “constata”, né “trova”, né “scopre”, né “registra” il significato di un dato enunciato normativo, ma neppure lo “crea” o lo “produce” o lo “inventa”. Semplicemente lo argomenta come più plausibile o fondato di altri significati, sia pure astrattamente possibili: perché più aderente al significato corrente delle parole del testo normativo, o perché più in accordo con le norme costituzionali, o perché più coerente con i significati di altri enunciati normativi, o perché più aderente a quelli attribuiti in casi precedenti, o per altri motivi ancora. Ma questi spazi decisionali di discrezionalità sono inerenti a qualunque altra attività conoscitiva.

### 3. *Verità e cognizione*

La questione non è accademica, ma ha enormi implicazioni pratiche sull'assetto costituzionale dello stato di diritto. L'anticognitismo giurisdizionale oggi dominante, infatti, non comporta soltanto una nozione di "verità" e di "cognizione" sul piano epistemologico insostenibile. Essa contraddice, soprattutto, i principi della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici alla legge in forza dei quali la creazione di nuovo diritto è di competenza della legislazione e perciò, in democrazia, di organi politicamente rappresentativi, mentre la giurisdizione è legittimata unicamente dall'applicazione della legge. Al contrario, la distinzione tra il diritto vigente di competenza della legislazione e il diritto vivente di competenza della giurisdizione consente di chiarire i termini della questione con una chiarificazione del significato che associamo alle nostre parole. Dobbiamo infatti distinguere due significati di "creatività", di solito associati indistintamente alla giurisdizione: "in senso proprio o forte" con "creatività della giurisdizione" e con "giurisdizione come fonte" si intende il potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e perfino contro la legge; "in senso improprio o debole", con queste medesime espressioni si intende l'ampia discrezionalità interpretativa, e perciò argomentativa, inevitabilmente connessa all'applicazione della legge.

È evidente l'inaccettabilità della tesi della creatività della giurisdizione nel primo significato, che chiaramente contraddice il principio di legalità, quello della soggezione dei giudici alla legge e quello della separazione dei poteri: qualora ci si trovi di fronte a un'effettiva creazione di nuovo diritto da parte del giudice dobbiamo riconoscere o il collasso della legalità, non in grado di offrire al giudizio nessun ancoraggio legale, e perciò una regressione al diritto giurisprudenziale premoderno, oppure – ed è l'ipotesi più frequente – la violazione della legge da parte del giudice. Ma la medesima tesi è inaccettabile anche nel secondo senso, improprio o debole, giacché essa, confondendo, in base a un'insostenibile concezione puramente descrittivistica e meccanicistica della conoscenza, l'inevitabile spazio della "discrezionalità interpretativa" del giudice con la "creazione" del diritto, finisce per smarrire il confine tra "legittima" interpretazione e "illegittima" creazione e perciò per assecondare le tentazioni creazionistiche della giurisdizione che di tutto hanno bisogno fuorché di essere incoraggiate.

La questione, peraltro, non è semplicemente terminologica. Le nostre teorie non sono solo descrittive ma performative. È innegabile che parlare genericamente di "creatività della giurisdizione" equivale ad offrire un

avallo alla illegittima creatività giurisprudenziale in senso forte; ad offuscare la natura cognitiva della giurisdizione e i limiti della discrezionalità interpretativa; a contraddire i principi della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri e perciò a minare la stessa legittimazione dell'indipendenza dei giudici. A causa dell'odierno caos legislativo, gli spazi della discrezionalità interpretativa sono già fin troppo ampi da sconsigliare che li si ampli ulteriormente teorizzando e legittimando il creazionismo della giurisdizione, destinato inevitabilmente a degenerare nel dispotismo giudiziario.

“Interpretazione creativa”, “giurisdizione creativa”, “giurisdizione come fonte” sono insomma contraddizioni in termini. Disponiamo di un vocabolario abbastanza ricco da consentirci di usare due parole diverse per denominare due attività radicalmente diverse: “interpretazione” del diritto esistente per designarne l'applicazione al caso sottoposto al giudizio, e “creazione” di nuovo diritto per designare la produzione di norme non motivata dall'applicazione di altre norme. Certamente i giudici, in questi anni, hanno visto ampliare enormemente – dalla crescita della complessità e dell'indeterminatezza della legislazione, delle sue lacune e delle sue antinomie – la loro discrezionalità interpretativa. Ma proprio per questo l'ultima cosa di cui si sente il bisogno è autorizzarli altresì a creare nuovo diritto, smarrendo il confine tra legittima discrezionalità interpretativa e illegittima creazione giudiziaria e così minando le basi della loro legittimazione.

SECONDA PARTE  
DIRITTO E SOCIETÀ. L'ASILO, L'ECCEDEXENZA,  
LA SOGLIA, L'OLTRE, IL TRANS



Mariavittoria Catanzariti\*

*Il contrappunto. Note minime su diritto e società nel pensiero di  
Eligio Resta*

Accostarsi al pensiero di uno studioso come Eligio Resta non è cosa semplice, specie quando il compito cui ci si accinge è quello di celebrare un'occasione importante. Si corre l'inevitabile rischio di non rendere giustizia al percorso poliedrico e multiforme del Festeggiato, e che l'omaggio possa non essere adeguato. L'adeguatezza (o inadeguatezza, a seconda dei punti di vista) è un concetto a maglie larghe, che può riferirsi tanto all'instimabile valore del bagaglio formativo ricevuto negli anni, quanto alla complessità della riflessione di Eligio Resta, o ancora allo scarto tra lo stile e le capacità personali nel trasmettere quel che si vorrebbe. Tuttavia, tra i tanti insegnamenti di Eligio Resta ve n'è uno scolpito nella mente dei molti che con lui si sono formati, e cioè che ogni dono è per definizione "avvelenato" (sulle celebri note di Marcel Mauss)<sup>1</sup>.

Tale *caveat* valga dunque come attenuante dei limiti intrinseci di questo contributo, che – nella vana speranza di poter scongiurare un tale rischio, ed al netto di un'inevitabile compartecipazione emotiva – si porrà un dialogo con l'Autore sulla sua produzione scientifica dei secondi anni Settanta e dei primi anni Ottanta.

Ciò per una duplice ragione: per un verso, chi scrive è mosso da curiosità "archeologica" rispetto alla prima fase scientifica, nella quale più agevolmente si immedesima in un gioco di "contemporaneità non contemporanea" (con buona pace di Ernst Bloch...); dall'altro, vi è un dato sostanziale, attinente alla indelebile matrice prodotta dai primi scritti, che connota gran parte del senso dell'opera integrale e contiene in *nuce* il potenziale degli anni a venire. In essi, l'esercizio al rigore scientifico ed alla ricerca della propria verità ed identità di studioso non indulge nei confronti di inclinazioni e consuetudini, nutrendosi delle molte energie profuse e speranze riposte. La vocazione di quegli anni, sostenuta dall'impegno

---

\* Research Associate, Istituto Universitario Europeo.

<sup>1</sup> M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino, 2016.

ancor prima che dall'esperienza, alimenta la resistenza intellettuale di chi studia *als Beruf*. Inoltre, la stagione di quegli scritti è certamente evocativa di memoria, trasformazione e fermento, poiché la partita delle lotte per i diritti e della rivendicazione di una politica del diritto al servizio dei bisogni è ancora tutta da giocare<sup>2</sup>. Gli scritti di quella fase rappresentano, infatti, un esperimento personale di responsabilità, che si intreccia ad una storia sociale di presa di coscienza collettiva.

Eligio Resta realizza proprio nel corso degli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta delle opere che trovano una fertile collocazione temporale, e che mostrano un rinnovato modo di guardare al diritto come orizzonte culturale e concettuale a servizio delle scienze sociali e nella sua dimensione comunicativa con il sistema politico.

Sono questi i due grandi binari sui quali si innesta la ricerca sincretica di Eligio Resta, dedicata all'analisi delle diverse possibilità e dei diversi livelli del conflitto. Tale caratteristica, ricorrente anche nelle opere successive in diverse forme e declinazioni, si rivela sin da subito un dispositivo teorico efficace, che consente di esplorare molteplici universi di senso.

Ebbene, l'idea di professare la propria identità culturale attraverso la scelta della letteratura rilevante, denota anzitutto un'onnivora passione per le letture imprescindibili messa a frutto da una sorprendente abilità nel far propri, in maniera del tutto originale, e nell'applicare ai fenomeni giuridici, dispositivi teorici rintracciati nei luoghi più diversi, dall'antropologia alla storia economica, dalla filosofia politica alla sociologia, dalla storia del diritto alla teoria generale. Ciò si realizza – senza saperlo ed aver la pretesa di esserlo – come esperimento di metodo, nel tentativo di «inserire alcune letture dentro la problematica della trasformazione e di collegare in maniera più ravvicinata il lavoro sociologico giuridico al dibattito contemporaneo sullo Stato» (E. Resta, 1978, p. 12).

Un'intuizione, un modello: Eligio Resta in *Diritto e trasformazione sociale* del 1977 e *Diritto e sistema politico* del 1982, utilizza lo strumento antologico, che dimostra un atteggiamento estremamente colto e al tempo pone il giurista umilmente di fronte a se stesso nel difficile compito di misurarsi con una letteratura imponente, resa fruibile attraverso scelte tematiche, sulle quali Egli costruisce un percorso teorico che travalica i confini

---

<sup>2</sup> Ben note sono le posizioni sul neo-contrattualismo e giustizia distributiva di J. RAWLS, cfr. *A Theory of Justice*, 1971, Harvard University Press, Boston, 1971; sull'anti-utilitarismo di R. DWORKIN, cfr. *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londra, 1987; sul diritto come sistema di distribuzione delle risorse di L.M. FRIEDMAN, cfr. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1983.

delle appartenenze, accompagnando il lettore tra le pagine più significative del pensiero giuridico moderno.

In questi scritti, l'Autore sceglie di ripartire dai classici del pensiero giuridico moderno per tracciare la mappa delle connessioni tra diritto e politica e tra diritto e società, e tra questi e le variabili esterne. Pur collocandosi nel solco della continuità e della legittimazione dei saperi, Egli compie un salto qualitativo fondamentale nella diffusione di opere straniere e nella rielaborazione degli approcci teorici che rivelano la sua matrice culturale, e proprio grazie ad essa, ed alla sua forte solidità, gli consentono di prendere il largo al riparo dai pregiudizi delle discipline.

Le questioni epistemologiche e teoriche si intrecciano ai nodi aperti della politica senza mai tradirne lo statuto scientifico, anzi ampliandone gli orizzonti ermeneutici, anche sulla base di una coincidenza fortunata: è un momento in cui ciò che è oggetto di studio ha un'immediata ricaduta nel reale. Alcuni argomenti assurgono ad uno statuto scientifico proprio perché penetrano nel tessuto profondo della società civile.

Per la sociologia del diritto italiana della fine degli anni Settanta uno sforzo ricognitivo di tal fatta non era operazione di poco conto, specie se si considera che l'obiettivo più o meno evidente della ricerca era quello di affermare l'autonomia di detta disciplina ed affrancarla dalla filosofia del diritto e dalla teoria generale del diritto. L'esperienza narrativa di Eligio Resta è in questa fase totalizzante, egli si immerge nella lettura di opere straniere, mediante un confronto con gli originali, che va di pari passo all'importante opera culturale di traduzione dei classici del pensiero giuridico portata avanti in Italia da editori come Laterza, Edizioni di Comunità, Il Mulino, Einaudi, Giuffrè, collocandosi dunque nel contesto del vivace dibattito culturale sulle forme giuridiche e sui progetti politici in un mondo ancora visibilmente diviso tra Est e Ovest.

In una fase in cui il pensiero giuridico dominante in Italia era ancora arroccato su posizioni di culto del dato normativo, sebbene la valorizzazione del costituzionalismo dei diritti, da un lato, e la diffusione dei modelli giusrealistici, dall'altro, avessero introdotto alcune crepe evidenti nella struttura monolitica del gius-positivismo, emergeva la necessità di una presa di posizione sul problema dell'autonomia della sociologia del diritto<sup>3</sup>. Autonomia che non

---

<sup>3</sup> Emblematiche le pagine che registrano in quegli anni la crisi del giuspositivismo di U. SCARPELLI, *Educazione del giurista*, in «Riv. di dir. Proc.», 1968, n. 1, pp. 2-33. Tra le opere più significative in tal senso si annoverano ad esempio quella di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967. Mentre significative della cifra culturale dell'epoca sono ad esempio volumi come quello curato da N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Roma-Bari, 1972, che contiene

può non attraversare, secondo E.R., lo stretto binario della “*socializzazione dei problemi della giustizia*”, a patto che non vengano meno, per un verso, la critica del dominio, e per l’altro, le più diverse mediazioni (E. Resta, 1977, pp. 43-46).

Se in *Conflitti sociali e giustizia* la questione di fondo è la trasformazione dell’idea di giustizia da istituzione politica ad offerta di servizi sociali (E. RESTA, 1977, p. 18), sullo sfondo della ricomposizione del conflitto di classe, il costante rinvio dalla metodologia al problema è certamente il tratto caratteristico di una speculazione votata a «“mettere in problema” non solo gli oggetti, ma anche per molti versi, i relativi contorni analitici» (E. RESTA, 1977, *Introduzione*). Eligio Resta è da sempre estraneo a visioni apodittiche, come emergerà ancor più chiaramente soltanto un anno dopo in *Diritto e trasformazione sociale*, perché considera il diritto non come sistema imm modificabile ma come frutto della storia che, luhmanianamente, attinge tra «circostanze favorevoli o sfavorevoli alla validità della decisione» (E. RESTA, 1978, p. 29) e, weberianamente, non è mai determinato da una sola causa, bensì da una molteplicità di fattori storici che mutano progressivamente nel tempo (E. RESTA, 1982, p. 48). In tale ottica, il faro della sua indagine è sempre posto sulla critica dell’ideologia e sulla critica del dominio come momenti necessari di una socializzazione della giustizia, dal momento che se è vero che i principi e la giustizia sono «aporetici» (E. RESTA, 1982, p. 31) è altrettanto vero che «gli apparati della giustizia non si presentano come gli avallatori passivi e meccanici dell’organizzazione legislativa» (E. RESTA, 1977, p. 42)

E difatti, due spinte centrifughe si contrappongono: da un lato, l’ideologia dominante che investe gli apparati della giustizia di “un’istanza tecnica” con la «domanda di nuova “funzionalità” burocratica amministrativa»; dall’altro, la caduta di legittimità nel capitalismo maturo di molti istituti della democrazia formale e l’avanzare di nuovi agenti del mutamento istituzionale che attraverso nuove mediazioni compiono una serrata critica dell’uso privato degli apparati (E. Resta, 1977, p. 18 ss.).

È proprio lungo questo crinale che, da un lato, si concretizzano le esperienze di importanti mediazioni giuridiche come le Sezioni giudiziarie specializzate agrarie nell’Italia Meridionale (E. Resta, 1977, p. 175 ss.) ed altre forze politiche organizzate come i sindacati, dall’altro, si condensano gli schemi teorici propri del funzionalismo<sup>4</sup> che ruotano essenzialmente

---

anche un saggio di Eligio Resta, dal titolo *Mutamenti sociali e riflessione giuridica sull’impatto delle trasformazioni sociali sugli istituti privatistici*, od anche volumi come quello di S. ΡΟΔΟΤΑ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973.

<sup>4</sup> Eligio Resta fa riferimento a tre schemi funzionalistici: quello di Luhmann il quale considera il diritto come generalizzazione congruente delle aspettative normative; quello

attorno 1) alla definizione del concetto di sistema del diritto come uno dei sotto-sistemi della società accanto alla politica; 2) alla sua funzione integrativa come strumento di regolamentazione del conflitto; 3) allo scambio comunicativo tra sistema giuridico e sistema politico (E. Resta, 1982, p. 23), i quali dunque risolvono la dipendenza del diritto dalla politica attraverso degli apparati di gestione dello Stato (E. Resta, 1977, p. 43).

Questa è evidentemente una semplificazione di un percorso straordinariamente ricco<sup>5</sup> che attraversa, ad esempio, le bellissime pagine di Bronislaw Malinowski sul rapporto tra diritto e costume<sup>6</sup> o di Talcott Parsons sulla teoria del controllo sociale<sup>7</sup>, passando per le varie declinazioni del funzionalismo, come quella di Harry Charles Bredemeier sulla funzione integrativa<sup>8</sup>, di Niklas Luhmann sul concetto e funzione della positività e sulle funzioni politiche della giurisdizione<sup>9</sup>, di Manfred Rehbinder sulle funzioni sociali del diritto<sup>10</sup> o di Jean Carbonnier sulla funzione scientifica della sociologia del diritto<sup>11</sup>, sulla funzione della divisione del lavoro di Émile Durkheim<sup>12</sup> ed ancora affrontando la tematica dell'ingegneria sociale di Adam Podgorecki<sup>13</sup>, le funzioni simboliche del diritto di Thurman Arnold<sup>14</sup> nonché la meta-tematica del passaggio dall'analisi strutturale all'analisi funzionale del diritto di Norberto Bobbio<sup>15</sup>.

Si può affermare, infatti, che la riflessione compiuta da Eligio Resta sullo Stato sia uno dei grandi spartiacque tra un prima ed un dopo, non soltanto evidentemente nella riflessione politico-giuridica sul diritto moderno, ma anche nei diversi processi di razionalizzazione dei sistemi sociali. Questo

---

di Parsons che guarda al diritto come lubrificante dei conflitti e quello di Bredemeier che attribuisce al diritto la funzione integrativa del conflitto.

<sup>5</sup> E. RESTA, *Diritto e trasformazione sociale*, 1978, Roma-Bari, Laterza, pp. 129-184.

<sup>6</sup> B. MALINOWSKI, *Diritto e costume nelle società primitive*, Newton Compton, Roma, 1971, pp. 51-56.

<sup>7</sup> T. PARSONS, *The Law and Social Control*, in W.M. EVAN, *Law and Sociology*, Glencoe, New York, 1962, pp. 56-72.

<sup>8</sup> H.C. BREDEMEIER, *Law as an Integrative Mechanism*, in W.M. EVAN, *Law and Sociology*, Glencoe, New York, 1962, pp. 73-82.

<sup>9</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, pp. 192-204, 254-263;

<sup>10</sup> M. REHBINDER, *Le funzioni sociali del diritto*, «Quaderni di sociologia del diritto», 1973, n. 2, pp. 103-107.

<sup>11</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, Colin, Paris, 1972, pp. 253-254.

<sup>12</sup> É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1971, pp. 85-87; 89-91; 93-94; 123-127; 129-132; 142-146.

<sup>13</sup> A. PODGORECKI, *Law and Social Engineering*, «Human Organization», 1962, pp. 178-181.

<sup>14</sup> T. ARNOLD, *The Symbols of Government*, Brace and World, Harcourt 1962, pp. 33-36.

<sup>15</sup> N. BOBBIO, *Intorno all'analisi funzionale del diritto*, in «Sociologia del diritto», 1975, n. 1, pp. 16-25.

movimento dalla struttura all'operatività sociale segna un percorso lungo il quale si snodano esperienze diverse di riflessione sui rapporti tra potere e diritto, fra le quali, soltanto per citarne alcune, quelle di Max Weber, Eugen Herlich, Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio<sup>16</sup>.

Tuttavia l'Autore, più che attratto dalla composizione contingente del conflitto, è piuttosto animato dall'analisi della scomposizione delle forme del dominio che rendono "vivente" la pratica della democrazia. Ad esempio, la lettura delle teorie del conflitto di classe di Marx ed Engels (E. Resta, 1978, pp. 187-199)<sup>17</sup>, inserite all'interno del filone anti-consensualistico sulle forme di produzione e sull'egemonia, è preparatoria e prospettica – ed in questo vi è un grande elemento di novità – rispetto all'elaborazione del rapporto tra le forme giuridiche e le forme dello Stato, e più avanti tra i rapporti di potere nudi. Tale capacità di visione consente operazioni narrative coraggiose, come ad esempio quella di accostare, seppur con il chiaro intento di farne emergere la discontinuità, opere distanti come quella di Habermas sulle forme di legittimazione del capitalismo maturo e di Luhmann sul problema della legittimità (E. Resta, 1977, pp. 226 ss., 233 ss.). La tensione tra la pratica della politica e la pratica del diritto, da un lato, e ciò che viene registrato dall'opinione pubblica come catalizzatore di cultura, dall'altro, è un terreno molto fertile, sul quale si sperimentano diverse forme di critica dell'ideologia e di critica del diritto. Ciò rende tuttavia Eligio Resta equidistante dai modelli che egli conosce a fondo ma che raramente abbraccia nel complesso (ed in questo traspare in maniera limpida il suo essere essenzialmente e fondamentalmente giurista), rendendo anche conto del cosiddetto stato dell'arte di un sapere, come testimoniato ad esempio dalla scelta di concludere *Diritto e trasformazione sociale* con la «Proposta» del 1974 della "sociologia particolare"<sup>18</sup> di Renato Treves,

<sup>16</sup> E. RESTA, *Diritto e sistema politico*, 1982, Roma-Bari, Laterza, pp. 173-230; M. WEBER, *Economia e società*, I, III, vol. I, pp. 210-213; II, IX, vol. II, pp. 670-674, 680-686, Edizioni di Comunità, Milano; E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, IV, 1, pp. 79-82, 84-85, 96; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, pp. 311-318; *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano, I, XII, pp. 178-181; H. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, IV, 1, pp. 63-65, 69-70, 72-74; N. Bobbio, voce *Norma*, Enciclopedia Einaudi, Torino, vol. IX, 1980, pp. 900-905.

<sup>17</sup> K. MARX-F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, Roma, 1977, pp. 67-70; 312-315; K. MARX, *Per la critica dell'economia politica (1859)*, in *Opere Scelte*, Ed. Riuniti, Roma, 1971, pp. 746-747; K. MARX, *Critica al programma di Gotha (1875)*, in *Opere scelte*, Roma, Ed. Riuniti, 1971, pp. 960-962; F. ENGELS, *Lettere a Conrad Schmidt (1890)*, in *Opere scelte*, Ed. Riuniti, Roma, 1971, pp. 1246-1247.

<sup>18</sup> R. TREVES, *Una proposta: la sociologia del diritto come sociologia particolare*, in *Quaderni della rivista «Sociologia del diritto»*, 1974, n. 1, pp. 297-302.

«prevalentemente impegnata nella ricerca empirica [...] per costruire delle teorie a mezzo raggio [...] per stabilire possibili collegamenti con una moderna visione del diritto naturale cui spetterebbe il compito di ridurre il grado di arbitrarietà del diritto positivo»<sup>19</sup>.

La ricerca confluita nell'indagine sulle teorie del conflitto è intermittente rispetto ad esperienze di intermediazione della giustizia, che offrono la possibilità di ricomporre il primo mediante modelli disfunzionali derivanti da una serie di contropunte nello Stato, come ad esempio quello della domanda indotta di giustizia (E. Resta, 1977, p. 56, 88), tipica del controllo penale della criminalità o della democratizzazione della magistratura alla fine degli anni Settanta in Italia. È dunque sin da subito che emerge il nodo concettuale attorno al quale si dipana negli anni a venire l'indagine concettuale ed empirica dell'Autore: la portata delle cosiddette "abitudini linguistiche" con le quali il diritto fa i conti, nel tentativo costante e mai realizzato di affrancarsi dalla politica, senza poter essere mai, per così dire, risparmiato dalla storia<sup>20</sup>.

«L'analisi storica e culturale aperta a tutti i risultati» è il metodo che il giovane studioso decide di adottare come l'unica possibilità che possa qualitativamente giustificare l'autolegittimazione della sociologia del diritto come disciplina autonoma. Lungo tale traiettoria è molto chiaro l'influsso di Giovanni Tarello, la cui opera è inserita sia nell'ultima parte di *Diritto e trasformazione sociale*, all'interno del capitolo sull'analisi della sociologia giuridica in Italia degli anni Settanta, sia nell'ultimo capitolo di *Diritto e sistema politico*, in un capitolo su politica del diritto e giustizia, ma che pervade un po' tutta la trama degli argomenti e l'ordito delle letture fondamentali<sup>21</sup>.

L'attenzione al contesto è la base di uno studio prospettico e diacronico delle variabili che i sistemi politici immettono nella storia dei sistemi giuridici e che in *Diritto e sistema politico* si mostra nella piena consapevolezza dell'eccedenza del «multiforme intreccio tra diritto e politica» rispetto alle maglie strette delle discipline. Tale eccedenza muove ad esempio l'oscillazione del pendolo invisibile tra democrazia e totalitarismo magistralmente scandita dalle pagine

<sup>19</sup> Renato Treves aveva elaborato tre possibili concezioni di come potesse intendersi lo scopo della sociologia del diritto: determinare come il diritto si sviluppa nella società; distinguere il diritto dagli altri sistemi sociali; vedere come singole parti di un ordinamento si attuino nella società. Cfr. R. TREVES, *Tre concezioni della sociologia del diritto*, «Sociologia del diritto», n. 1, 1974, pp. 1-8.

<sup>20</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, 1, vol. I, pp. 15-18, Il Mulino, Bologna, 1976.

<sup>21</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 15-18.

di Carl Schmitt, Franz Neumann, Joseph Schumpeter, Otto Kirchheimer e Jurgen Habermas, mostrandosi in maniera dirompente nella sua attualità: «il carattere della decisione politica indipendente dal sistema della legalità è fortemente radicato in una dialettica conflittuale: è il modello dell'amico-nemico» (E. Resta, 1982, p. 25)<sup>22</sup>.

L'osservazione, come punto di partenza della sociologia del diritto, sembra essere il manifesto programmatico di questa elaborazione concettuale: «Un'opera scientifica richiede, per essere prodotta, gli stessi requisiti di un'opera d'arte: sensibilità spirituale, immaginazione e capacità di dare forma alle proprie intuizioni» (E. Resta, 1978, p. 99)<sup>23</sup>. Tuttavia, centrale nell'impianto teorico di Resta è anche la personale concettualizzazione del cosiddetto «punto di vista esterno» di Herbert Hart<sup>24</sup>, alla cui rielaborazione Eligio Resta dedica anni più avanti la bellissima ricerca sui paradigmi dell'osservatore<sup>25</sup>.

Nel tentativo di riduzione della complessità del sincretismo di Eligio Resta, si potrebbe dunque distinguere un nucleo di stampo weberiano, ancorato all'idea di giuridificazione dello stato e laicizzazione del diritto come razionalizzazione dell'impresa politica ed al fondamento della struttura consensualistica della coercizione: «Il processo di mutamento del diritto avviene attraverso statuizioni formali, ma è spinto da una serie di fattori concomitanti» (E. Resta, 1982, p. 16) – corretto dal secondo sguardo della legittimità fattuale di Luhmann, e dunque della legittimità del diritto come «una aspettativa di una aspettativa cognitiva di una aspettativa normativa»<sup>26</sup> (E. Resta, 1978, p. 240) – dai nessi mobili con la teoria funzionalistica di Talcott Parsons, in particolare sul significato della norma per un soggetto che agisce di una determinata situazione e in un certo ruolo (E. Resta, 1978, pp. 137-138).

Tuttavia, in un vero e proprio *climax* scultoreo, nel quale man mano l'oggetto dell'indagine si scarnifica dalle interferenze, ripiegandosi sulla

<sup>22</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, pp. 33-34; *Legalità e legittimità*, pp. 211-216, 236-237, 239-240, 244 in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972.; F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 288-293, 296; O. KIRCHHEIMER, *Il «Rechtsstaat» come parete magica*, 1, in *The critical spirit*, Beacon Press, Boston, 1967, pp. 331-332, 336-340; J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Etas Compass, Milano, 1967, pp. 235-238; J. HABERMAS, *Per la ricostruzione del materialismo storico*, Etas, Milano, 1979, pp. 207-212; *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 106-112.

<sup>23</sup> E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 79-82, 84-85, 96.

<sup>24</sup> H. HART, *Il concetto del diritto*, op. cit., pp. 63-70.

<sup>25</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

<sup>26</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 261; *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, pp. 5e-60.

sua ragion d'essere, vale a dire l'essenza della decisione, la riflessione di Eligio Resta giunge nel 1984 all'*Ambiguo diritto*. Ed è qui che l'ordine del diritto assorbe su di sé il peso del fondamento coercitivo e dell'autopoiesi della teologia politica. La fonte di ispirazione diviene allora la letteratura come inesauribile fucina di esperienze e di fatti sociali (ad esempio, Walter Benjamin, più che Ludwig Gumplowicz!), tra i quali il diritto conserva una sua peculiarità soltanto perché si rivela essere il più forte rispetto agli altri. La riflessione abbraccia temi importanti come l'uguaglianza e la distribuzione delle risorse; l'autonomia dei poteri; il sistema penale come rappresentazione collettiva; il diritto dell'emergenza; il diritto penale premiale.

Questa stagione dischiude la via allo studio degli archetipi della violenza creatrice di diritto, ai quali Resta dedica la sua nota e vasta riflessione dagli anni Novanta in poi<sup>27</sup>.

Avviandomi alle conclusioni, vorrei esprimere alcune considerazioni in ordine alla scelta di dedicare un contributo agli scritti più risalenti e non ad altri più vicini sul piano temporale e forse, se si vuole, più caratterizzanti della propria individualità scientifica.

Ho incontrato Eligio Resta nel 2002, quando era stato da poco pubblicato *Il diritto fraterno*, una delle opere di maggior diffusione e impatto culturale. Gli anni della mia formazione sono stati profondamente pervasi dallo studio multidimensionale di Eligio Resta nei più svariati ambiti: il diritto come critica della violenza, il rapporto tra tecnica e diritto, la riflessione ecologica, il fondamento mistico del diritto, la dissimulazione della guerra, le ipostasi della giustizia, le metamorfosi del pentitismo, l'infanzia, la dicotomia pubblico/privato, le metamorfosi del mito, ed ancora l'identità, i doppi binari del diritto, le economie politiche dei corpi, i paradigmi genealogici ed archeologici, la concettualizzazione della coppia amico/nemico, il pacifismo giuridico, la verità effettuale, e molto, ma molto altro ancora.

Credo sia interessante ricercare le tracce di questo sincretismo, per tentare di comprendere cosa si sta studiando quando si sta studiando qualcosa e per cogliere un insieme di riferimenti culturali nascosti nelle righe di ciò che si scrive e che non può sempre emergere da un testo, che nella selettiva attività della scrittura, tradisce la totalità.

Vi è un passaggio di *Poteri e diritti* che merita di essere menzionato, nel quale Eligio Resta scrive che «il giurista viene sempre dopo» affermando che «Non ci sono ways of worldmaking [...] che non nascano da un proprio auto-riferimento rispetto ad una realtà; vengono, appunto, sempre dopo»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Si pensi soprattutto ad opere come *Poteri e diritti* e *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza* pubblicati nel 1996.

<sup>28</sup> E. RESTA, *Poteri e diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 213.

Ecco, certamente meglio di me l'Autore chiarisce cosa viene prima rispetto ad un dopo.

Da ultimo, mi piacerebbe ricordare che E.R. non ha mai dissimulato la sua simpatia nei confronti del barocco. Ritengo che questo sia un tratto distintivo per indagare le pieghe del suo pensiero, all'interno delle quali si annida quell'idea di barocco descritta da Walter Benjamin ne *Il dramma barocco tedesco* come "simultaneità spaziale impropria"<sup>29</sup>. L'insieme del tutto non equivale alla somma delle sue parti. Eppure ogni singola linea indipendente si combina con il "canto dato". Sono personalmente convinta che il fondamento del diritto moderno, del tutto primordiale rispetto alla elaborazione teorica, sia per E.R. molto vicino all'idea del *punctus contra punctum*.

Ecco, anche l'opera di E.R. è un'opera simultanea, che talvolta disorienta l'interlocutore per l'ampiezza di orizzonti, rendendo certamente vano e malconcio qualsiasi tentativo mimetico, pur inconsapevole, da parte dell'allievo, e proprio per questo incoraggiando l'autonomia di coloro i quali intuiscono dove si posiziona la sottile linea invisibile tra identità e differenza. Simultaneamente mette alla prova l'oggetto del sapere ed il sapere di quell'oggetto, i destinatari, la verità del metodo e le regole del gioco comunicativo e prescrittivo. Simultaneamente si sposta dall'universale al particolare e dal particolare all'universale. Simultaneamente seleziona processi, risultati e principi. Simultaneamente, dunque, professa il compito infinito del giurista nella società.

---

<sup>29</sup> W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999, p. 55.

Enrica Rigo\*

*Asilo, ospitalità e diritto al territorio*

In un recente intervento pubblico, Gaetano Silvestri, già presidente della Corte costituzionale<sup>1</sup>, ha indicato nel diritto d'asilo la traduzione in formule concrete di quel principio di fraternità solennemente proclamato dalla dichiarazione del 1789 «ma non molto coltivato, sia nella teoria politica e giuridica, sia nella prassi sociale e istituzionale» (G. Silvestri 2018, p. 1).

Ascrivere il diritto d'asilo alla fraternità significa riconoscerne la costitutiva eccedenza rispetto alla legge, ovvero, prendere sul serio la difficile «incorporazione» della vita nel diritto (E. Resta 2007; 2011). D'altro canto, è lo stesso Silvestri ad affermare, in riferimento all'asilo costituzionale di cui all'art. 10 comma 3 della Costituzione, che il suo contenuto non coincide con lo status di rifugiato introdotto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, né è sovrapponibile alla protezione sussidiaria prevista dalla direttive europee. Sotto l'ombrello protettivo dell'asilo costituzionale, considerato come norma di chiusura del sistema personalistico dei diritti a tutela della dignità della persona, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha elaborato, negli ultimi anni, uno degli esempi più fecondi di diritto vivente in tema di protezione degli stranieri (M. Benvenuti 2018). Ne è un esempio la recente pronuncia della Corte di cassazione n. 4455 del 2018 sulla protezione umanitaria, nella quale si riconosce che il diritto alla protezione può essere determinato anche dalla mancanza, nel paese di origine,

«delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per una vita dignitosa».

Il concetto di vita dignitosa non può essere ricostruito in astratto, ma è calato nelle relazioni sociali in cui il soggetto è inserito, nel contesto

---

\* Insegna Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre. Dirige presso lo stesso Dipartimento la Clinica del Diritto dell'Immigrazione e della Cittadinanza.

<sup>1</sup> Gaetano Silvestri è stato eletto alla Consulta il 22 giugno 2005 e la ha presieduta dal 19 settembre 2013 fino alla fine mandato conclusosi il 28 giugno 2014.

concreto della sua vita attuale, nonché alla luce delle possibilità che questa potrà offrirgli per il futuro (G. Silvestri 2018, p. 8). È, dunque, attraverso il prisma delle relazioni che il soggetto instaura con i territori che attraversa che va letto quel diritto di ogni uomo e di ogni donna ad avere un posto per vivere, e che la tradizione giusnaturalistica pone a fondamento del diritto di ospitalità. Il diritto di ciascuno *al* territorio, in luogo del diritto autoritativo dello Stato *sul* territorio (E. Resta 2011, p. 209; per una discussione Rigo 2007, pp. 176ss), a cui è invece ricondotto il potere arbitrario di escludere chi viene considerato straniero. Per George Jellinek, il diritto statale sul territorio non è un diritto oggettivabile in capo allo Stato, ma è un riflesso della potestà sulle persone, ovvero, di un diritto che può essere riconosciuto solo in capo ai soggetti: «è un diritto riflesso, non un diritto nel senso subbiiettivo» (G. Jellinek 1900, p. 17). La conseguenza è che, chi si trovi temporaneamente sotto il potere di uno Stato straniero, «viene considerato non soltanto come *subditus*, ma anche come *civis temporarius*, il quale non ha solo pubblici doveri ma altresì pubblici diritti» (ivi, p. 23). A determinare quello slittamento concettuale che fa della relazione tra lo Stato e il proprio spazio di sovranità uno *jus sublime in territorio*, ovvero, un diritto capace di escludere, è il passaggio tra la considerazione del territorio dal diritto interno al diritto internazionale. Ed è per questa ragione che Jellinek auspica che «la dottrina del territorio dello Stato, liberata da tutte le scorie del diritto privato, [sia] una buona volta, in maniera conseguente, trasferita anche nel diritto internazionale» (ivi, p. 21). Un auspicio che oggi è ancora lontano dal realizzarsi, e che sembra addirittura andare in senso opposto dal momento che la *governance* globale della mobilità umana ha reso la libertà di circolazione tra i confini un privilegio riservato a pochi.

Quella che il diritto intrattiene con l'ospitalità non è certo una relazione facile. Per darne conto, sarebbe sufficiente richiamare Jacques Derrida, secondo il quale l'iscrizione kantiana dell'ospitalità all'interno del diritto, se da un lato fonda il diritto cosmopolitico, dall'altro ne distrugge alla radice la possibilità poiché l'«idea infinita» dell'ospitalità «dovrebbe resistere al diritto stesso – e comunque superarlo nel punto stesso in cui lo esige» (J. Derrida 1997, p. 79). Né, ancorare l'ospitalità al contesto concreto delle relazioni, rende più semplici le cose, dal momento che è proprio «l'irriducibile “eccedenza” della vita rispetto a tutte le forme» (E. Resta 2011, p. X) a rendere indomita l'incorporazione dell'esperienza nella legge.

Non stupisce, dunque, che l'asilo, in quanto forma giuridica dell'ospitalità, abbia suscitato sentimenti ambivalenti tra i giuristi. Si pensi,

per esempio, agli strali polemici che, contro l'asilo, aveva rivolto Cesare Beccaria, secondo il quale, «L'impunità e l'asilo non differiscono che di più e meno» e ancora

«Moltiplicare gli asili è il formare tante piccole sovranità, perché dove non sono leggi che comandano, ivi possono formarsene delle nuove ed opposte alle comuni, e però uno spirito opposto a quello del corpo intero della società.» (C. Beccaria 1764, p.112).

In quanto deroga alla legge – inclusa, al giorno d'oggi, la legge del territorio e del suo ordine – l'asilo è, dunque, il più antilluministico dei diritti, poiché si contrappone alla sovranità indiscussa della legge.

Tra le trattazioni sul tema, pur se in Italia poco nota, quella di Rudolf von Jhering non è certo di secondo piano. Discostandosi dalla tradizione giusnaturalistica che riconduce l'ospitalità all'obbligo morale, egli fonda invece l'ospitalità sull'interesse. Quello dei traffici e dei commerci, certo, ma anche quello legato allo sviluppo stesso del diritto (per una discussione, E. Rigo, 2018). Paragonando la vita del diritto a quella del fanciullo, la quale è inizialmente limitata dalle mura domestiche, il giurista della giurisprudenza degli interessi descrive, attraverso l'ospitalità concessa allo straniero, il processo con cui il diritto attrae nuovi popoli nella sua sfera di comunanza giuridica:

«Così il territorio, in cui ha vita la mancanza di diritti per lo straniero diviene sempre più piccolo, e la sfera della comunanza giuridica sempre più grande; finché alla fine il principio della mancanza di diritti per lo straniero (che fino a quel tempo solo in singoli casi per trattati speciali tra popolo e popolo era messo da parte) viene in massima abolito, segnatamente pel principio della capacità giuridica dell'uomo come tale». (R. von Jhering, 1887, p. 21).

Torna, dunque, anche in Jhering, il problema dell'ospitalità in relazione al territorio: è nel territorio, che arbitrariamente esclude gli stranieri dalla sfera del diritto, che «ha vita la mancanza di diritti per lo straniero», ovvero, un'istituzione della «nuda, cruda violenza» (*ibid.*, p. 15) dal momento che il diritto si manifesta proprio dove ha fine la sua assenza. Il limite della legge, che per Beccaria segnala solo la sua deroga in quanto spazio di impunità, è, per Jhering, una soglia che proprio l'ospitalità consente di superare, così che, allo spazio escludente del territorio, si sostituisce una «sfera della comunanza giuridica sempre più grande».

Quello che nel primo volume de *Lo scopo del diritto* (1877) è un breve accenno all'ospitalità tra le forme della gratuità, diventa, nel 1887, un prezioso

trattatello in cui il giurista si confronta con il proprio tempo. Un'epoca in cui l'ospitalità è divenuta inattuale – secondo l'autore – proprio per il venir meno della mancanza di diritti in capo allo straniero e il riconoscimento della capacità giuridica dell'uomo in quanto tale (R. von Jhering, 1887, p. 21). Ricostruirne le origini e il fondamento dell'ospitalità sull'interesse anziché sul sentimento morale, non significa tuttavia sminuirne la portata:

«Non già il sentimento morale, ma il riconoscimento del pratico valore dell'ospitalità, le ha dato vita. Resasi evidente la necessità dell'ospitalità, il sentimento morale se ne è impossessato, rendendosi così padrone di un terreno che si era andato preparando; il che del resto è accaduto di tante altre istituzioni». (R. von Jhering 1887, p. 9)

Così come per altri esempi di atteggiamenti altruistici, benevolenza e beneficenza non sono per Jhering sufficienti a spiegare la meccanica sociale. Anzi, così come nel caso del malcostume della mancia, l'asimmetria da questa determinata assume l'aspetto di un dono avvelenato nella misura in cui la mano tesa che salva è la stessa che afferra la preda (E. Resta 2009, p. 82). L'interesse, a cui Jhering riconduce l'ospitalità, appare dunque lontano da un utile meramente economicista, e inerisce piuttosto alla stessa costituzione societaria della convivenza umana. È la possibilità di ricondurre l'ospitalità a un rapporto pienamente giuridico, basato sull'interesse per i traffici e i commerci intrattenuti con lo straniero, che ne disvela l'utilità e lo scopo, ma anche la posizione di primo piano tra le istituzioni sociali. Tanto da portare il giurista dell'egoismo sociale ad affermare che «il concetto del diritto porta con sé la cognizione dell'ospitalità; il concetto di questa porta con sé la cognizione del diritto» (R. von Jhering 1887, p. 10)

Riferendosi alla svolta semantica che l'opera di Jhering ha segnato per la teoria dei diritti, Eligio Resta ha affermato che a determinare il destino dei diritti è «un senso vitale della lotta per l'autoaffermazione dei soggetti sociali» (E. Resta, 1990, p. 31). L'interesse per il romanista e civilista tedesco ricorre di frequente negli scritti di Resta: di contro a chi ha visto nel laicismo della giurisprudenza degli interessi una riduzione dei diritti a mero economicismo, è la «reciprocità positiva» che fonda la teoria jheringiana a essere valorizzata. Ovvero, lo schema per cui, «il mio diritto pretende rispetto perché vengano rispettati i diritti degli altri e viceversa» (ivi). D'altro canto, si tratta dello stesso schema che Resta auspica per tenere aperti quei «cantieri kelseniani» così necessari ad affrontare i tempi presenti. Primo tra tutti, quello di un costituzionalismo fondato sul *demos*, in luogo di un *ethnos* (E. Resta, 2007), ovvero, su regole condivise, sia all'interno che tra gli Stati,

invece che imposte dal motore immobile della sovranità: “congiurate” – per utilizzare un’espressione dell’autore de *Il diritto fraterno*.

Emerge dunque, finalmente, un ulteriore significato del diritto “al territorio” come diritto vivente. Quello che sottrae il territorio alla logica che ne fa un terreno della disputa tra Stati e lo riconsegna, invece, alla lotta per il diritto all’autoaffermazione dei soggetti sociali. Appare, oggi, questo, il senso profondo dell’asilo.

### Bibliografia

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*. Vol. I, Mediobanca, Milano, 1984.

M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in «Questione Giustizia», 2, 2018.

J. DERRIDA, *Questione dello straniero venuto da fuori*, 1997, in A. DUFOURMANTELLE, J. DERRIDA, *Sull’ospitalità*, trad. it., Baldini & Castoldi, Milano, 2000.

G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, 1900, trad. it., Giuffrè, Milano, 1949.

R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*. Vol I, 1877, trad. it., Aragno, Torino, 2014.

R. VON JHERING, *L’ospitalità presso gli antichi*, 1887 trad. it. Tipografia dell’editore E. Vecchi e C., estratto dalla Rivista di Giurisprudenza di Trani, 1889.

E. RESTA, *Per una teoria generale dei diritti*, in «Scienza e politica», 2, 4, 1990.

E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, III ed., 2007.

E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell’Unione allargata*, Meltemi, Roma, 2007.

E. RIGO, *L’ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering*, 2018, in G.G. GRISI, C. SALVI, *A proposito del diritto post-moderno. Atti seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, Roma TrE-Press, pp. 231-240, Roma, 2018.

G. SILVESTRI, *Il diritto fondamentale di asilo e alla protezione internazionale*, 2018, relazione tenuta per la Scuola Superiore della Magistratura, Catania, 14 settembre 2018.



Gilda Diotallevi\*

*L'eccedenza*

Il saggio è qualcosa che implica la vaghezza  
in un campo dove la precisione è possibile[...]  
oppure il colmo del rigore ottenibile là dove  
la precisione è impossibile.  
R. Musil

1. *L'eccedenza*

Nell'imperfettibile desiderio di conoscere e governare la realtà, l'uomo si approssima ad essa nel tentativo di renderla oggetto di un proprio sapere e di un proprio potere. A tal fine il pensiero umano formula categorie, definizioni e sistematizzazioni atte a descrivere ciò che, in definitiva, sempre permane parzialmente sconosciuto e non del tutto indagabile<sup>1</sup>. L'operazione di razionalizzazione del mondo risulta un'attività necessaria al suo controllo anche se, indipendentemente dal sistema di riferimento di cui ci si servirà, non potrà mai eliminare, ma al limite ridurre, lo scarto con il reale.

L'aporia di fondo che si sperimenta contrappone da un lato l'eccedenza e l'intrasparenza della realtà ultima, dall'altro la necessità per l'uomo di ricondurre a sé un mondo altrimenti ingovernabile, traducendolo in forma intellegibile. Costringere l'infinita molteplicità del reale, di per sé mutevole e incostante, dentro un sistema organizzato che si fondi su definizioni e delimitazioni delle possibilità<sup>2</sup>, genera però il naturale formarsi di incongruenze e mancate compatibilità a cui il sistema stesso deve porre rimedio. Ogni forma di riduzione della complessità, per quanto necessaria, comporta infatti rischi elevati, imponendo decisioni, recisioni e possibili de-soggettivazioni.

\* Dottoressa di ricerca in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

<sup>1</sup> Jean-Luc Nancy attribuisce la natura dell'inappropriabilità al pensiero che non si dona una volta per tutte, che non ci dà accesso al senso e per tale motivo *pesa*. La stessa etimologia latina di pensare è *pesare, soppesare*, costituendo su di noi una pressione, una «curvatura palpabile». J-L. NANCY, *Il peso di un pensiero, l'approssimarsi*, Mimesis, Milano, 2009, p. 12.

<sup>2</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Mulino, Bologna, 2001.

Eppure la natura, in fondo insondabile e opaca, sarebbe difficilmente leggibile senza qualche forzatura da parte dell'uomo che si allontana dall'autenticità eteronoma e si approssima alla sicurezza della mono-dimensione, consapevole della mancata coincidenza tra realtà e realtà percepibile. A fronte della distanza, manifestantesi in forme di indecodificabilità, tra il senso ultimo e il significato esibito, resiste il linguaggio. Esso, strumento in grado di organizzare le pratiche conoscitive, traduce il reale in razionale, presentando il segno che nega e al contempo, forse, custodisce il non dicibile. Se infatti l'incarnazione linguistica libera il senso dalla contingenza, dalla imprevedibilità, dalla dimenticanza, dall'altra lo involve in una struttura fissa incapace di contenere la tensione dell'eccedenza. Ogni volta che esso venga "afferrato", ricorda Jean-Luc Nancy, lo si irrigidisce dentro uno schema che lo vuole certo ed eterno, esercitando su di esso una violenza, una prevaricazione alla sua vera essenza<sup>3</sup>.

Fin dall'inizio il linguaggio si presenta nella sua doppiezza, soggetto di una attività costruttivista e oggetto strumentale di comunicazione e funzionamenti sistemici. Il senso linguistico non può essere perciò pensato come avente un significato definito e univoco ma, nella sua densità semantica, andrà sempre ricercato in quello scarto tra rappresentato e rappresentabile. Costantemente in bilico, non sapremo mai se sia il linguaggio a esprimere il senso o se al contrario sia il senso a permeare il linguaggio. Tanto che, paradossalmente, sarà proprio la struttura linguistica a permettere il debordare dalla sua stessa staticità e lo sconfinare dallo schematismo su cui si organizza.

La debolezza del *logos*, pronta a rimarcare l'incapacità di porre a totale espressione la conoscibilità, coincide proprio con la sua forza performativa, «pre-supponente e oggettivante»<sup>4</sup>. Di tale dicotomia si servirà anche il diritto, passando dall'essere strumento di descrizione e auto-descrizione a strumento di regolazione e auto-regolazione, esercitando così le proprie primarie funzioni ma nascondendo al suo interno una breccia nella teoria puramente logica, potenzialmente in grado di ri-figurare il reale<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. J.-L. NANCY, *Il peso di un pensiero, l'approssimarsi*, op. cit.

<sup>4</sup> G. AGAMBEN, *La stessa cosa*, in *Di-segno. La giustizia nel discorso*, a cura di G. Dalmaso, Jaka Book, Milano, 1984, p. 5.

<sup>5</sup> «[...] nel duplice senso di scoprire dimensioni nascoste dell'esperienza umana e di trasformare la nostra visione del mondo» Cit., P. RICOEUR, *Riflession fatta: Autobiografia intellettuale*, Jaka Book, Milano, 1998, p. 89.

## 2. *Il passaggio*

Le semantiche influenti che il tempo sedimenta, spesso esibite come coppie dicotomiche, costituiscono, in un certo senso, anche la vita del diritto. L'esperienza giuridica amplifica infatti l'aporetica relazione tra reale e rappresentabile, tentando al contempo di rendere la propria auto-rappresentazione giuridica l'unica possibile. Attraverso un'operazione cognitiva di riconoscimento il diritto regola il tutto, la società, essendone una parte, auto-attribuendosi una obbligatorietà che consolida la propria autonomia. Eppure anche in questo caso l'eccedenza del senso rispetto al suo segno, seppur tradotta nella relazione tra cognitivo e normativo o meglio, parlando di sistemi, tra mondo della vita e mondo del diritto, mantiene una sua inespugnabilità, mostrando l'«insopprimibile eccedenza della vita rispetto a tutte le sue forme»<sup>6</sup>.

Si instaura così una dialettica costitutiva tra l'inesauribilità del senso e la contingenza della forma. Il sistema del diritto necessita di riduzioni e definizioni certe e astratte che mal convivono con l'apertura e la mobilità che la semantica ontologica si porta dietro. Il necessario passaggio, ai fini della funzionalità del sistema giuridico, dalla autorappresentazione naturale a quella giuridica esprime il carattere istituzionale del diritto e il potere costruttivista dello stesso. Anche se in ogni «astratta formalizzazione sistemica»<sup>7</sup> esisterà sempre un mancato fondamento, un non detto che il sistema del diritto contiene ma non esplicita.

Sebbene infatti il modello classico<sup>8</sup> del sistema giuridico si autodefinisca come assiomatico, esiste al suo interno un movimento inarrestabile tra gli elementi che ne fanno parte, così come, nonostante la sua dichiarazione di indipendenza e autosufficienza, la precomprensione costitutiva del senso risiede anche in un certo rimando all'esterno di sé. I confini stabiliti dal sistema del diritto e dalla sua operazione di autopoietica mal sopportano le spinte endogene in direzione del reale, così come i rischi dell'indeterminato, dell'esogeno e non-definibile una volta per tutte.

Per tale ragione, in una forma ancora una volta paradossale, il diritto tende a chiudere il sistema che esso stesso ha creato sulla base del linguaggio. La costruzione degli elementi interni, e quindi delle norme ad alto

<sup>6</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 40.

<sup>7</sup> N. LUHMANN, *The autopoiesis of social systems*, in F. GEYER, J. VAN DER ZOWEN, *Sociocybernetics paradoxes*, Sage, London, 1986, pp. 174-192.

<sup>8</sup> Pensiamo alla scuola storica del diritto che si ispirava a un modello prettamente gerarchico e assiomatico. Cfr. G.F. PUCHTA, *Cursus de Institutionen* (1841), Leipzig, 1871, 7 Aufl. Rudorff, I, par. 15, p. 33.

potere performativo, si basa infatti su operazioni semantico-rappresentative che traducono nel linguaggio giuridico concetti e parole che spesso derivano da sistemi altri. Tale passaggio, che permette tra l'altro, attraverso approssimazioni successive, la giuridificazione degli elementi estranei al diritto, non è privo di pericoli ma si pone al contrario come «effetto di una lotta per l'appropriazione del nome, necessario e proibito nell'intervallo tra due nomi assolutamente propri»<sup>9</sup>.

Come le differenze semantiche infatti si approssimano a un modello comune, travalicando il naturale terreno delle pertinenze linguistiche per rendere la parola simbolo comunicativo, il sistema del diritto si serve delle parole come di fattori (norme), a cui attribuire il potere di regolare una serie indefinita e indefinibile di fatti, cercando di ricondurre il tutto a una certa omogeneità. In quanto sistema altamente formalizzato il diritto tenderà a modificare il campo semantico delle parole, spostando il significato generale sul terreno del proprio significato specifico. Eppure né l'originaria significanza, né l'allontanamento da essa in vista della costituzione di un lemma la cui area di appartenenza sia quella delimitata dal linguaggio giuridico indicano una unità semantica. Entrambi i termini, eterogenei, contengono elementi linguistico-culturali che destabilizzano il significato, rendendolo pericolosamente pluralistico e differenziale.

In fondo la necessità per il sistema del diritto di definire e consolidare una grammatica costitutiva che contrasti l'incombere di una frammentazione deriva dal fatto che nonostante la selezione semantica interna, basata su relazioni sintattico-grammaticali e non aritmetico-quantitative, e la differenziazione funzionale del proprio sistema rispetto all'esterno, un'eccedenza intraducibile si sedimenta nella parola.

### 3. *La resistenza*

Il diritto contrappone all'eccedenza del senso la resistenza della forma. Non stupisce perciò che una certa tecnicità, nonché l'utilizzo di molti "strumenti operativi" tipici dei sistemi scientifici, siano presi in prestito dal diritto. Esso infatti, nel tentativo di isolare alcune categorie aprioristiche e di stabilire convenzionalmente definizioni e limiti, si serve di modelli pratici di induzione, deduzione, rappresentazione e approssimazione, tutti in grado di osservare il rapporto diritto/realità attraverso il parametro dell'astrazione<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> J. DERRIDA, *Des tours de Babel*, in «Aut Aut», n. 189-190, 1982, p. 70.

<sup>10</sup> «[...]l'idea base consiste nell'approssimazione discreta di proprietà da semantiche concrete o esatte a semantiche astratte o approssimate. Il processo di astrazione consente di evidenziare,

Per poter governare il suo oggetto, infatti, il sistema del diritto deve lavorare su elementi che siano il più generali e astratti possibile, deve cioè poter neutralizzare l'individuazione, la specificità propria di ogni contingenza, nonché la continua mobilità semantica dei concetti stessi. Risulta pur vero che le tipizzazioni, generalizzazioni e categorizzazioni, che prenderanno forma sia a livello grammaticale che sistemico-procedimentale<sup>11</sup>, realizzandosi con e attraverso il linguaggio, nonostante ricerchino omogeneità tra gli elementi interni, incorreranno comunque in dissimmetrie e aporie.

La particolarità risulta essere che, in fondo, l'unico strumento in grado di risolvere i paradossi ne sia esso stesso intriso e che lo strumento che più allontana il senso originario sia al contempo l'unico in grado di disegnare geometrie che si avvicinino alla fissità.

«Si potrebbe dire, con un apparente paradosso, che la cosa stessa<sup>12</sup> è ciò che, pur trascendendo in qualche modo il linguaggio, è, tuttavia, possibile solo nel linguaggio e in virtù del linguaggio: la cosa del linguaggio appunto»<sup>13</sup>.

Attraverso il segno e la sua incarnazione linguistica infatti il diritto può utilizzare mezzi simbolici atti alla ordinabilità del mondo, resistendo e contenendo l'inarrestabilità delle possibilità così come l'instabilità delle de-finizioni.

L'ecceденza viene infatti arginata operando, come ci ricorda Max Weber, con razionalità formale, ovvero attraverso un insieme di regole metodologiche che, decodificando e ricodificando secondo un linguaggio giuridico, garantiscono uniformità e continuità al sistema legale<sup>14</sup>. Si procede perciò, attraverso un metodo fortemente induttivo, a semplificazioni e stabilizzazioni che diano vita a forme simili e contenuti equivalenti. In altri termini il sistema del diritto lavora sul versante della resistenza, proteggendosi dalla molteplicità attraverso

---

all'interno della ricca struttura che modella la semantica concreta del programma, una particolare struttura». Cit., P. COUSOT, R. COUSOT, *Abstract interpretation: a unified lattice model for static analysis of programs by construction or approximation of fixpoints.*, in 4th Symp. on *Principles of Programming Languages*, ACM, 1977, pp. 238-252.

<sup>11</sup> I problemi attengono al momento *linguistico*, in cui le norme vanno coerentemente posizionate dentro la più ampia grammatica giuridica, al momento *operativo*, in cui norme e fatti si approssimano tra di loro, al momento *interpretativo ed applicativo*, in cui norme e regole si scontrano sulla effettività ed efficacia del caso concreto.

<sup>12</sup> Siamo nel cuore della paradossalità, della co-presenza di elementi che non trascendono completamente il linguaggio, pur non essendo affatto *la stessa cosa*. Cfr. G. AGAMBEN, *La stessa cosa*, op.cit., p. 5.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> M. WEBER, G. ROTH, C. WITTICH, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, University of California Press, Berkeley (CA), 1978.

la riduzione del reale in formule generali e astratte. Gli effetti che tale movimento comporta sono duplici, da un lato svuota di identità reale gli elementi, ma dall'altro li ricostituisce come giuridici proprio attraverso l'uso del suo specifico linguaggio<sup>15</sup>.

Per cui, ad esempio, le categorie spazio temporali diverranno variabili dipendenti del diritto e assumeranno le vesti di spazio giuridico e tempo giuridificato; l'ordine cosmico/naturale diverrà ordine auto-imposto; la volontà diventerà autorità decidente; le descrizioni muteranno in prescrizioni.

«La proposizione normativa, per il suo carattere precettivo, deve poter contare sul potere suggestivo della parola, cioè sul suo contenuto irrazionale, che conserva il riflesso della sua storicità, e nel tempo stesso lascia un alone indefinito, che consente l'esplicitarsi della libertà di apprezzamento dell'interprete. Ma questa zona o alone irrazionale dovrebbe costituire la cornice del quadro, poiché la parola della proposizione normativa, nel suo nucleo centrale, deve essere precisa [...]»<sup>16</sup>.

Il sistema del diritto, attraverso un'attività simbolico-normativa, che per essere utilizzabile necessita di incorporare lo scarto tra funzione dichiarata e metodo di perseguimento dello stesso, racchiude in "definizioni" la pluralità degli elementi, con il preciso scopo di ridurre e sospendere, temporaneamente, l'entropia semantica degli stessi. Attraverso giochi linguistici prima ancora che normativi, il sistema con-fina e de-finisce, arginando così quel flusso di incertezze che ne inficerebbe margini e contenuti.

Il diritto utilizza infatti il proprio potere performativo-decisorio per ricondurre a sistema le incognite indipendenti, per ricomporre le discrasie sistemiche e, nello specifico, per resistere all'apertura cognitiva verso cui ogni norma rischia di sconfinare.

Il sistema si salva perciò non indicando la reale verità sulla natura del termine/ente ma riposizionandolo, attraverso una decisione, al suo interno o al suo esterno rimarcandone i *fines*, ovvero i *limes* spaziali. Se il limite è una forma di separazione di un interno mobile da un esterno a sua volta

<sup>15</sup> «Se è certo che vi sia una linguistica giuridica, è dubbio che vi sia un linguaggio giuridico, separato da quello comune alla stregua dei linguaggi formali e simbolici delle *hard sciences*. In realtà, il linguaggio giuridico è un sottoinsieme, distinto ma non separato dal linguaggio generale o comune, con alcuni termini propri (che sono pochi, ed hanno – per lo più – una doppia appartenenza, al linguaggio giuridico e a quello comune [...]) e senza una propria sintassi, anche se, proprio per essere distinto, è percorso da tensioni che lo differenziano dagli usi informali e quotidiani di una lingua». Cit. S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in «Riv. Trim. dir. pubbl.», vol. 2, 1992, pp. 307-330.

<sup>16</sup> S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 145.

mobile<sup>17</sup>, fissarlo attiene a una dimensione prettamente convenzionale che non può avvenire una volta soltanto ma che rientra in una pratica continua di attribuzioni, oltrepassamenti e nuove ristabilizzazioni.

Nel nostro caso sarà il diritto stesso a decidere, di volta in volta, come reagire contro la contingenza spazio temporale, così come a giudicare l'opportunità o meno di reinterpretare le categorie definitorie alla luce di nuove istanze economico-sociali ed etico-politiche. Per farlo non si servirà solo della logica deduttiva e di regole applicate rigidamente, ma anche di una particolare *ars combinatoria* di dati cognitivi, euristici, probabilistici, resi poi oggetto di una certa generalizzazione congruente.

La misura della resistenza segna il grado di intensità della eccedenza. La facilità e possibilità con cui il senso travalica il significato, nonostante l'istituzione di norme circa la formazione, il funzionamento e la revisione delle regole giuridiche<sup>18</sup>, spiega come esso, lungi dall'essere eliminato, possa al più subire uno spostamento fenomenologico. Esso infatti verrà riassorbito attraverso dispositivi decisionali e costanti pratiche di interrogazioni e interpretazioni che comunque non garantiranno la totale incorporazione dell'assetto ontologico della realtà nelle strutture formali del discorso giuridico.

Le tracce della dismisura della realtà dilatano lo spazio calcolato della norma, spingendola nella direzione pericolosa dello sconfinamento, e costringendo il diritto a resistere con rigidità e prepotenza. Permane quindi, nella costituzione del sistema giuridico fondato per differenza rispetto a sistemi altri così come nei suoi stessi testi normativi, una zona di penombra<sup>19</sup> in grado di mettere in crisi la monosemia del senso normativo-giuridico, attraversato di continuo da scontri e mancate sovrapposizione tra *logos* e *nomos*, realtà e diritto.

<sup>17</sup> Il termine *limen* indica una soglia, un passo attraverso cui si penetra in un dominio e se ne esce, per cui non solo un segno divisorio ma anche un contatto tra regioni dello spazio. La linea lungo la quale i domini si toccano sul *cum-finis* è un modo di distinguere accomunando, è un *cum-fines*.

<sup>18</sup> Stabilendo perciò non solo la propria grammatica ma anche quella meta-grammatica in grado di regolare le modifiche della stessa. Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1984.

<sup>19</sup> R. GUASTINI, *Trama aperta, scienza giuridica, interpretazione*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, LED, Milano, 1994, p. 467.

#### 4. *Cambiamento del paradigma osservatorio*

L'immunizzazione operata dal sistema del diritto contro la continua varianza semantica delle parole rischia però di indebolirne il senso. Sebbene infatti i concetti, entrati nel lessico giuridico, vengano opportunamente depurati da implicazioni con sistemi altri, dovrebbero comunque mantenere una connessione con il loro pieno significato. In fondo è proprio nel *multiversum* sottratto alla pre-potenza delle definizioni che risiede la possibilità per il diritto di ricevere un sostegno alla sua funzionalità. La vivificazione di dimensioni ulteriori, come quelle etiche e politiche, seppur non incidendo direttamente nella asetticità dell'operatività giuridica, potrebbe aprire prospettive nuove sul diritto.

La contrapposizione dialettica tra senso e segno, tra cognitivo e normativo si riflette, in maniera ancora più violenta, in quella tra sistema della vita e sistema del diritto, rischiando di far perdere forza all'una e di far accrescere a dismisura di potenza l'altra. *L'impasse* è data dal fatto che l'interpretazione di tale rapporto risulterebbe comunque manchevole se ci si arrestasse a un solo punto di osservazione. La totale adesione a una prospettiva normativo-sistemica favorirebbe la razionalità ma a costo di una mistificazione di quelle spinte tensionali che, a dispetto di tutto, la realtà produce. Come pure lo spostarsi esclusivamente sul lato della soggettività favorirebbe il decisionismo ma aprirebbe la strada all'incertezza previsionale e a un eccesso di relativismo.

Una possibile soluzione per affrontare tale strutturale contrapposizione ci viene suggerita da un illuminante libro di Eligio Resta, *Le Stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, in cui per l'appunto si tenta di spostare il problema dal campo dei giochi dicotomici-oppositivi, offrendo così una nuova visuale dell'intero problema. Il movimento che deve essere compiuto è quello di porsi sulla linea di confine tra interno ed esterno, lì dove tutte le contrapposizioni si toccano e dove ogni scivolamento si interrompe perché diviene visibile. Su tale linea il sistema del diritto, potendo volgere lo sguardo su se stesso, scoprirà che il proprio oggetto, il diritto per l'appunto, non sia descrivibile unicamente sulla base di elementi interni. La messa in crisi del suo carattere autopoietico lo mostrerà, per la prima volta, facente «[...] parte di un tutto che sta fuori»<sup>20</sup>, il cui senso sarà da ricercare da qualche altra parte<sup>21</sup>. Il rimando "a qualche altra cosa", che l'autoinganno del diritto ha celato e lo spostamento sul confine invece

<sup>20</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 153.

<sup>21</sup> Ivi, p. 153.

smaschera, modifica irrimediabilmente la comunicazione del diritto e intorno al diritto.

Il cambiamento prospettico non è una operazione neutrale ma, evidenziando la presenza di differenti paradigmi, tutti parziali ed equivalenti<sup>22</sup>, suggerisce l'importanza di ridefinire di continuo i soggetti, i confini e gli strumenti stessi dell'osservazione. «I paradigmi sono diversi, cambiano, spostano il loro centro e raddrizzano il loro fuoco, ma tornano ad un punto che è la pratica di auto-osservazione»<sup>23</sup>.

La perdita di una sistematicità chiusa però non deve far pensare a un sistema votato alla accettazione della frammentarietà. Al contrario il riaggiustamento dell'osservazione sembra essere l'unico modo di ritrovare l'unità, seppur costituita artificialmente, incorporando aporie e assumendo fino in fondo le paradossalità. Sul margine, tra l'interno e l'esterno del sistema, permane la relazione tra discorso teorico e tecnico-giuridico, mostrando da un lato la presenza di variabilità e contingenze, ma dall'altra anche la necessità che esse vengano riassorbite attraverso il ri-ordine degli ordini auto-sostitutivi<sup>24</sup>. Il compito del diritto quindi si complessivizza, non dovendo solo regolare il sistema sociale, essendone una parte, ma anche auto-osservarsi sulla base di una differente definizione che sia «in grado di reggere il suo contenuto paradossale»<sup>25</sup>.

Il tradimento dell'autoreferenza però rischia di paralizzare lo sguardo dell'osservatore che, al contrario, solo allontanandosi da derive nihilistiche può riaprirsi a un secondo sguardo<sup>26</sup>. La latenza, lo scarto, le tracce cancellate non sono solo inciampi del sistema ma spinte all'oltrepassamento delle semplici tautologie, alla ricostruzione<sup>27</sup> dello stesso linguaggio filosofico esistenziale. A fronte della reale possibilità della dispersione e dello sfaldamento della costruzione del sistema giuridico, permane la più radicale esigenza del nostro pensiero, la cui istanza etica si rende insopprimibile. Nel momento infatti in cui l'assolutizzazione della ragione calcolante

<sup>22</sup> «Le osservazioni non sono false, né poche, ma soltanto parziali ed equivalenti». Cit. Ivi, p. 160.

<sup>23</sup> Ivi, p. 6.

<sup>24</sup> Ivi, p. 160.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> «Due sono le chiavi di riapertura: la consapevolezza di Goethe secondo la quale il diritto è necessità e malattia, di cui si può fare a meno in una società che è di *agathoi* e che pratica la fiducia; e quella di Nietzsche che, senza mezzi termini, ribalta una critica banale ed investe il diritto di vero carattere utopico». Cit., E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su Diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 204.

<sup>27</sup> Günter Teubner parla della ricostruzione del rapporto fra autoreferenza, paradosso, indeterminazione ed evoluzione del sistema giuridico. G. TEUBNER, *Evoluzione giuridica e autopoesi*, in «Sociologia del diritto», n. 13, 1986.

tende al suo scardinamento<sup>28</sup>, la nuova prospettiva lascia intravedere l'eccedenza, il senso oscurato dell'ulteriorità.

### Bibliografia

G. AGAMBEN, *La stessa cosa*, in *Di-segno. La giustizia nel discorso*, (a cura di) G. DALMASSO, Jaka Book, Milano, 1984.

S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in «Riv. Trim. dir. pubbl.», vol. 2, 1992.

P. COUSOT, R. COUSOT, *Abstract interpretation: a unified lattice model for static analysis of programs by construction or approximation of fixpoints.*, in 4th Symp. on Principles of Programming Languages, ACM, 1977.

J. DERRIDA, *Des tours de Babel*, in «Aut Aut», n. 189-190, 1982.

R. GUASTINI, *Trama aperta, scienza giuridica, interpretazione*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, LED, Milano, 1994

N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Mulino, Bologna, 2001.

N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1984.

N. LUHMANN, *The autopoiesis of social systems*, in F. GEYER, J. VAN DER ZOWEN, *Sociocybernetics paradoxes*, Sage, London, 1986.

J-L. NANCY, *Il peso di un pensiero, l'approssimarsi*, Mimesis, Milano, 2009.

G.F. PUCHTA, *Cursus de Institutionen* (1841), Leipzig, 1871, 7 Aufl. Rudorff, I.

S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978.

E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su Diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

P. RICOEUR, *Riflession fatta: Autobiografia intellettuale*, Jaka Book, Milano, 1998.

---

<sup>28</sup> Riscoprire l'eccedenza del senso, e l'aporia del suo fondamento, permette di comprendere come la responsabilità, il dono, la carità, il perdono, l'amore per il prossimo, non siano solo concetti, ma modalità di partecipazione alla comunità umana. «Non un'altra regola o un altro diritto (nel qual caso basterebbe cambiare o rovesciare la regola), ma l'altro della regola e del diritto». Cit., F. GARRITANO, *Aporie comunitarie: sino alla fine del mondo*, Jaka Book, Milano, 1999, p. 26.

M. WEBER, G. ROTH, C. WITTICH, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, University of California Press, Berkeley (CA), 1978.

G. TEUBNER, *Evoluzione giuridica e autopoiesi*, in «Sociologia del diritto», n. 13, 1986.



Michele Salomone\*

*Dilatare la soglia. Il fratello di Kafka e i suoi diritti*

Con mirabile inverosimiglianza, Giorgio Zampa ipotizza che Franz Kafka abbia avuto un figlio segreto da Grete Bloch, un'amica di Felice, mentre – piuttosto sorprendentemente – ignora l'evidente esistenza del fratello minore (?) del grande scrittore praghese.

Eppure Kafka non si astiene di certo dal seminare i suoi scritti di allusioni, se non – francamente – di espliciti riferimenti alla circostanza. Ancora più evidenti sono le narrazioni relative agli effetti di questa molesta presenza fraterna. I riferimenti meno equivocabili si rinvengono nella narrativa più che nei fuorvianti diari e nella vasta, dissimulatoria, corrispondenza.

La traccia più chiara si trova nella "Condanna"; chi altri è se non il fratello di Franz il cosiddetto "amico di infanzia" che vive in Russia e che il padre – all'evidenza: "sarebbe stato un figlio secondo il mio gusto" – gli preferisce? Egli giunge ad affermare di averlo sempre tenuto informato per via epistolare, a dispetto e all'insaputa di Giorgio, il figlio che gli sta di fronte, per quanto, proprio il burbero genitore giunge a insinuare che il fratello-amico sia soltanto una fantasia del suo sempre più sconcertato discendente.

D'altra parte, non c'è traccia reale di corrispondenza di ritorno da Pietroburgo, dove l'amico fraterno risiederebbe. Anita Rho prende un abbaglio traducendo «*Er hatte gerade einen Brief an einen sich im Ausland befindenden fügen freund beendet...*» con «aveva giusto finito di leggere la lettera di un amico di infanzia che dimorava all'estero...».

Poco male, peraltro. Che "il fratello" sia reale o, altrettanto plausibilmente, immaginato, è certo che Giorgio Bandemann viene rappresentato da Kafka come il suo usurpatore: egli ne occupa il posto, lo ha espulso da quella casa o addirittura dal mondo, prima del suo tempo.

Una più sofisticata allusione all'esistenza dell'ingombrante consanguineo si trova nel *Castello*. Nella lunga rappresentazione della schermaglia intrattenuta con il segretario Burgel, cui K. si rivolge per errore, dopo aver sbagliato porta, si ripropone, infatti, la rivalità pre-natale di Giacobbe ed Esaù, i gemelli biblici che si contesero fin dal grembo la primogenitura regale. Il commentario di Rashi alla Genesi riscatta il noto inganno di

---

\* Dirigente Inps.

Giacobbe a meramente ripristinatorio della più corretta primogenitura:

«Giacobbe aveva il diritto di tenere suo fratello per il calcagno, per cercare di trattenerlo. Egli infatti era stato concepito per primo ed Esaù per secondo. Se noi infatti prendiamo un tubo dall'imboccatura stretta e vi mettiamo dentro due pietre, una dopo l'altra, quella introdotta per prima ne uscirà per seconda, mentre quella introdotta per seconda ne uscirà per prima. È così che Esaù, concepito per secondo, uscì per primo, mentre Giacobbe, concepito per primo, uscì per secondo. Ed è per questo che Giacobbe voleva trattenerlo Esaù, per essere lui il primo a venire alla luce, così come era stato il primo ad essere concepito. Fu quindi lui ad aprire il seno materno e perciò ricevette di diritto la primogenitura».

Analogamente, nel letto-grembo che accoglie nel Castello K. e il segretario Burgel, il primo cerca un sostegno, afferrandosi «al piede di Burgel che spuntava fuori dalla coperta: Burgel diede un'occhiata e gli abbandonò il suo piede, per quanto la cosa dovesse essere fastidiosa». Una remissione che sembra un'ammissione: la docilità sospetta del fratello colpevole.

Il verdetto per Giorgio è in definitiva scontato. Da usurpatore quale è, egli ha costretto il fratello a un desolato esilio o più probabilmente non gli ha mai consentito di “avere luogo” presso un padre che nemmeno ha conosciuto, gli ha verosimilmente sottratto la compagna che un destino – peraltro, altrettanto iniquo – avrebbe forse riservato alla quieta felicità domestica del fratello mancato.

Ignorano, padre e figlio, le infinite risorse della Legge e non resta loro rispettivamente che emettere l'inappellabile sentenza che darvi auto-esecuzione, come capita alle sentenze quando siano perfette. L'esecuzione esemplare prevede la rinuncia definitiva – seppure tardiva – alla “terra”, il suo *nomos* gli è precluso, la sua dimora dissolutiva e riparatrice non potrà che essere l'acqua. È il verdetto a rivelare al condannato la sua colpa: la sua stessa esistenza usurpatrice; la responsabilità metafisica di esistere in “luogo del fratello” non emerso, ancora più originaria di quella del salvato nei confronti del sommerso: «la colpa è posta ineluttabilmente con la nostra vita» (M.Susman).

Nella parabola *Davanti alla legge*, l'uomo di campagna trascorre l'intera vita nell'attesa: «l'esistenza non è per Kafka che l'attesa del castigo» (R.Cantoni). Il superamento del varco gli è negato ma in realtà è stata proprio la sua attesa ad aprirlo; la sua presenza a spalancare la porta della Legge. Non è forse in quella vana attesa la condanna per la sua imperdonabile, fraticida, esistenza?

Ma che luogo è quello in cui si consuma l'attesa dell'uomo di campagna (come *Esaù, is sadeh*, “l'uomo dei campi”)? Cosa delimita?

L'occupazione dello spazio di attesa non è meno innocente solo perché apparentemente vana; comunque, consiste in una "presa di possesso", in un *nomos* del luogo che esclude l'altro, che esclude fatalmente il fratello usurpato. È, pertanto, pur sempre luogo di conflitto, di pratiche di egemonizzazione e di esercizio di violenza. Come farsi perdonare l'esistenza? Non è sufficiente nemmeno la consegna della propria stessa vita alla scrittura ("lo scrittore senza suolo" dei diari) intesa come riparazione, preghiera o espiazione, dal momento che in quell'esercizio si consuma il doppio ambiguo "movimento" di una colpa che si dispiega proprio attraverso il rito "patetico" della sua confessione (non comprendendo in alcun modo questa duplice dimensione, Max Brod ha miseramente tradito l'amico, contravvenendo alla sofferta ma ineccepibile consegna di distruggere la sua produzione, tanto più mostruosa quanto più geniale).

Il diritto del fratello, il diritto fraterno esige insomma la condanna. O almeno uno dei diritti del fratello di Kafka. In realtà, quell'attesa/espiazione è in grado di ridisegnare lo spazio politico del potere, sembra annunciare – oltre la stessa consapevolezza profetica di Kafka – la possibilità di un nuovo *nomos*, quello invocato dalle neo-cartografie del pianeta globalizzato, dalla sistematica, inarginabile, espansione dei *topoi* "urbani" verso l'aperto (*chora*).

L'uomo dei campi – in verità – non intende superare la porta della Legge; non può interrompere l'auto-esecuzione della pena perfetta che gli è stata inflitta. Egli è il più implacabile guardiano di se stesso. Violare una soglia vale comunque "occupare", sia che si espella il fratello, sia che si confidi nella sua ospitalità; significa rimanere pur sempre nello schema del *Landnahme*; implica «una presa di possesso della terra, il passaggio ... alla dimora stabile, a sua volta ... presupposto alla divisione della terra» (C. Schmitt) e all'*oikos* che esclude.

Nelle scritture biopolitiche moderne dello Stato-nazione, ogni individuo è un soggetto sovrano di diritto e si consegna a un organico complessivo che lo riconosce come proprio elemento, gli conferisce una identità e ne legittima l'affermazione politico spaziale, la partecipazione selettiva ed esclusiva del suo corpo alla territorializzazione politica dello spazio. La nuda vita è allo stesso tempo strumento e fine del dispositivo intorno al quale si è organizzato il potere politico moderno.

"Davanti alla legge", tuttavia, si apre per l'uomo di campagna la dimensione smisurata della sua colpa. Sono le stesse "violente" scritture della terra a costringerlo alla responsabilità: egli non può superare quella porta se non a condizione di moltiplicarne la misura.

"Durante l'attesa", l'aperto – oltre la porta – muta la sua connotazione

geopolitica, la sua “cartografia”: non è più lo spazio (*chora*) sistematicamente conteso dal luogo espansivo (*topos*) della città (ormai tradottasi da assediata dalla *fysis* a assediante) ma già un’altra città metaforicamente giustapposta. Senza accedere a questa visione, l’apertura di senso che da Benjamin ad Agamben si intuisce nella valorizzazione del tema della soglia rimane incompiuta.

L’interlinea non è solo, non è più soltanto la soglia agambeniana sottratta ai cartografi e consegnata alla simbologia dei trapassi/delle traduzioni di senso, funzionali alle rinnovande scritture del linguaggio e delle metafore del potere politico del moderno (*zoelbios*, natura e cultura, *chora* e *topos*) ma appare piuttosto quale spazio “abitabile”, concettualmente più prossimo a quello concepito – seppure, timidamente – dal Benjamin dei Passages («La soglia deve esser distinta molto nettamente dal confine. La soglia [Schwelle] è una zona»).

In un globo, tendenzialmente, a totale ‘territorializzazione’, la soglia si propone piuttosto come area della dimora condivisa; non mero luogo del transito, del mutamento ma dello stesso abitare: “il *nomos* della soglia” invoca una riscrittura della semantica del potere politico che depositi l’accezione della presa di possesso, in favore di una “dilatazione indeterminata” – e non solo metaforica – della soglia e di una mite “sovversione” della sua presunta *a-oikia* (inabitabilità).

Il rovesciamento delle categorie territoriali della geografia politica reclama la sua riformulazione giuridica per una gestione “ecologica” della soglia, una riscrittura della disciplina giuridica della terra, una disciplina che contempra le ragioni mute del fratello, un altro diritto fraterno.

Soglia come luogo a-despota, de-soggettivizzato; luogo di attesa permanente; di possibile approdo; di promessa di reciproca cura: l’*ethos* in atti.

Mentre “coltiva” la sua colpa, l’uomo di campagna, l’uomo della soglia prepara l’*habitat* per il fratello sconosciuto che probabilmente l’attende dall’altra parte della porta della Legge.

Egli presidia il diritto perduto del fratello mai emerso e il diritto futuro del fratello emergente.

## Bibliografia

G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.

D. ASSAEL, *La fratellanza nella tradizione biblica*, Edizioni Campostrini, Verona, 2014.

- G. BAIONI, *Kafka. Letteratura ed ebraismo*, Einaudi, Torino, 1984.
- W. BENJAMIN, *I "passages" di Parigi*, Einaudi, Torino, 2000.
- M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Adelphi, Milano 1994.
- M. CACCIARI, *Icone della Legge*, Adelphi, Milano, 1987.
- R. CANTONI, *Che cosa ha veramente detto Kafka*, Ubaldini ed., Roma, 1970.
- V. JANKELEVITCH, *Il non-so-che e il quasi niente*, Marietti, Torino, 1987.
- F. KAFKA, *Il messaggio dell'imperatore*, Adelphi, Milano, 1981.
- F. KAFKA, *Il castello*, Mondadori, Milano, 1979.
- M. PONZI, D. GENTILI (a cura di), *Soglie. Per una nuova teoria dello spazio*, Mimesis, Milano, 2012.
- RASHY DE TROYES, *Commento alla Genesi*, Marietti, Torino, 1985.
- E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Bari, 2002.
- E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 1996.
- C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Adelphi, Milano, 1991.
- C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015.
- M. SUSMAN, *Il libro di Giobbe e il destino del popolo ebraico*, Giuntina, Firenze, 1999.
- G. ZAMPA, *Rilke Kafka Mann*, De Donato, Bari, 1968.



Giuseppe Grisi\*

*Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*

1. *L'intersessualità alla frontiera dei diritti*

Sono rari, ma non isolati, i casi in cui il sesso di un individuo non è anatomicamente e biologicamente certo. Chi versa in tale condizione è detto intersessuale. Ne parliamo perché numerosi fatti recenti, nello scenario internazionale, segnalano la centralità acquisita, nell'ampia sfera del diritto delle persone, dalla questione attinente al diritto di tali soggetti di ottenere pieno riconoscimento della loro identità sessuale e/o di genere e, dunque, una registrazione anagrafica con essa/e congruente. Prenderemo taluni di detti fatti a riferimento e ne descriveremo sinteticamente i tratti: il quadro che emergerà, ancorché incompleto<sup>1</sup>, consentirà di meglio comprendere qual è il tema che qui intendiamo analizzare, i suoi confini, le sue implicazioni e le linee di tendenza che, proprio dalla riflessione su quei fatti, possono trovare alimento.

Cominciamo col considerare una vicenda giudiziaria che chiama in causa il *Personenstandsgesetz* austriaco del 2013, il quale impone di inserire nell'atto di nascita l'indicazione del sesso (*Geschlecht*), operata tramite scelta tra "maschile" e "femminile", unitamente ad altri dati personali. Un soggetto intersessuale ha promosso ricorso verso il rifiuto, opposto dalle competenti autorità amministrative ed avallato dai giudici amministrativi, alla sua richiesta di correzione della relativa registrazione. I giudici della Corte Costituzionale si interrogano circa la compatibilità della predetta disciplina con l'art. 8 della CEDU e convengono che va riconosciuto il diritto di rifiutare un'attribuzione di genere non corrispondente alla propria identità sessuale. Evitano, tuttavia, di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma interessata, ritenendo consentita un'interpretazione costituzionalmente orientata della medesima: essa, infatti, facendo genericamente riferimento al sesso senza specificazione alcuna, può prestarsi a ricomprendere, oltre ai generi "maschile" e "femminile", altre identità

\* Insegna Istituzioni di Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

<sup>1</sup> Saranno oggetto di considerazione i profili giuridici – e nemmeno tutti e in modo approfondito – dell'intersessualità che, come è facile intuire, è fenomeno che, per essere compiutamente analizzato, richiede il contributo di conoscenze di diverse discipline.

sessuali, identificabili tramite i termini “diverso” o “inter” o in altro modo. Sicché l’uso di tali termini, qualora richiesto, diventa doveroso per gli ufficiali di stato civile, in applicazione della legge che consente la modifica, l’integrazione e la correzione dei dati inerenti l’identità sessuale: è così apprestata adeguata tutela dell’identità sessuale delle persone intersessuali.

La sentenza del *Verfassungsgerichtshof* austriaco risale al 27 giugno 2018<sup>2</sup> e approda, per una via diversa, ad un risultato non poi così dissimile da quello raggiunto, qualche mese prima, dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>3</sup>, il quale aveva imposto al legislatore di intervenire entro il 31 dicembre 2018 per modificare la legge tedesca sullo stato civile (il *Personenstandsgesetz* oggetto di modifica nel 2013) che, prevedendo in aggiunta alla registrazione del sesso maschile o femminile solo la possibilità di lasciare in bianco l’indicazione del sesso e non anche l’inserimento di una terza esplicita e “positiva” denominazione, era da considerarsi incompatibile con la tutela del diritto generale della personalità e con il principio di non discriminazione. La causa aveva, anche in tal caso, preso avvio dal ricorso presentato da una persona indicata nel registro delle nascite come appartenente al sesso femminile, recante istanza ad essere invece identificata come intersessuale o con altro adeguato termine; istanza, respinta dall’autorità amministrativa e dai giudici di merito aditi. Il Tribunale costituzionale federale rivolge attenzione all’esigenza di tutela dell’identità sessuale prospettata da soggetti intersessuali dalla nascita<sup>4</sup> e, per l’effetto, non solo afferma che quella normativa va modificata, ma aggiunge che, nelle more, va disapplicata, giacché non può imporsi l’obbligo di comunicare ed indicare il proprio sesso secondo le definizioni sinora tipiche, femminile o maschile, a persone che abbiano una identità sessuale non riconducibile ad alcuna di dette definizioni. Il legislatore, nel rispetto del termine, ha posto mano alla riforma<sup>5</sup>, sicché dall’inizio del 2019 in

<sup>2</sup> Si può reperirne il testo, in lingua tedesca, nel sito <[www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019).

<sup>3</sup> Si veda l’ordinanza del 17 ottobre 2017 (1 BvR 747/17), il cui testo è disponibile alla pagina web <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>> (ultimo accesso: 20/01/2019) e, tradotto in italiano a cura di R. de Felice, nel sito <[www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019). Su di essa riflette F. AZZARRI, *Identità sessuale e stato civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 419 ss., ponendo in luce le varie problematiche direttamente e/o indirettamente implicate nel caso in parola, le reazioni suscitate e gli sviluppi ipotizzabili – più o meno auspicabili – a livello legislativo.

<sup>4</sup> Gli *intersexuelle Kinder*, in medicina associati ad ermafroditismo e pseudoermafroditismo e sindrome di Morris.

<sup>5</sup> Come rileva F. AZZARRI, *op. cit.*, 433 s., due erano le soluzioni legislative ipotizzabili per ovviare alla discriminazione: la previsione di *eine einheimliche positive Bezeichnung* che si

Germania le persone intersessuali avranno la possibilità di scegliere, fuori dal binarismo maschio/femmina, la categoria “inter/divers” (altro, differente) sui loro documenti, nella sezione che riporta il sesso, se in possesso di certificato medico attestante la loro condizione.

Il terzo fatto è più recente rispetto ai due sin qui illustrati. Risale, infatti, al 12 settembre 2018, data nella quale il *City Council* della città di New York, a larga maggioranza, ha modificato il codice amministrativo ivi vigente<sup>6</sup> e deciso che sul certificato di nascita di chi è venuto alla luce a New York e non si riconosce né nel genere maschile né in quello femminile in quanto “not exclusively male or female”, l’interessato potrà richiedere, senza che vi sia bisogno di certificazione medica<sup>7</sup>, di far comparire la scritta “Gender X”. Scopo dichiarato della normativa è consentire agli individui di «to change the sex designation on their birth record to conform to the individual’s gender identity». Apprendiamo, altresì, che sarà permesso ai genitori di poter scegliere quella scritta per segnalare l’appartenenza a quel “terzo genere” dei propri figli neonati o minori di anni diciotto.

Vogliamo, infine, rivolgere uno sguardo alla Spagna, non solo perché lì alcune Comunità autonome hanno approvato leggi assai avanzate contro le discriminazioni legate ad orientamento sessuale, identità di genere e caratteristiche sessuali<sup>8</sup>, ma anche – e soprattutto – perché in quel Paese, sia a livello

---

aggiunga alle altre o la rinuncia del tutto alla registrazione del sesso delle persone. E, in effetti, come lo stesso A. rende noto (*op. cit.*, 449), queste erano le due opzioni contemplate nel *Gesetzentwurf* che, nell’agosto 2018, il governo federale tedesco ha elaborato in risposta alla sollecitazione di un intervento rivolta dal *Bundesverfassungsgericht*.

<sup>6</sup> Trattasi di «a Local Law to amend the administrative code of the city of New York, relation to amending sex designation on birth records and the issuance of birth records», inviata al Mayor Bill de Blasio per la firma lo stesso 12 settembre, destinata ad entrare in vigore dall’1 gennaio 2019. Il testo è accessibile nel sito <<https://council.nyc.gov>> (ultimo accesso: 20/01/2019).

<sup>7</sup> Si precisa, nella *Local Law* approvata, che «Currently, individuals requesting to correct the gender on their birth certificates must submit affidavits from licensed physicians or medical professionals attesting that the changed sex designation more accurately reflects the applicant’s gender identity».

<sup>8</sup> Si veda, ad esempio, la *Ley 2/2016* del 29 marzo, promulgata dalla *Comunidad de Madrid*, concernente *Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación* [in <[www.madrid.org](http://www.madrid.org)> (ultimo accesso: 20/01/2019)]: legge applicabile «a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su domicilio o residencia, que se encuentre o actúe en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid» e «a cualquier etapa de la vida de las personas», ove – tra l’altro – è previsto che «en ningún caso será requisito acreditar la identidad de género manifestada mediante informe psicológico o médico» e che «Ninguna persona será objeto de requerimiento alguno de pruebas de realización total o parcial de cirugías genitales, tratamientos hormonales o pruebas psiquiátricas, psicológicas

nazionale che regionale, sono in gestazione importanti novità; sono in molti, infatti, a ritenere che, se il processo avviato avrà buon esito, le norme introdotte faranno della Spagna uno dei Paesi al mondo più evoluti e progrediti in tema di diritti delle persone transessuali e *transgender*<sup>9</sup>. La legge attualmente in vigore – la *Ley 3/2007* del 15 marzo che regola «la rectificación registral de la mención relativa al sexo» – è giudicata non più al passo con i tempi, soprattutto perché legata ad una concezione patologica della transessualità<sup>10</sup> che, oltre che

---

o tratamientos médicos para hacer uso de su derecho a la identidad de género o acceder a los servicios o a la documentación acorde a su identidad de género sentida en las administraciones públicas o entidades privadas de Madrid». Sempre della *Comunidad de Madrid* – e reperibile nel sito *supra* indicato – è la *Ley 3/2016* del 22 luglio in materia di *Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual* (l'acronimo LGTBI – si precisa nell'art. 3 – designa «a personas Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales e Intersexuales»). Si tratta di testi ispirati dall'idea che il trattamento dell'identità di genere costituisca «cuestión de Derechos humanos», legato com'è ai «Derechos constitucionales a la igualdad de todos los ciudadanos y al libre desarrollo de su personalidad» (i passi ora riportati tra virgolette sono ripresi dal *Preámbulo* alla citata *Ley 2/2016*, dal quale, peraltro, possono trarsi dati utili alla ricostruzione del «proceso de reconocimiento de la identidad de género en la sociedad occidental», che è – si aggiunge – «lejos de concluir»).

<sup>9</sup> Non c'è, più di tanto, da sorprendersi. Proprio in relazione a quanto più da vicino interessa il presente studio, viene spontaneo – tanto è emblematico – il riferimento a Pedro Almodovar, che, da attento osservatore della realtà, provocatoriamente e con grande maestria, ha posto al centro della narrazione, nei suoi film, praticamente tutte le opzioni sessuali ipotizzabili, facendo della creatività e del miscuglio dei generi il *leitmotiv* di molte sue opere; e non da ora, se si pensa che risale ad oltre trent'anni fa, precisamente al 1986, il film *La legge del desiderio*, da lui diretto, che narra – se non ricordo male – di una famiglia formata da un transessuale e suo fratello conviventi con un bambino proveniente da altro rapporto. Nella biografia artistico-intellettuale del grande regista si rispecchia la Spagna, che ama i toni cromatici forti e non è culturalmente avvezza alle mezze misure, che è, da tempo, un laboratorio in fermento, in difficoltà nel condurre in porto le riforme organiche del *Código Civil* e del *Código de Comercio* (molti anni addietro progettate e non ancora realizzate), ma pronta e sollecita nel legiferare, soprattutto su temi eticamente sensibili, in modo assai coraggioso. Ricordiamo che il Paese iberico è stato uno dei primi a permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (con la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*).

<sup>10</sup> La rettifica della menzione relativa al sesso, consentita ad ogni «persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello», presuppone, infatti, sia stata diagnosticata – all'esito di accertamento medico e psicologico – la «disforia de género», imprescindibile se si vuole «acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género». È, inoltre, contemplata, tra i requisiti necessari, la sottoposizione a trattamento medico «durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado», che tuttavia non necessariamente deve consistere nella «cirugía de reasignación sexual»

*politically incorrect*, non ha alcun solido fondamento sul piano scientifico<sup>11</sup>. Tra le proposte di legge di riforma della *Ley 3/2007* presentate da numerosi gruppi parlamentari, si segnala la *Proposición de Ley* avanzata dal *Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados* nel febbraio 2017<sup>12</sup>, volta a consentire «la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans»<sup>13</sup>, ad eliminare dai requisiti «la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica, ni haberse sometido a cirugías genitales ni de ningún otro tipo o terapias hormonales»<sup>14</sup> e a rendere possibile «el cambio de sexo y nombre en la tarjeta de residencia, permiso de trabajo que les haya sido expedido a las personas extranjeras cuando se cumplan determinados requisitos, así como el reconocimiento del cambio de sexo registral de las personas intersexuales»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Indicativa la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2015 sulla strategia dell'Unione europea per la parità tra donne e uomini dopo il 2015, dove – tra l'altro – trovasi rinnovato «l'invito alla Commissione e all'Organizzazione mondiale della sanità a depennare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali e a garantire una riclassificazione non patologizzante in sede di negoziati relativi all'undicesima versione della classificazione internazionale delle malattie (ICD-11), nonché a garantire che la diversità di genere nell'infanzia non sia patologizzata».

<sup>12</sup> Il testo della proposta è agevole da reperire in <[www.congreso.es](http://www.congreso.es)> (ultimo accesso: 20/01/2019). La Camera dei Deputati ha approvato l'iniziativa dando avvio all'iter parlamentare e numerose forze politiche hanno presentato proposte di emendamento.

<sup>13</sup> L'art. 1 della proposta legittima a richiedere la rettificazione «Toda persona de nacionalidad española y con capacidad legal suficiente para ello», ivi compresi i maggiori di anni 16 che «podrán efectuar la solicitud por sí mismas». È, altresì, prevista la possibilità per le «personas menores de edad y los incapacitados legalmente» di effettuare la richiesta «a través de sus progenitores o representantes legales, precisándose en este caso la expresa conformidad del menor»; anche là dove sussista «oposición de uno o de ambos progenitores o representantes legales, las personas menores de edad podrán efectuar la solicitud a través del Ministerio Fiscal, resolviendo el juez competente en el correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor».

<sup>14</sup> È previsto che il testo dell'art. 4 della *Ley 3/2007* sia sostituito dal seguente: «1. La solicitud de rectificación registral de la mención de sexo no precisa de más requisitos que declaración expresa de la persona interesada del nombre propio y sexo registral con los que se siente identificado/a, que se expresará en una declaración que deje acreditada la voluntad, así como los datos necesarios de la inscripción que se pretende rectificar, y, en su caso, el número del Documento Nacional de Identidad. 2. La efectividad del derecho al reconocimiento de la identidad sexual y/o expresión de género y, en su caso, la rectificación de la mención registral del sexo no se podrá condicionar, en ningún caso, a la acreditación de haberse sometido a ningún tipo de cirugías, a terapias hormonales, o a tratamientos psicológicos, psiquiátricos o médicos de cualquier tipo».

<sup>15</sup> La proposta in esame prevede la seguente nuova formulazione dell'art. 8 della *Ley 3/2007*: «Las personas extranjeras que no pudieren o no hubieren rectificado la mención registral relativa al sexo y/o el cambio de nombre en su país de origen y que acrediten

Potremmo segnalare l'esperienza di altri Paesi, che hanno fatto o stanno muovendo passi importanti nella stessa direzione<sup>16</sup>, ma quanto detto può bastare.

## 2. Un punto fermo: il sesso è categoria statica

La condizione dell'intersessuale è interna ad un universo ben più ampio ed articolato e chi si proponga di esaminarne i tratti immediatamente avverte di avere a che fare con materia delicata – per gli interessi implicati, di primaria rilevanza per l'individuo e per la collettività – e, per di più, da sempre, in continuo movimento. Ha ragione chi osserva che la «concezione che ogni cultura ha del corpo sessuato e della distinzione maschio/femmina muta nel tempo e nello spazio»<sup>17</sup>. Siamo stati testimoni del cammino percorso in direzione della libertà sessuale che decisivo impulso ha ricevuto dal moto di emancipazione della donna<sup>18</sup> e, di questa traiettoria, i temi sui quali andremo soffermando la nostra attenzione costituiscono – in una certa qual misura – sviluppo; uno sviluppo rapido e incessante, che, se consideriamo lo spiccato individualismo che connota la c.d. *iGeneration* e la sua propensione all'inclusione e all'accettazione delle differenze, sembra spalancare le porte ad un futuro all'insegna dell'incorporeità delle relazioni sociali personali e

---

la imposibilidad legal de llevarlo a efecto o porque ello signifique riesgo para su propia vida o integridad, y siempre que cumplan los demás requisitos de esta ley, excepto el de la nacionalidad española, y que lo soliciten y cuenten con residencia legal en España, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo, el cambio del nombre en la tarjeta de residencia y, en su caso, en el permiso de trabajo que les hayan sido expedidos a fin de hacerlos corresponder con su verdadera identidad sexual y/o expresión de género».

<sup>16</sup> Sfogliando il n. 1218 del settimanale «Internazionale» a pag. 30 è riportata notizia di una decisione, presa il 1° novembre 2018 dai servizi dello stato civile della città di Mendoza, in applicazione della legge sull'identità di genere approvata in Argentina nel 2012, giusta la quale – in pratica – a chiunque è dato di definirsi secondo il genere che sceglie, quale che sia il sesso assegnato alla nascita. A tale legge fa anche richiamo C. ANGIOLINI, *Transsexualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 297 s., nota 122, che pure segnala la normativa colombiana.

<sup>17</sup> L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 602.

<sup>18</sup> Cammino che vede, tra le tappe fondamentali, le storiche sentenze della Corte Costituzionale che dichiararono l'illegittimità costituzionale degli artt. 559 e 560 c.p. configuranti i reati di adulterio e concubinato (la n. 126 del 1968 e la n. 147 del 1969) e dell'art. 151, co. 2, c.c. (la n. 127 del 1968), nonché la l. 898/1970 sul divorzio, la l. 151/1975 di riforma del diritto di famiglia e la l. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza.

dell'indefinitezza nei modi di intendere il sesso e le relazioni sentimentali<sup>19</sup>.

Sarà anche vero che l'individualismo agevola «l'affermazione dei pari diritti indipendentemente da origine etnica, genere e orientamento sessuale»<sup>20</sup>, che «capire la iGeneration significa capire il futuro»<sup>21</sup>, ma è del pari innegabile che alla costruzione di quest'ultimo attivamente partecipano più generazioni e che le persone cambiano col passare degli anni, cosicché, osservando la realtà attuale, registriamo che non tutti sono disposti ad assecondare quella china, tant'è che alcuni parlano di evoluzione, molti di involuzione e, d'altronde, non sempre il nuovo è migliore del vecchio e, alla fin fine, sono la prospettiva culturale eletta a punto di osservazione e i personali convincimenti ad instradare il giudizio verso esiti, però, che nessuno può ragionevolmente considerare certi<sup>22</sup>. Staremo a vedere; intanto, l'associazione tra sesso e peccato è ancora radicata e chi è portato a considerare il sesso un tabù fatica ad affrontare i temi ad esso legati in maniera esplicita e libera da condizionamenti. Il progresso scientifico e tecnologico ha, anche su questo terreno, allargato le conoscenze e aperto nuovi orizzonti: continuerà a giocare un ruolo determinante. Si ha la sensazione che gli equilibri raggiunti siano precari e destinati a non durare a lungo<sup>23</sup>: d'altronde, variano gli stilemi culturali, i concetti di riferimento mutano di significato e ciò che ieri era stimato in un modo oggi è valutato in un altro. Nel giudicare scenari e situazioni, poi, prevale la tendenza a non apprezzarli per quello che sono, ma per gli effetti che si ipotizza possa produrre, in ambito più generale, la loro benevola accettazione; ragion per cui, sovente, è la paura per le conseguenze rappresentate – benché incerte ad avverarsi – a stimolare atteggiamenti di cautela eccessiva, quando non di chiusura, verso fenomeni che, in sé e per sé considerati, non dovrebbero destare eccessiva ansia. Tale *modus racionandi* non è un malvezzo, ma – anche inconsapevolmente – si

<sup>19</sup> Si veda, al riguardo, l'interessante studio di J. M. TWENGE, *Iperconnessi. Perché i ragazzi oggi crescono meno ribelli, più tolleranti, meno felici e del tutto impreparati a diventare adulti*, Torino, 2018, diretto ad analizzare i comportamenti, le opinioni e le aspirazioni di vita dei nati dal 1995 al 2012 negli USA, ovvero della *iGeneration* – così denominata perché nata e cresciuta con Internet e iperconnessa grazie all'uso (o, per meglio dire, all'abuso) degli smartphone e dei social – identificata come «il terreno ideale per esplorare le tendenze che determineranno la nostra cultura negli anni a venire» (*op. cit.*, 6).

<sup>20</sup> J.M. TWENGE, *op. cit.*, 133.

<sup>21</sup> J.M. TWENGE, *op. cit.*, 26. Aggiunge l'A. che «Dove va la iGeneration va tutto il Paese» (*op. cit.*, 25).

<sup>22</sup> Gli approdi delle trasformazioni in atto sono, allo stato, impossibili da individuare con certezza e solo immaginabili. Anche i tempi di maturazione dei cambiamenti sono incerti e dipendenti da molte variabili non a priori valutabili. Possono azzardarsi previsioni, ma il rischio che trovino smentita nei fatti è altissimo.

<sup>23</sup> Ciò che appare, in certo qual modo, naturale, atteso che il «cambiamento culturale è sempre un compromesso: il buono va a braccetto col cattivo» (J.M. TWENGE, *op. cit.*, 337).

è portati ad abusarne e il motivo è, forse, da ricercare nello sconcerto che si prova osservando la straordinaria varietà di situazioni, la gran parte insolite, che la realtà presenta, che ci coglie impreparati, che crea disorientamento e fa vacillare quelle che credevamo incrollabili certezze. Anche in tal caso, è la paura del nuovo, del “diverso” da noi, ad alimentare questa abitudine mentale dalla quale è così difficile emanciparsi. Solo la consuetudine di rapporto con il diverso è in grado di scalfire il muro della diffidenza e di attivare dinamiche che, col tempo, determinano cambiamenti significativi nei modi consueti di pensare e di comportarsi delle persone e, dunque, nella società.

Intanto – era Gaber a dirlo in una delle sue canzoni più belle ed ispirate – «Siamo sempre indietro, la realtà è più avanti»<sup>24</sup> e, nell’ambito nostro, che la realtà superi di gran lunga la fantasia lo constatiamo grazie alle notizie di cronaca che, pressoché quotidianamente, narrano di vicende che ieri avremmo considerato inverosimili o neanche lontanamente pensabili e che, oggi, si palesano e pongono a noi tutti inediti interrogativi. Irrompono all’attenzione temi emblematicamente rappresentativi del diritto nella società che cambia<sup>25</sup> e il giurista, in un contesto siffatto, non può non sforzarsi – superata la sorpresa – di analizzare lucidamente le novità, per coglierne le implicazioni ed elaborare risposte (se non appaganti, sufficientemente) adeguate ai problemi che reclamano soluzione: un compito, questo, impegnativo, che va affrontato avendo coscienza del presente e sensibilità verso le istanze nuove e che può essere assolto con qualche *chance* di successo solo mettendo a fuoco alcuni punti fermi, capaci di orientare la ricerca in direzione degli approdi più saldi. La logica può aiutare a rinvenire principi d’ordine nel caos: è quanto ci ripromettiamo di fare, consapevoli che, al fine, è bene, innanzitutto, segnalare la distanza che, fortunatamente, ci separa dalla considerazione che, un tempo nemmeno così lontano, si aveva della “diversità”.

La “diversità” esiste e sempre esisterà, sicché è immaginifica una realtà ove tutto rientri nella “normalità”; la dialettica diversità/normalità non è certo estranea alla riflessione che stiamo conducendo<sup>26</sup> e, tanto premesso, viene

<sup>24</sup> La canzone è *La realtà è un uccello* ed è nell’album *Anche per oggi non si vola*, pubblicato nel 1974.

<sup>25</sup> La cui importanza è evidente, anche alla luce del fatto che quella di fronte alla quale ci troviamo è – per dirla con S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, 2015, 129 – una «questione di frontiere, di confini, tra diversi modi di essere al mondo, di stabilire le relazioni tra sé e gli altri attraverso il corpo che ci appartiene e il genere al quale apparteniamo (o vogliamo appartenere)».

<sup>26</sup> Possono mutare i termini del rapporto, ma è assai improbabile che la dialettica si dissolva atteso che il «nostro cervello (...) è finemente sintonizzato su accettazione ed esclusione sociale» (J.M. TWENGE, *op. cit.*, 128).

naturale apprezzare quella distanza – e, con essa, il cambiamento – guardando all'indebolimento della tendenza, che in passato era assai diffusa e nella sfera sessuale più radicata che in altri ambiti, a considerare patologica, senza star troppo a sottilizzare, qualsivoglia manifestazione discordante rispetto alla “normalità”. Con ciò, tuttavia, siamo ancora in mezzo al guado. Ancora oggi capita di veder ricondotte alla “diversità” condizioni normali<sup>27</sup> e sopravvive l'ostracismo nei confronti di chi adotti stili di vita lontani da quelli propri del gruppo dominante. Ci sono buoni motivi, però, per essere ottimisti perché gli eccessi un tempo frequenti sono oggi rari e fanno notizia, a riprova del fatto che molta è la strada percorsa nella giusta direzione. Non è un azzardo dire che la via imboccata, ancorché non piana e rettilinea, appare senza ritorno: il traguardo non è dietro l'angolo ma rassicura osservare che, anche in un frangente come l'attuale, più di un segnale è lì a testimoniare che logiche inclusive ispirate a comprensione, rispetto e tolleranza guadagnano progressivamente terreno, si vanno consolidando, emarginano l'oscurantismo, smascherano le false credenze ed aiutano a cogliere, nell'effettiva sostanza, la condizione delle persone la cui sessualità rifiuta la riconduzione entro i rigidi schemi classificatori dominanti nelle nostre evolute società, sin qui ritenuti inamovibili. L'onda lunga del processo che ha condotto nella “normalità” i transessuali<sup>28</sup> investe

<sup>27</sup> Si pensi all'omosessualità e all'avversione cieca e irrazionale – che è lungi dall'essere sradicata – verso di essa. La cronaca lo testimonia, riportando fatti di incredibile violenza e vicende a dir poco sconcertanti, quale quella – riportata in una notizia ANSA non di un secolo fa, ma del 2 ottobre 2018 – dei genitori che, nella provincia di Roma, scoperta un anno fa l'omosessualità della figlia ora diciassettenne, l'hanno da allora tenuta segregata in casa.

<sup>28</sup> Basta rifarsi a Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161 [in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)] per avere contezza di quanto, nemmeno troppo tempo addietro, fosse radicata la tendenza a considerare anomala e da associare alla “diversità” la condizione del transessuale. Detta sentenza, emblematicamente, in modo esplicito sottolineava come «la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi “diversi”, producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza»; e parimenti significativo è il passo, tratto dalla stessa sentenza, che, riferendosi al diritto del transessuale a «realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale», tiene a chiarire che «gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale». Se guardiamo all'attualità, il *trend* dominante è certamente di diverso segno: la madre dell'ignoranza è sempre incinta e che il transessuale – transitato da un sesso all'altro – sia ancora bollato come “diverso” da alcuni è un fatto, ma non si può negare che sia ormai senso comune la sua considerazione quale uomo o donna a seconda che il suo sesso di destinazione sia femminile o maschile, al pari delle donne e degli uomini che tali sono dall'origine. Emblematica la vicenda di Angela Ponce, donna transessuale andalusa ventiseienne, che ha conseguito il titolo di Miss Universo Spagna a Tarragona ed è risultata tra le venti semifinaliste del concorso chiuso a Bangkok nel dicembre 2018 con la vittoria di Miss Filippine. «Una donna che

ora i *transgender*, i quali – lo rivela quanto in seguito diremo – si possono ormai considerare usciti dalla clandestinità: di loro avremo modo di occuparci, ma è utile, intanto, acquisire un primo punto fermo da memorizzare e, per farlo, necessariamente va, in via preliminare, avviata una riflessione su cosa debba intendersi per sesso, che è questione aperta<sup>29</sup>, ma tale non va lasciata. Far chiarezza è doveroso – come vedremo – per molte ragioni e, d'altronde, è il sesso che il d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 prescrive sia indicato nell'atto di nascita<sup>30</sup> e di rettificazione di attribuzione di sesso si occupa la l. 14 aprile 1982, n. 164 comunemente abbinata al transessualismo.

Non certo per capriccio si è sempre rilevato come il genere umano, al quale tutti apparteniamo, conosca due sessi, quello maschile e quello femminile: è la constatazione di un dato di natura<sup>31</sup> che rende spontanea – e, a nostro avviso, ineccepibile – l'associazione del concetto di sesso alla dimensione naturale, alla concretezza del corpo. Trattasi del nostro punto di vista, ispirato però a coerenza con dati di realtà obiettiva. Quando parliamo di sesso, dunque, entra in considerazione il sesso “reale”, cioè quello correlato alle differenze biologiche ed anatomiche tra maschio e femmina, alle caratteristiche dell'apparato sessuale (organi genitali e riproduttivi) e al rispettivo corredo cromosomico: sono, perciò, sotto osservazione i cc.dd. caratteri sessuali primari, da non confondere con i “caratteri secondari” – quelli legati ad altre caratteristiche psichiche e fisiche, quali la conformazione del corpo, il timbro della voce, gli atteggiamenti esteriori e percepibili dai terzi – che poco contano per definire l'identità sessuale di una persona. Mi si darà del retrogrado o dell'oltranzista perché non guardo con favore alla tendenza – da qualche tempo fortemente accreditata – all'allontanamento delle nozioni di sesso e di identità sessuale dal

---

è cresciuta in modo differente rispetto alle altre donne, ma che è realmente una donna»: così si definisce Angela Ponce. Alla competizione per il titolo di Miss Universo sono ammesse le concorrenti transessuali dal 2012, ma per altri concorsi di bellezza non è così: il Regolamento ufficiale di Miss Europa Continental, ad esempio, prevede che le partecipanti debbano essere «di sesso femminile fin dalla nascita e non aver riportato rettificazioni sessuali».

<sup>29</sup> Come rivela – a tacer d'altro – l'indagine di C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 272 ss.

<sup>30</sup> V. gli artt. 29 e 30. Nell'ordinamento dello stato civile il riferimento al sesso è presente anche nell'art. 35 (che prescrive la corrispondenza del nome imposto al bambino al sesso) e nell'art. 38 (che disciplina il ritrovamento di minori abbandonati).

<sup>31</sup> «La condizione sessuata è in natura, cioè è una caratteristica dell'uomo come essere vivente, ed anzi una caratteristica fondamentale perché è condizione di possibilità della generazione dell'umanità stessa» (A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 213, nota 518).

piano strettamente biologico e anatomico<sup>32</sup>, ma credo che l'adesione ad un così lato concetto di sesso, se per un verso può aver favorito un approccio positivo ai problemi esistenziali posti dalle particolari condizioni umane di cui trattasi, dall'altro ha generato confusione ed equivoci<sup>33</sup>. Bisogna esser chiari, dunque, ed affermare: a) che è uomo o donna chi è corporalmente e sessualmente connotato come maschio o come femmina; b) che il sesso è innato e non si sceglie, identifica cioè un carattere proprio del soggetto sin dalla nascita, pur potendo concepirsi il transito da un sesso all'altro per via dell'intervento medico-chirurgico di radicale mutamento dei caratteri sessuali originari<sup>34</sup> e della rettifica dell'attribuzione di sesso nelle

<sup>32</sup> Questa tendenza muove in direzione dell'affermazione di un nuovo e più evoluto concetto di sesso. Bene la esprime S. RODOTÀ, *op. cit.*, 126 quando afferma che la «costruzione dell'identità sessuale è per tutti un procedere complesso, include componenti diverse, non si risolve nell'attribuzione alla persona di una appartenenza biologica, ma include la sessualità nel suo insieme»; e, ancora, L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 601, a detta del quale la «identità sessuale deriva (...) dall'interazione tra dimensione biologica e socio-culturale (contro il determinismo biologico da un lato e il determinismo socio-culturale dall'altro)». Indicazioni possono trarsi anche da Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit. – frequentemente, a questo proposito, richiamata – la quale identifica nell'identità sessuale un «concetto nuovo e diverso rispetto al passato», apprezzato «nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale»; la sentenza parla, subito dopo, della «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti», sicché sembra chiara, nell'argomentare della Consulta, la collocazione dei concetti di “sesso” e di “identità sessuale” sul medesimo piano.

<sup>33</sup> «Se i diversi profili (biologico, psicologico, sociale) concorrono tutti alla determinazione del sesso, nell'ipotesi di loro discordanza si prospetta problematica l'individuazione del profilo prevalente, che è difficile soluzione per il medico legale e ancor più per il giurista» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 769 s.).

<sup>34</sup> Che, ai sensi dell'art. 31, co. 4, d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150, il tribunale deve autorizzare con sentenza passata in giudicato, «quando risulta necessario». Donne e uomini possono addivenire, con buone probabilità di successo, alla modificazione radicale dei propri rispettivi caratteri sessuali primari, per via di interventi chirurgici di falloplastica, le une, o di ablazione degli organi genitali e confezionamento di una cavità pseudo-vaginale, eventualmente completata dall'inserimento di protesi mammarie, gli altri; e, ovviamente, allo stato attuale delle conoscenze, senza che da ciò consegua l'acquisizione della capacità procreativa propria del nuovo organo. Nel caso, tutt'altro che inipotizzabile, di transessualismo emerso in età prepuberale, l'intervento medico-chirurgico può essere richiesto nell'interesse del figlio minore dai genitori, trattandosi di un trattamento sanitario volto al raggiungimento dell'integrità psico-fisica, sempreché risulti soddisfatta, perché imprescindibile, l'esigenza di audizione personale del minore (v., in tal senso, Trib.

attestazioni di stato civile<sup>35</sup> e fermo restando che, se ciò avviene, il sesso di appartenenza è quello di destinazione<sup>36</sup>; c) che a chi è uomo o donna nel senso anzidetto non basta considerarsi affiliato all'altro sesso per poter verso quest'ultimo migrare ed essere in esso classificato.

Stiamo parlando di sesso e non, in senso lato, della sessualità di una persona<sup>37</sup>; e, dunque, se il riferimento deve andare al sesso "biologico" e non a quello – potremmo dire – psicologico, non è l'autodeterminazione soggettiva a determinare l'appartenenza sessuale, né può attribuirsi ad un individuo un sesso diverso da quello che ha<sup>38</sup>. Il sesso, così inteso, è statico, volendo con ciò

---

Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 253, con nota di A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?; contra*, Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1007, con nota di L. Famularo).

<sup>35</sup> La rettificazione di attribuzione di sesso concerne la modifica dei dati personali, nome proprio e sesso attribuito alla nascita, nei registri dell'anagrafe a cui si è iscritti, ed è disciplinata dalla l. 164/1982: si ha, pur sempre, in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato. Come recita l'art. 5 della l. 164/1982, le «attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome»; alla rettificazione, infatti, si associa la variazione del primo nome, che è sostituito dal nome eletto.

<sup>36</sup> Ciò induce a ritenere che il termine "transessuale" sia correttamente impiegato per segnalare la condizione del soggetto nel corso dell'*iter* che lo porterà ad essere uomo o donna. Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., nel descrivere i caratteri che il transessuale presenta secondo la dottrina medico-legale, precisa che è tale «il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di "genere") sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio». Dunque, concluso quell'*iter*, di uomo o donna bisognerebbe parlare; eppure, il malvezzo di considerare il transessuale tale per tutta la vita è assai diffuso e ci si perdonerà se anche a noi – per convenienza espositiva – è capitato e capiterà di denominare transessuale chi transessuale è stato e non lo è più.

<sup>37</sup> La distinzione, che a noi pare opportuna, non sembra essere apprezzata da chi propugna un nuovo e più evoluto concetto di sesso. Non sembra averla considerata neanche il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica reso il 25 febbraio 2010 su «I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici» [in <bioetica.governo.it> (ultimo accesso: 20/01/2019)], che pure delinea in modo – a nostro avviso – corretto il concetto di sessualità sottolineandone l'irriducibilità «ad un solo aspetto, per quanto rilevante: la sessualità ha componenti fisiche (somatiche, anatomico-fisiologiche, gonadiche e genetiche) e psichiche».

<sup>38</sup> È inconcepibile il sesso *à la carte*. Stando all'art. 30, co. 1, d.p.r. 396/2000, la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata; il comma successivo precisa che, ai fini della formazione dell'atto di nascita, la dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile è corredata da una attestazione di avvenuta nascita contenente le generalità della puerpera, nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita,

rappresentare non la sua immutabilità<sup>39</sup>, ma l'attitudine ad essere apprezzato nella sua oggettività, per come materialmente ed anatomicamente si presenta.

Quanto sin qui esposto restituisce un quadro certo, ma incompleto. I fatti illustrati nel paragrafo che precede pongono, infatti, all'attenzione la condizione dell'intersessuale, che si tende a collegare alla presenza di «anomalie congenite del sistema riproduttivo che possono comportare lo sviluppo atipico, talvolta ambiguo, dell'apparato genitale»<sup>40</sup>. È innegabile che esista un problema di definizione del perimetro dell'intersessualità, che non è squisitamente giuridico e che qui non è dato affrontare<sup>41</sup>, ma

del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino. Finché nell'atto di nascita sarà contemplata l'indicazione del sesso, la certezza in ordine all'attribuzione veritiera e fedele del sesso al neonato costituisce diritto fondamentale dell'individuo. D'altra parte, il codice penale contempla fattispecie di reato legate alla falsità personale, punendo con l'art. 495 c.p. la falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri e con l'art. 495 ter chiunque, onde impedire la propria o altrui identificazione, alteri parti del corpo o dell'altrui corpo per consentire l'accertamento di identità o di altre qualità personali. Se si accede all'idea che anche il sesso valga a definire lo stato civile, va poi considerato l'art. 567, co. 2, c.p. che prevede il reato di alterazione di stato e sanziona – con la pena riproporzionata per effetto di Corte Cost. 10 novembre 2016, n. 236 [in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)] – chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

<sup>39</sup> Perché il sesso, come poc'anzi rilevato, immutabile non è. D'altro canto, il diritto del transessuale – anatomicamente maschio o donna che sia – ad un completo mutamento di sesso, tramite specifici interventi chirurgici, non può essere trascurato e quel Paese che manchi di adottare una normativa volta a consentirlo «viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'interessato, tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (Corte EDU 11 settembre 2007, ricorso n. 27527/03, commentata da S.A.R. Galluzzo in *Fam. Pers. Success.*, 2008, 93 ss.). Di superamento del principio di immutabilità del sesso parla P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 881 s.

<sup>40</sup> Così L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 598, il quale segnala come, «nella maggior parte dei casi, l'intersessualità non è visibile alla nascita e viene scoperta solo dopo il periodo adolescenziale o nel momento in cui vengono effettuati test di fertilità o altri esami specifici» (*op. cit.*, 607), richiamando – in via esemplificativa – i soggetti affetti da sindrome di Klinefelter o da sindrome di Morris o, ancora, da iperplasia surrenale congenita.

<sup>41</sup> Solo è il caso di argomentare che, una volta assunti a paradigma i due standard biologici associati al classico binarismo sessuale maschio/femmina, se si accetta l'idea che è da considerare intersessuale il soggetto che presenti caratteri non pienamente corrispondenti a detti standard, diventa plausibile concludere che non c'è persona che non sia intersessuale, giacché in ciascuno di noi caratteri propri dell'uno e dell'altro polo convivono. Se questa soluzione è inaccettabile, è mestieri affermare che il sesso deve essere realmente incerto, deve cioè discostarsi in modo evidente e significativo dagli standard suddetti al punto da non renderne riconoscibile uno prevalente o presentarsi – come nel caso del soggetto dotato sia di testicoli che di ovaie – con caratteri distintivi caratterizzanti l'uno e l'altro

quando si è al cospetto di un individuo dal sesso anatomicamente e biologicamente incerto, in alcun modo riconducibile cioè nel classico modello “binario” abbinato ai corpi maschili o femminili, la bisessualità non c’entra<sup>42</sup>, né il transessualismo, che pure capita di veder un po’ frettolosamente chiamato in ballo<sup>43</sup>; è, invece, plausibile l’accostamento dell’*intersex* al fenomeno dell’ermafroditismo, meno a quello dell’androginia<sup>44</sup>.

«I corpi intersessuali scombinano (...) le carte in tavola»<sup>45</sup>: l’apparizione di un “terzo sesso” reale sollecita, infatti, la presa d’atto del superamento dell’unicità ed esclusività dei sessi maschile e femminile, che possono, al più, considerarsi “dominanti”<sup>46</sup>.

Gli appartenenti al terzo sesso sono un’esigua minoranza<sup>47</sup>, stimata dalle Nazioni Unite tra lo 0,05 e l’1,7 per cento della popolazione mondiale; e nel DNA della democrazia – che è regime di libertà – c’è il rispetto delle minoranze e dei loro diritti. Se si considera che qui implicato è un diritto fondamentale

---

contemporaneamente. Non è detto, dunque, che sia intersessuale chi scopra di avere un patrimonio genetico sfuggente alle comuni caratteristiche del genere binario; mentre ha ragione L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 606 quando tiene a precisare che la «intersessualità (...) è una condizione prima fisica che psicologica».

<sup>42</sup> L’identità sessuale delle persone bisessuali non è in discussione: se – come pare appropriato – rapportiamo la bisessualità all’attrazione sessuale verso soggetti sia di sesso maschile che femminile e alla propensione ad intraprendere relazioni amorose con essi indifferentemente, abbiamo in realtà a che fare con la manifestazione di un orientamento sessuale.

<sup>43</sup> Si veda, al riguardo, la già citata *Ley 2/2016* della *Comunidad de Madrid*, che accoglie un concetto ampio di intersexualidad – associata alla varietà «de situaciones en las cuales, una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino y femenino» – e, d’altro canto, bene chiarisce che la figura del trans è diversamente connotata, facendo ad essa capo la persona «que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer» e che, peraltro, non risponde ad un modello di riferimento omogeneo giacché «el término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o sub categorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras».

<sup>44</sup> Nella più comune considerazione, infatti, l’androginia riguarda più il piano estetico e dei comportamenti che quello sessuale e si rispecchia nell’ambiguità determinata dal combinarsi in vario modo e misura di elementi e/o caratteristiche maschili e femminili in una stessa persona.

<sup>45</sup> L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 608.

<sup>46</sup> Il fenomeno – sono parole di L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 605 – «attacca alle basi il mito della “normalità” che vorrebbe affermare il dogma del binarismo sessuale, ignorando la complessità della vita e dell’esperienza umana».

<sup>47</sup> Ciò che, fatalmente, li rende più vulnerabili ed esposti al rischio di discriminazione, nel caso nostro particolarmente elevato «in una società pressoché interamente organizzata secondo un modulo binario dell’appartenenza sessuale» (F. AZZARRI, *op. cit.*, 432).

della persona, non è, dunque, pensabile che l'identità sessuale dei soggetti che maschi o femmine non sono non trovi riconoscimento e protezione, sicché nulla da eccepire sul fatto che, in molti Paesi, la legge consenta agli intersessuali – se lo desiderano – di comparire, nei documenti di identificazione, come appartenenti ad un genere neutro, né maschile, né femminile, lo si denomini “sesso x”, “genere x” o con altra espressione equipollente<sup>48</sup>.

Il nostro ordinamento trascura l'intersessuale<sup>49</sup> e neanche definisce in modo chiaro ed univoco quali procedure vadano seguite per addivenire alla correzione del sesso originariamente apposto sullo stato civile<sup>50</sup>. L'assenza di un'adeguata tutela per situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione, da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti, dovrebbe costringere il Parlamento ad intervenire con urgenza e ad approntare un'appropriata disciplina<sup>51</sup>, e c'è da sperare che questo accada: le soluzioni

<sup>48</sup> Come chiarito dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella sentenza citata, rispettare l'identità sessuale, la parità di trattamento e il principio di non discriminazione significa – lo sottolinea F. AZZARRI, *op. cit.*, 430 – rispondere “in positivo” all'istanza di riconoscimento manifestata da chi ha la «percezione (...) di sé non come persona non avente sesso, bensì come persona appartenente a un altro sesso rispetto a quello maschile e femminile». Dire, poi, in concreto, quale sia la più confacente risposta “in positivo” non è facile. La positività sembra orientare verso l'ostentata orgogliosa rivendicazione dell'appartenenza al terzo sesso, che è legittima ma che, fatalmente, dovrebbe fare i conti con la stigmatizzazione sociale, dato che il futuro forse è pansessuale, ma il presente certo non lo è. Chi è dell'idea che lo stigma va superato deve pure ammettere che non c'è un'unica ricetta per combatterlo; qualcosa conta, tuttavia, l'esperienza – emblematica la legge Basaglia che nel 1978 portò alla chiusura dei manicomi – che insegna che, talora, sono le scelte coraggiose a pagare e che, se a prevalere è la timidezza e l'esitazione, la società non sarà mai pronta ad accettare di buon grado l'idea che un terzo sesso affianchi su un piano di parità i sessi cui sempre ha riconosciuto l'esclusiva. Della scelta legislativa adottata in Germania si è detto, ma anche sancire l'eliminazione dai registri dello stato civile dell'indicazione del sesso potrebbe rivelarsi misura efficace sul piano del contrasto alle discriminazioni.

<sup>49</sup> Sicché – come rileva F. AZZARRI, *op. cit.*, 442 – «nei casi di incertezza, il neonato sarà associato al sesso ritenuto prevalente tra quello maschile e femminile». Ciò, nella migliore delle ipotesi, poiché non è da escludere la possibilità che il neonato intersessuale sia sottoposto ad intervento chirurgico di “normalizzazione” dei genitali ambigui ed, anzi, questa eventualità – come si evince dai cenni offerti da C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 279, nota 71 – è, tutto sommato, favorevolmente apprezzata dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *supra* citato nella nota 37, in quanto ritenuta utile a garantire «alla persona le condizioni future per giungere ad un'armonica identificazione» (posizione, questa, che a ragione L. GIACOMELLI, *op. cit.*, 599 critica, auspicando la moratoria di detti interventi per far sì che sia il minore a decidere, «raggiunta la maturità necessaria, se e come intervenire sul proprio corpo»).

<sup>50</sup> Lo fa notare F. AZZARRI, *op. cit.*, 443, riscontrando esistenti «in giurisprudenza e in dottrina (...) una pluralità di orientamenti».

<sup>51</sup> Con i dovuti distinguo, non è azzardato l'accostamento al caso Cappato (legato al suicidio assistito di DJ Fabo), che – com'è noto – è sfociato nella proposizione di questione di

ipotizzabili sono più d'una<sup>52</sup> e, comunque si indirizzi la scelta, sarebbe un passo avanti rispetto alla condizione attuale. Nemmeno è da escludere che risulti, anche da noi, praticabile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata percorsa dal *Verfassungsgerichtshof* austriaco, potendosi far leva sul fatto che negli artt. 29 e 30 del d.p.r. 396/2000 l'indicazione del sesso del bambino nell'atto di nascita è genericamente richiesta.

L'accesso a nuove regole avrebbe un impatto non indolore nel nostro ordinamento, che, calibrato com'è sul modello "binario", andrebbe giocoforza adattato: problemi non facili da risolvere emergerebbero, ma dovrebbe spingere al superamento delle difficoltà l'acquisita consapevolezza della necessità di costruire un sistema più avanzato e, al massimo grado, rispettoso dei diritti inviolabili della persona<sup>53</sup>. Ove il dato anatomico-sessuale incerto si manifesti nel neonato, tra le questioni più spinose da dirimere c'è quella che involge la possibilità, per i genitori, di evitare la classificazione in uno dei due sessi o, magari, di optare per l'abbinamento al *tertium genus* già nelle certificazioni della nascita: comunque la si pensi sul punto<sup>54</sup>, certo è che, se si aderisce all'idea che la scelta sia espressione di un diritto personalissimo che unicamente l'interessato può esercitare, il problema di definire come classificare "sessualmente" il bambino alla nascita si rivela un autentico rompicapo, di fronte al quale, nell'incertezza sulla via meno impervia da percorrere tra quelle ipotizzabili, prevedere l'eliminazione dai registri dello stato civile dell'indicazione del sesso è, forse,

---

legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., risolta dalla Consulta con ord. n. 207 depositata il 16 novembre 2018 [in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)] che, sospeso il processo, ha rimandato la trattazione della questione di costituzionalità all'udienza del 24 settembre 2019, per consentire intanto al Parlamento di colmare il vuoto di tutela constatato.

<sup>52</sup> Le prospetta F. AZZARRI, *op. cit.*, 445, là dove rimanda – mutuando dall'esperienza tedesca – «all'*Offenlassen* inizialmente previsto, per le persone intersessuali, dal terzo comma del § 22 PStG quale unica alternativa all'ordinario *Geschlechtseintrag*, nonché alla *positive Bezeichnung* adesso invece ammessa dal *Bundesverfassungsgericht*». L'A. menziona anche la soluzione escogitata dal nostro Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *supra* citato nella nota 37, giudicata poco coraggiosa e inadeguata nella misura in cui non coglie «interamente la dimensione costituzionale del problema» (*op. cit.*, 446).

<sup>53</sup> Come giustamente sottolinea F. AZZARRI, *op. cit.*, 448 – richiamando l'insegnamento di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 304 – non devono «essere i diritti della persona ad adeguarsi alle formule del diritto, bensì (...) queste ultime a soggiacere alle trasformazioni positive che si rendono in ogni tempo necessarie per assicurare la promozione e la difesa dei primi».

<sup>54</sup> Si opti per il sì o per il no, esistono buoni argomenti da addurre pro e contro che, per esigenze di sintesi, qui evitiamo di esporre nel dettaglio.

consigliabile<sup>55</sup>. Nessun dubbio che l'autodeterminazione vada affermata come principio guida non soltanto là dove sia interessato un soggetto maggiorenne, ma anche con riguardo al minore che, constatata la sua intersessualità, compatibilmente con l'età ed il grado di maturità, intenda vederla riconosciuta in dette certificazioni<sup>56</sup>.

### 3. Sesso reale e sesso psicologico: transessualismo, transgenderism e identità di genere

L'identità sessuale, dunque, si lega al sesso reale<sup>57</sup>, che – come vedremo – non sempre coincide con il sesso “anagrafico”: archiviamo, intanto, questo dato e, proseguendo nell'indagine, incrociamo un altro profilo su cui è importante cercare di far chiarezza, che è quello relativo al rapporto tra sesso e genere, tra identità sessuale e identità di genere.

Bisogna intendersi sul significato da dare alle parole, che non può mutare a capriccio dell'interprete<sup>58</sup>. Sesso e genere sono termini, per lo più, impiegati in modo indifferenziato – si parla, sovente, con disinvoltura, di sesso o genere maschile e femminile – e, là dove ciò non accada, l'esito è sovente oscuro e il fraintendimento è in agguato. Mancano, d'altronde, dati normativi probanti o che, in qualche modo, aiutino a comprendere quali elementi possano valere ad accreditare la distinzione<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> Peraltro – come già rilevato (v. *supra*, nota 5) – era questa una delle opzioni prospettate nel disegno di legge predisposto a seguito della nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* tedesco: l'altra – come segnala F. AZZARRI, *op. cit.*, 449 – è quella, poi adottata, che apre all'indicazione “divers” nel *Geburtenregister*.

<sup>56</sup> Basti, a questo proposito, richiamare l'art. 12 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e dall'Italia ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>57</sup> G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, 195, per «identità sessuale (...) intende il diritto di modificare chirurgicamente i propri caratteri sessuali esteriori, se tali caratteri sono diversi rispetto alla propria inclinazione profonda, e di ottenere conseguentemente una rettifica degli atti dello stato civile» e sottolinea che trattasi di «oggetto estraneo alla nozione di diritto all'identità personale». Non è in discussione il diritto del transessuale a veder affermata la sua identità sessuale, ma – come si sarà compreso – quest'ultima, a nostro avviso, rimanda ad ambito ben più ampio, essendo in connessione con la dimensione biologica e “reale” del sesso di ciascun individuo, che va protetta e rappresentata per quella che è e non travisata.

<sup>58</sup> «Quando le parole perdono il loro significato, le persone perdono la propria libertà», ammoniva Confucio. Sul potere delle parole indaga, avendo riguardo anche al linguaggio dei giuristi, il bel libro di G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Milano, 2010.

<sup>59</sup> Sul terreno giuridico, si può segnalare il considerando 30 della Dir. 2011/95/UE – recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per

sicché, per uscire dall'*impasse*, non resta che far leva sul caro vecchio dizionario, il quale rivela che tra i due termini non v'è equipollenza<sup>60</sup>. Al di là di ciò, tuttavia, nella sfera oggetto di indagine il nesso che giocoforza emerge tra il genere e il sesso è così stretto da rendere logica la conclusione che il concetto di genere è legato alla qualità sessuale – maschile o femminile – del soggetto. L'uso indifferenziato dei due termini, dunque, finisce con l'essere giustificato<sup>61</sup>, sicché identità sessuale e identità di genere paiono, in sostanza, sovrapponibili. Un soggetto di sesso maschile è del genere maschile e l'equazione vale anche per il sesso/genere femminile<sup>62</sup>; si può parlare, altresì, indifferentemente, di sesso o genere x. Ciò dicasi, però, in linea di massima. Se ci si riferisce al sesso innato, *nulla quaestio*; ma c'è da considerare anche il sesso "psicologico", che affiora «in una fase successiva della vita della persona»<sup>63</sup> e che introduce nel quadro un nuovo elemento là dove non coincida con quello reale, sicché va calcolata la condizione del transessuale prima dell'approdo all'altro sesso, come pure quella di chi, a prescindere dal transito, abbia comunque maturato il convincimento

---

le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta – ove incontriamo una precisazione tendente ad evidenziare come, per «la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto, degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni». Il dato è ribadito nell'art. 10, che impone di tener conto, ai «fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, (...) delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere».

<sup>60</sup> Abbiamo sottomano l'edizione minore del vocabolario Zingarelli della lingua italiana, non recentissima, essendo datata 1962, ma attendibile: ivi troviamo associata la parola "sesso" alla «Conformazione naturale che distingue il maschio dalla femmina» (in linea con quanto esposto nel paragrafo che precede) e la parola "genere" – che è polisemica – a «Classe, Specie, Qualità, di uomini, cose». Notiamo che, nella lingua tedesca, il termine neutro *Geschlecht* costituisce traduzione delle parole italiane "sesso" e "genere"; *Geschlechtstell* è l'organo genitale e *das Menschengeschlecht* è il genere umano.

<sup>61</sup> Anche Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit. – come si evince da quanto esposto *supra*, nella nota 36 – pur riconoscendo l'esistenza di una linea di pensiero propensa ad assegnare ai due termini autonoma consistenza, lascia però intendere che non sia granché utile accreditare, tra essi, la distinzione.

<sup>62</sup> Deve aver assunto a parametro questo schema il legislatore dell'ordinamento dello stato civile se è vero – com'è vero – che della parola "genere" non v'è traccia nel d.p.r. 396/2000.

<sup>63</sup> S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 339. Si pone, quindi, in questa fase – sottolinea l'A. – «il problema della divergenza tra il sesso accertato e quello a cui il soggetto sente di appartenere».

sogettivo di appartenere ad un sesso diverso da quello reale posseduto. La natura è bizzarra e sorprendente: «Ogni cosa che puoi immaginare, la natura l'ha già creata» ha detto Albert Einstein. E dall'infinità varietà affiorano all'osservazione casi che riusciamo a cogliere nella loro effettiva sostanza non tanto ridefinendo i confini dell'identità sessuale, ma facendo impiego della distinzione tra identità sessuale e identità di genere, che così acquista senso e utilità sul piano sistematico.

La l. 164/1982, che disciplina la rettificazione di attribuzione di sesso nelle attestazioni di stato civile, è un po' datata, ritagliata com'è, nell'ottica del legislatore dell'epoca, a misura del soggetto che – in linea con la classica configurazione – modifichi in modo radicale i propri caratteri sessuali allineandoli a quelli del sesso di destinazione. Si rifà a questo modello l'art. 1 quando fa richiamo alle «intervenute modificazioni dei (...) caratteri sessuali» del transessuale, sicché – giusta la lettura un tempo dominante, sensibile all'idea che il transessuale viva una condizione patologica che richiede una cura efficace – erano i caratteri sessuali primari a dover necessariamente essere adeguati al sesso cui si desidera di appartenere<sup>64</sup>: la rettificazione dell'attribuzione di sesso non poteva prescindere da ciò, sicché il sesso reale (“oggettivo”) aveva sempre la meglio sul sesso psicologico (“sogettivo”) o – per meglio dire – la vittoria di quest'ultimo non poteva consumarsi a danno del primo, essendo legata al verificarsi della corrispondenza tra l'uno e l'altro.

<sup>64</sup> Fa riferimento alla “sindrome transessuale” Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., ove emblematicamente si precisa che essa «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, (...) non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l'operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica». Per ragguagli sulla giurisprudenza che si è fatta portavoce di questo indirizzo, v. A. NOCCO, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte Costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *questionegiustizia.it*. Come si evince da S. PATTI, *Mutamento di sesso e “costringimento al bisturi”: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 39, anche sentenze piuttosto recenti vi hanno prestato adesione: l'A. critica, infatti, Trib. Roma, 18 luglio 2014 che – come Egli riferisce – riconosce, quale “presupposto applicativo” della rettifica dell'identità sessuale, l'«avvenuta modificazione della struttura anatomica del soggetto con l'eliminazione quanto meno degli organi riproduttivi», precisando che «quand'anche non possa reputarsi necessaria la ricostruzione degli organi genitali femminili (...) non può tuttavia prescindere dall'intervenuta asportazione degli organi riproduttivi (...)».

Oggi non è più così<sup>65</sup>. Ci separano più di trentacinque anni dal 1982 e il mondo è cambiato. Anche il transessuale non è più quello di prima, essendo ormai accettata l'idea che tale denominazione non sia più in via esclusiva riferibile al soggetto che intenda transitare da un sesso "reale" all'altro per via di un'operazione di radicale adeguamento dei caratteri sessuali<sup>66</sup>; occorre, infatti, considerare anche il transessuale anagrafico, definizione, questa, che convenzionalmente abbiniamo all'individuo che in senso proprio transessuale non è (conservando intatti i caratteri sessuali primari di origine), ma che ugualmente mira ad ottenere – e consegue – la rettificazione di attribuzione di sesso. Questo sviluppo – da noi, come in altri Paesi<sup>67</sup> – ha tratto fondamento dall'affermazione del

<sup>65</sup> L'evoluzione è descritta, nei suoi passaggi essenziali, da C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 264 ss. (cui può rinviarsi anche per indicazioni bibliografiche).

<sup>66</sup> Come fa notare S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 644, «la possibilità di sottoporsi all'intervento chirurgico per la modifica dei caratteri sessuali primari rappresentava all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso (cioè al momento di entrata in vigore della l. n. 164/1982) la costante – sia pur sofferta – aspirazione degli interessati, mentre con il trascorrere del tempo, in tutto il mondo, sono progressivamente aumentati i casi di persone transessuali che non intendono sottoporsi ad interventi chirurgici». L'evoluzione si coglie agevolmente leggendo Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., che riferendosi al «desiderio invincibile del transessuale di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso», afferma che esso «si esprime, da parte sua, nella volontà di sottoporsi ad intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo che operi, per quanto possibile, la trasformazione anatomica (degli organi genitali); intervento visto come una liberazione, in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia». Alla conoscenza del fenomeno del transessualismo, nei suoi vari risvolti e dinamiche, è certamente di aiuto la lettura di A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, *passim*. Per l'analisi dei profili giuridici del transessualismo può rinviarsi a G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, nel *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2011, 729 ss., nonché alle voci enciclopediche di F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Digesto Disc. Privat., Sez. Civile, Aggiornamento*, Torino, 2013, 732 ss.; S. PATTI, *Transessualismo*, in *Digesto Disc. Privat., Sez. Civile*, XIX, Torino, 1999, 416 ss.; P. STANZIONE, voce cit., 874 ss.; P.M. VECCHI, *Transessualismo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 9 ss.; M. DOGLIOTTI, *Transessualismo (Profili giuridici)*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, VIII, Torino, 1987, 786 ss.

<sup>67</sup> Si rinvia a S. PATTI, *Mutamento di sesso e "costringimento al bisturi": il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, cit., 41 ss., che dà conto dell'evoluzione avutasi, sul punto, in Europa, di cui si ha riscontro sul piano legislativo e in numerose sentenze delle Corti Costituzionali e della Corte EDU. Di particolare interesse, a quest'ultimo proposito, la sentenza della Corte di Strasburgo del 10 marzo 2015, nell'*affaire Y.Y. c. Turquie* [in <[www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)].

principio che la sottoposizione al trattamento chirurgico volto a modificare i caratteri sessuali primari non può essere imposta al soggetto che voglia veder anagraficamente riconosciuta l'affiliazione al sesso diverso da quello realmente posseduto, perché a questo si sente di appartenere<sup>68</sup>; come dire, che tale riconoscimento – cui si accompagna la sostituzione del nome prima posseduto con quello di elezione<sup>69</sup> – può aversi all'esito di un

<sup>68</sup> Si veda, in particolare, Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1068, con nota di D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso* (anche commentata da S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138, cit.*, 643 ss.), che ne parla come di una «scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore». V., altresì, conforme, Cass. 14 dicembre 2017, n. 30125 [in <[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)], che sottolinea l'autorevole avallo all'esclusione della necessità dell'intervento chirurgico offerto da Corte Cost. 5 novembre 2015, n. 221 [il testo è reperibile in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019) ed anche in <[questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019), corredato da commento di A. Nocco, *op. cit.*]: la Consulta, infatti, con sentenza interpretativa di rigetto, ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, l. 14 aprile 1982, n. 164, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU, dal Tribunale di Trento, motivata – in buona sostanza – alla luce del fatto che non sarebbe conforme a Costituzione subordinare l'autorizzazione alla rettificazione dell'attribuzione di sesso alla previa modificazione chirurgica dei caratteri sessuali, senza valutare la situazione fisica e psicologica dei transessuali caso per caso. Anche i giudici di merito sono in larga prevalenza orientati in tal senso: v. Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 254 (corredata dalla già citata nota di A. Schuster), chiara nell'affermare che «in caso di transessualismo accertato il trattamento medico chirurgico previsto dalla legge n. 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psico-fisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali». Per far sì che esista «armonia tra vita, corpo e diritto, non sempre è necessario passare attraverso la dolorosa, irreversibile e psicologicamente pesantissima modificazione dei caratteri sessuali» (S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 88).

<sup>69</sup> Si veda, al riguardo, Corte EDU, 11 ottobre 2018, ric. n. 55216/08, in <[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019) [e, in lingua francese, in <[www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)]: la Corte ha registrato, nel rifiuto delle autorità italiane di autorizzare un *transgender* a cambiare il proprio nome maschile durante il processo di transizione sessuale e prima del completamento dell'operazione di conversione, una violazione dell'art. 8 della Convenzione e, denunciata «una rigidità del processo giudiziario di riconoscimento dell'identità sessuale delle persone transessuali in vigore all'epoca dei fatti» in Italia, ne ha segnalato il superamento nel regime attuale che non rende «più necessaria una seconda decisione del tribunale nei procedimenti di rettificazione di attribuzione di sesso riguardante persone che sono state operate, poiché la rettificazione dello stato civile può essere ordinata dal giudice nella decisione che autorizza l'operazione».

processo individuale che non necessariamente postula quell'intervento di adeguamento e che «rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione»<sup>70</sup>. Quest'ultimo – in linea con la scelta trasfusa nella l. 164/1982 – può dirsi compiuto quando il convincimento psichico del soggetto trovi riscontro in dati oggettivi che, del percorso realizzato, certifichino la serietà. All'esito, si profila un soggetto, uomo o donna nella psiche oltre che nelle attestazioni di stato civile, ma di sesso biologicamente non corrispondente a quello che in dette attestazioni compare: un uomo o donna, non per il sesso “reale” posseduto, ma anagraficamente.

Da noi, è stata la Suprema Corte ad aver suggellato questo passaggio, in una sentenza<sup>71</sup> – ne illustreremo poi i tratti salienti – che, accolti sei dei sette motivi di ricorso articolati, ha dichiarato assorbiti i dubbi di legittimità costituzionale avanzati in via gradata, riferiti all'interpretazione accolta nella sentenza impugnata ove ritenuta la sola prospettabile<sup>72</sup>: la rettificazione dell'attribuzione di sesso era, nel caso di specie, richiesta da un soggetto che, ottenuta molti anni prima l'autorizzazione agli interventi chirurgici di modificazione dei caratteri sessuali, non volendo sottoporvisi, aveva intanto subito numerosi trattamenti estetici ed ormonali grazie ai quali «aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna» a prescindere dal trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari, mai praticato.

Lo snodo è cruciale, giacché trova finalmente considerazione e tutela l'istanza “identitaria” di chi, ancorché sessualmente connotato come appartenente ad uno dei due sessi “dominanti” e non interessato o impossibilitato a distaccarsene, si considera affiliato all'altro sesso e non vive traumaticamente tale divaricazione: nutre, magari, l'aspirazione ad assumere le caratteristiche anatomiche e comportamentali proprie del sesso “psicologico”, ma non vuole – o non può che – conservare il proprio sesso “reale”<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Così, Corte Cost. 5 novembre 2015, n. 221, cit.

<sup>71</sup> Si allude a Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit.

<sup>72</sup> Dubbi, che si appuntavano sull'art. 3 della l. 164/1982 (abrogato dal d. lgs. 150/2011, ma ritenuto applicabile *ratione temporis*) e sull'art. 31 del d. lgs. ora citato, state il ravvisato contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché con gli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e con l'art. 3 della CEDU.

<sup>73</sup> La conservazione, infatti, può essere frutto di una scelta deliberatamente e consapevolmente assunta o trovare causa nell'impraticabilità, per ragioni disparate (crisi di rigetto, problemi uro-genitali insuperabili), dell'intervento chirurgico di modifica dei suoi caratteri sessuali primari. «Può accadere, infatti, che la persona non sia nelle condizioni fisiche di affrontare un intervento, ad esempio, per età o condizioni di salute precarie; così come può darsi il caso che abbia il timore di affrontare un intervento invasivo e irreversibile e di perdere la situazione di

Basta leggere in modo – oggi diremmo – costituzionalmente orientato le disposizioni contenute nella l. 164/1982, per rendersi conto che esse, assecondando l'evoluzione tratteggiata, sono in grado di rispondere anche all'istanza di riconoscimento dell'individuo desideroso di vivere ed essere socialmente accettato come una persona di sesso diverso da quello anatomicamente posseduto<sup>74</sup>.

Su quelle norme, dunque, può far leva il soggetto la cui identità sessuale è certa e che, tuttavia, avendo ragione di vedersi classificato come appartenente al genere diverso, rivendica un'identità "anagrafica" coerente con il sesso "psicologico": lo abbiamo prima identificato come transessuale anagrafico, ma potremmo anche rappresentare la sua condizione ricorrendo al termine inglese "transgender", che bene evidenzia, da un lato, come il soggetto di cui trattasi non risponda al modello del transessuale propriamente detto e, dall'altro, l'emergere dell'identità di genere quale autonoma categoria con la scissione tra essa e l'identità sessuale biologica.

Ma il *transgenderism* è fenomeno più complesso e, in esso, la figura del *transgender* or ora tratteggiata non è sola: accanto a questa – e con essa non confondibile – c'è chi avverte psicologicamente di appartenere a sesso diverso da quello biologicamente posseduto, magari adegua i suoi caratteri sessuali secondari o anche omette di farlo e, comunque, non mostra alcun interesse alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, vive bene, senza alcun disagio, la dissociazione col suo sesso "reale". Si stagliano, perciò, due profili distinti e, in via stipulativa, denominato *transgender* senza ulteriori qualificazioni il primo, possiamo abbinare l'espressione "transgender soft" a quello da ultimo tratteggiato. Il *transgender soft*, dunque, a differenza del *transgender*, non è attratto nell'orbita del transessualismo, ma in ambedue l'identità di genere si afferma quale categoria autonoma e distinta dall'identità sessuale<sup>75</sup>.

---

benessere raggiunta; ancora, possono esservi ostacoli riconducibili a convinzioni religiose che rendono impraticabile qualsiasi trattamento chirurgico» (A. LORENZETTI, *op. cit.*, 20).

<sup>74</sup> Come Corte Cost. 13 luglio 2017, n. 180 [in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)] ha affermato, con riguardo all'art. 1, co. 1, l. 164/1982 (dal giudice *a quo* tacciato di illegittimità costituzionale), la «possibilità di un'interpretazione della disposizione censurata, rispettosa dei valori costituzionali di libertà e dignità della persona umana, è stata individuata e valorizzata sia dalla giurisprudenza di legittimità, sia da quella costituzionale». La Consulta non manca di sottolineare il «valore nomofilattico della scelta ermeneutica operata in questo senso dalla Corte di cassazione» nella citata sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, per poi, infine, dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale di detta disposizione, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>75</sup> Viene, allora, di dire che il tratto comune – e distintivo dell'identità di genere – emerge allorquando una persona, sessualmente caratterizzata quale uomo o donna, avverte il contrasto tra il suo sentire psichico e le condizioni anatomiche e sessuali del suo corpo e,

I profili qui delineati fanno i conti con il binarismo di genere maschio/femmina e con le attuali nostre risultanze anagrafiche imperniate su di esso<sup>76</sup> ed è – a nostro avviso – opportuno mantenere la riflessione entro queste coordinate, giacché altro discorso va riferito alla figura del *gender-queer*, espressiva di un orientamento che supera la distinzione tra i sessi e, forse, anche la diversità di genere, in quanto legata all'individuo di sesso "reale" maschile o femminile che, a dispetto di ciò, rifiuta alla radice e drasticamente il binarismo maschio/femmina e, in contrapposizione, si considera appartenente ad un genere non meglio identificato – potremmo definirlo "genere x" – magari risultante dalla commistione dei due generi dominanti o dalla loro combinazione o non avente alcunché in comune con nessuno dei due<sup>77</sup>.

L'identità di genere del *transgender*, dunque, può esitare o no nella rettificazione dell'attribuzione di sesso e c'è subito da domandarsi se, nel primo caso, finisca per avere la meglio sull'identità sessuale e per detronizzarla. Conviene spendere qualche parola sul punto. Apriamo, dunque, una breve parentesi.

È illogico pensare che dell'identità sessuale si perda traccia, vista la permanenza del sesso reale. Situazioni particolari possono, allora, affiorare<sup>78</sup>, ma come la mettiamo con il matrimonio? Potrebbe ipotizzarsi che un *transgender* – divenuto anagraficamente donna – si sposi in Comune con

---

tuttavia, decide di non modificare radicalmente queste ultime o di non alterarle, perché impossibilitato a fare altrimenti o perché sicuro di non averne bisogno essendo, comunque, in armonia col proprio corpo. Il *transgenderism*, dunque, non è categoria riferibile a persone aventi un sesso indeterminato, né a soggetti che non sono né uomini né donne o che sono uomini e donne nel contempo o *d'emblée* assegnati ad un "terzo genere", lo si denomini "Genere X" o in altro modo.

<sup>76</sup> Tuttavia, se fosse riconosciuto il terzo sesso legato all'intersessualità non emergerebbero problemi particolari, *in primis* perché all'intersessuale non può essere imposta l'attribuzione del "sesso x" e, inoltre, perché, ove pure dovesse risultare registrato come appartenente al terzo sesso, è sempre aperta la possibilità di chiedere la rettificazione dell'attribuzione ove il suo sesso "psicologico" coincida con uno dei due sessi "reali" dominanti.

<sup>77</sup> «Esiste un movimento nascente, in parte ispirato alle persone transgender, secondo cui il genere è "fluid": non soltanto modificabile, ma anche difficile da contenere in due sole categorie» (J.M. TWENGE, *op. cit.*, 301).

<sup>78</sup> Si pensi alla *transgender* di sesso reale femminile, che si sente uomo e che anagraficamente lo è, e che, ciò nonostante, è in grado di procreare e, successivamente, di allattare il bambino, così come farebbe una donna. Abbiamo avuto notizia del verificarsi di un caso come questo nel 2016 in Canada: intuibili le polemiche che ne sono seguite, cui ha replicato con grande pacatezza la persona interessata affermando che, al di là degli stereotipi, si può essere uomini e nel contempo sperimentare la maternità.

un uomo<sup>79</sup>: stando alle risultanze dello stato civile una donna e un uomo hanno contratto matrimonio, anche le sembianze degli sposi accreditano questa conclusione<sup>80</sup>, ma se si guarda al sesso reale due uomini si sono sposati. Se quanto rilevato è ineccepibile, viene allora spontaneo chiedersi se di matrimonio valido si tratti. I giudici hanno in diverse occasioni ribadito che nel «nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale»<sup>81</sup>. Avevano verosimilmente riguardo al sesso “reale”, ma certo è che, se l’inefficacia fosse da riferire alla coincidenza del sesso “anagrafico”, il matrimonio poc’anzi ipotizzato dovrebbe risultare valido e produttivo degli effetti suoi propri: avremmo, così, individuato, anche nel nostro ordinamento, una via d’accesso al matrimonio (biologicamente) omosessuale<sup>82</sup>. Se si aderisce, invece, all’idea che presupposto imprescindibile di un valido matrimonio sia la diversità

<sup>79</sup> È quanto sembra sia accaduto in Campania, ad Aversa, nell’aprile 2017: la stampa ha diffuso con grande enfasi la notizia, parlando del primo matrimonio trans in Italia.

<sup>80</sup> L’aspetto del *transgender*, che ha efficacemente adeguato i caratteri sessuali secondari, è infatti quello di una donna. Non stiamo qui valutando un dato puramente estetico, giacché – come Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit. ha rilevato – «il far coincidere l’identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici».

<sup>81</sup> Così Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit., con riferimento a questione attinente al rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali.

<sup>82</sup> D’altronde, secondo Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit., «l’unione omo-affettiva (...) riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost. e (...) può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determini una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione»; ed altre indicazioni di qualche significato – come nota S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, cit., 84 s. – sono presenti in alcune di quelle sentenze della nostra Suprema Corte e della Corte Costituzionale che hanno finito per assecondare l’indirizzo, egemone, che nega alle coppie dello stesso sesso il diritto al matrimonio. Lo stesso A. invita, poi, a non trascurare gli artt. 12 CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, che evidenziano la natura di diritto fondamentale del diritto di sposarsi e – in particolare l’ultimo degli articoli citati – la distinzione tra questo e il diritto di costituire una famiglia (v. *op. ult. cit.*, 78); sicché, quando Egli afferma che «nell’orizzonte disegnato dalla Carta europea dei diritti fondamentali la diversità di sesso non è più un connotato di alcuna forma di organizzazione dei rapporti interpersonali, sia che si voglia far riferimento al matrimonio (...) sia che si voglia ricorrere a modelli diversi» (*op. ult. cit.*, 79), pone all’attenzione un dato che ha un peso rilevante, non solo per il riscontro che ormai trova in un’evoluzione, sul piano culturale, innegabile. Un’indagine colta e ricca di spunti di grande interesse su omoaffettività (concetto non coincidente con “omosessualità”) e diritto è svolta da A. PALAZZO, *Eros e jus*, Milano-Udine, 2015.

di sesso “reale” tra i nubendi<sup>83</sup>, occorre giocoforza concludere (e non è facile accettarlo) che l’anagrafe non conta, che l’identità sessuale riemerge e prende il sopravvento e che, di fronte al matrimonio, non tutti transessuali sono uguali<sup>84</sup>. Il problema resta aperto e potrà dirsi risolto solo quando il legislatore – non è mai troppo tardi – deciderà di rompere gli indugi e accogliere il matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento. Ma il discorso non finisce qui. Se conta il sesso “reale”, come la mettiamo nell’eventualità che il *transgender*, tradendo il suo sesso psicologico ed anagrafico, decida di contrarre matrimonio con persona di sesso “reale” diverso dal suo? Il matrimonio, in questo caso, è valido? O torna in considerazione il dato anagrafico per ostacolare tale esito? In quell’eventualità, nell’aspetto i due sposi appariranno appartenere allo stesso sesso e c’è da chiedersi se possa rilevare l’impatto sociale di questa situazione, atteso che – richiamiamo qui un concetto cui la citata sentenza della Suprema Corte ha dedicato attenzione – c’è «l’interesse di natura pubblicistica alla chiarez-

<sup>83</sup> Molti e sin troppo noti sono gli indizi che spingono a ritenerlo e che fanno sì che sia largamente prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, questo orientamento. V’è chi sollecita a considerare che «Compiti e responsabilità dei coniugi sono esclusivamente quelli indicati dalla legge, da interpretare in maniera restrittiva, dunque senza la possibilità di dare rilievo a finalità come la stabilità sociale e la garanzia della procreazione» (S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 76) e, tuttavia, sono in molti ancora a credere che, nel nostro ordinamento, «il tipo matrimoniale postuli la differenza di sesso e quindi la complementarietà biologica tra uomo e donna come condizione minima necessaria della protensione alla prole, che lo connota» (A. RENDA, *op. cit.*, 212 s.). Ricordiamo anche che Cass. 21 aprile 2015, n. 8097 (in *DeJure-Giurisprudenza*), trattandosi di verificare se la rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi dovesse o no comportare la cessazione degli effetti civili del matrimonio in essere, ha stabilito – anche in considerazione della declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 164/1982 ad opera di Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170 – che detta rettificazione non è causa di caducazione automatica del matrimonio, dovendosi consentire la prosecuzione del vincolo, con conservazione ai coniugi del riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio, ma sino a quando il legislatore non intervenga per consentire alla coppia di mantenere in vita il rapporto con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi. La l. 20 maggio 2016, n. 76 ha, nell’art. 1, co. 27, stabilito che alla «rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l’automatica instaurazione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso».

<sup>84</sup> Non è chi non veda come la posizione del *transgender* – o, che dir si voglia, transessuale anagrafico – non è coincidente con quella del transessuale in senso proprio: colui che rettifica l’attribuzione di sesso avendo adeguato i suoi caratteri sessuali primari può, infatti, contrarre con persona dell’altro sesso un valido matrimonio civile e, forse, anche in forma religiosa. Ricordiamo che Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138 [in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)] ha tratto dal «riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso (...) un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento».

za nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» che non può essere trascurato. C'è anche, infine, da considerare, in relazione al matrimonio, la posizione del *transgender soft* che, per via dell'inalterato dato anagrafico, presenta accenti peculiari<sup>85</sup>. È opportuno, però chiudere qui la parentesi, aperta peraltro più con l'intento di far affiorare i problemi – non pochi, come si vede, né facili da risolvere – che con il proposito di offrire risposte ad essi.

Dunque, il *transgender* intraprende il percorso diretto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso in virtù di una scelta<sup>86</sup>. Non ha un obbligo; egli ha l'onere di attivarsi per ottenere il riconoscimento di un'identità “anagrafica” corrispondente al sesso “psicologico”, se desidera veder consacrata, nelle attestazioni dello stato civile, la prevalenza di quest'ultimo – e dell'identità di genere – sul sesso “reale”<sup>87</sup>. Al netto delle considerazioni svolte, c'è uno spazio, dunque, dove il sesso psicologico ha la meglio su quello reale. Il *transgender soft*, da parte sua, è appagato nel rivendicare l'appartenenza al genere non corrispondente al sesso “reale” ed “anagrafico” e non avverte l'esigenza di far sì che quest'ultimo sia rettificato; l'identità di genere, in tal caso, non evapora, ma rimane nel campo, sterminato, degli orientamenti sessuali, che – come si evince dall'art. 3 Cost., oltre che dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE – non possono essere fonte di discriminazione<sup>88</sup>.

Balza agli occhi, da quanto sin qui esposto, l'impatto cruento della dissociazione tra sesso reale e sesso anagrafico con l'ordinamento. Nel genere

<sup>85</sup> Se si ipotizza che il *transgender soft*, violentando il suo sesso psicologico, sposi una persona di sesso “reale” diverso dal suo, nessun problema dovrebbe porsi, se non quello determinato dal dato estetico ove, all'aspetto, i nubendi si palesino come entrambi appartenenti allo stesso genere.

<sup>86</sup> Quando M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, I, 286 rileva come il genere – a differenza del sesso – rimandi ad «una scelta elettiva», fa un'affermazione che contiene un nucleo di verità.

<sup>87</sup> Anche detta prevalenza, perciò, è conseguenza di una scelta. Si chiede la rettificazione dell'attribuzione di sesso se ed in quanto si vuole che, nelle attestazioni di stato civile, l'identità sessuale sia sacrificata.

<sup>88</sup> Il legislatore costituente non era certo chiamato a confrontarsi con la realtà che oggi si prospetta e a lui sfuggiva la dimensione dialettica dell'endiadi sesso/genere nei termini in cui attualmente risulta valorizzata. Ma c'è, comunque, da considerare il riferimento, esplicito nel co. 1 dell'art. 3 Cost., alle “condizioni personali e sociali”, distinto da quello avente riguardo al sesso; per non dire, poi, del co. 2 dello stesso articolo. Il sesso pure compare nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dove è da notare il rilievo specifico assegnato allo “orientamento sessuale”, che sottintende l'esigenza di evitare tra i due confusione (v. , al riguardo, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 292 s.). E, d'altronde, non c'è norma che precluda di autodeterminare il modo di vivere la transessualità, pure concepibile in assenza della rettificazione dello stato civile.

umano rileva la classificazione, dominante, tra individui di sesso maschile e femminile, che è arduo pensare possa essere posta in discussione, ma la realtà è più complessa<sup>89</sup> e lascia emergere altre istanze di affermazione e riconoscimento che non possono rimanere inascoltate. Sono inaccettabili atteggiamenti di cecità o insensibilità nei confronti della condizione del *transgender soft*, giacché è implicata la libertà di scegliere, di autodeterminarsi, di esprimere i propri orientamenti sessuali, che è sacrosanta e merita protezione. Quando, poi, si tocca l'identificazione "anagrafica" del sesso di appartenenza, quando si ha a che fare con la figura del *transgender*, entrano pure in gioco altri elementi, che hanno un peso notevole e sono capaci di mutare il quadro: la disciplina di cui alla l. 164/1982 e gli sviluppi indotti dalla sentenza della S.C. lo stanno, inequivocabilmente, a testimoniare.

#### 4. *Il transgender sotto la lente della Corte di Cassazione*

È giunto il momento di dare uno sguardo più attento a Cass. 15138/2015, per evidenziarne i profili che, nell'economia del nostro discorso, si palesano maggiormente significativi. Vaglieremo, a seguire, i rilievi critici rivolti alla sentenza.

La condizione che è posta sotto i riflettori è quella – ormai ben delineata – del *transgender* e, se proviamo ad estrarre l'essenza dalle argomentazioni sciorinate, viene di pronunciare le seguenti massime: «l'identità di genere non interessa la sola sfera individuale e personale e non è astratta dalla dimensione sociale»; «il diritto di essere se stessi non può significare abbandonare all'estemporaneità, alla sensazione del momento, alla volubilità, l'identificazione "anagrafica" del sesso di appartenenza».

La Corte di Cassazione ha, con forza, precisato che il diritto all'identità di genere rientra nel novero dei diritti inviolabili della persona, ma va bilanciato «con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche»; ha, poi, aggiunto che ciò rende «necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità»<sup>90</sup>. Si delinea, con ciò, la sostanza del processo individuale cui la Corte Costituzionale aveva fatto richiamo: l'idea che ispira la l. 164/1982<sup>91</sup> non è rinnegata, ma

<sup>89</sup> E «conferma come carattere costitutivo dell'identità sia il mutamento, la sua costruzione continua, la compresenza di identità molteplici» (S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 128).

<sup>90</sup> Le espressioni riportate tra virgolette sono fedelmente tratte da Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit.

<sup>91</sup> Stando alla quale, pur essendo rilevante il «convincimento psichico del soggetto non

è dalla Suprema Corte correttamente assecondata, risultando affermato il principio che, ai fini di quel mutamento, la soggettiva insofferenza per il sesso realmente posseduto non basta<sup>92</sup>; è necessario un riscontro oggettivo, che si palesa là dove le risultanze anagrafiche del *transgender* rispecchino le sue sembianze ed, essendo le prime tarate sulla distinzione per sesso maschile e femminile, ciò significa che l'aspetto del soggetto interessato deve quanto meglio corrispondere – a seconda dei casi – a quello di un uomo o di una donna, assecondando così il sesso psicologico<sup>93</sup>. Queste poche righe chiariscono il senso delle massime poc'anzi enunciate e segnalano, nell'itinerario argomentativo della sentenza, il passaggio cruciale, lo snodo più delicato e di maggiore densità problematica<sup>94</sup>.

Il diritto di vivere, come ciascuno meglio crede, la propria sessualità non è in discussione e non è condizionato alla sottoposizione a trattamenti medici di alcun genere; ma, fermo il rispetto di eventuali puntuali prescrizioni di legge, ove emerga un insanabile contrasto «con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche», un limite va posto. A questo si allude invocando il bilanciamento. La S.C. si concentra sulla condizione del *transgender*, ma c'è da credere che tale interesse non interferisca soltanto con essa, ma con ogni manifestazione della sessualità che l'interessato giudichi necessaria per star bene con sé stesso, sempreché sia tale da offuscare quella chiarezza. È raro che accada, ma anche l'aspetto sessualmente equivoco ed ambivalente, che in sé e per sé non merita censura alcuna, potrebbe rivelarsi incompatibile con quell'interesse pubblico e condizionare, pertanto, la libera espressione della propria sessualità<sup>95</sup>.

---

si può prescindere dalla ricorrenza di dati oggettivi» (S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, cit., 342).

<sup>92</sup> Ciò che appare, d'acchito, comprensibile, dal momento che il *transgender* conserva inalterato il sesso verso il quale nutre avversione.

<sup>93</sup> Peraltro, anche la Corte Costituzionale aveva lasciato intendere che le sembianze del *transgender*, se non il sesso "reale", dovessero coincidere con quelle proprie del sesso di destinazione: aveva, infatti, sì riconosciuto che è lo stesso *trans* a definire le modalità del percorso di transizione che ha deciso di intraprendere, ma anche precisato che quest'ultimo «deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere» (Corte Cost. 5 novembre 2015, n. 221, cit.). Si veda pure, ancor prima, Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit.

<sup>94</sup> Bene fa C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 268 e 281 a parlo in evidenza.

<sup>95</sup> Si pensi al travestimento – ossia all'abitudine, che alcuni individui hanno, di indossare abiti del sesso opposto – ove l'ambiguità è centrale: parliamo di pratica che, di per sé, non costituisce reato e non è da considerare indecorosa [v. il caso, curioso e interessante, trattato da Cons. Stato, 21 febbraio 2014, n. 848, in <[www.altalex.com](http://www.altalex.com)> (ultimo accesso: 20/01/2019)], che non incide sull'identità sessuale né chiama in gioco la rettificazione

Cambia tono la Suprema Corte quando parla del mutamento di sesso, cioè a dire della rettificazione dell'attribuzione di sesso nelle attestazioni dello stato civile, giacché al fine è richiesto «un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità».

Sono, quindi, assunti in considerazione due piani ed è in connessione con detta rettificazione che emerge l'esigenza – che va di necessità soddisfatta – di congiungere irreversibilmente soma<sup>96</sup> e psiche: non può imporsi – come detto – l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, ma di quelli secondari sì<sup>97</sup>. Dato che la scoperta dell'identità di genere «costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale»<sup>98</sup>, c'è da stabilire se vi siano ostacoli ad ammettere

---

di attribuzione di sesso, ma che con «l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» può entrare in conflitto. L'esempio dell'uomo che, assunte le sembianze di donna, accede ai bagni e agli spogliatoi riservati all'altro sesso fa pensare e provoca non immotivato allarme. Hanno un peso, ovviamente, il contesto e le circostanze concrete, poiché l'ambiguità e il travestitismo – si prenda il mondo dello spettacolo in cui il fenomeno è piuttosto diffuso – non destano problema là dove costituiscono, e sono percepiti dalla collettività, quali mezzi per costruire personaggi fuori dagli schemi dominanti, capaci di esprimere in modo palese e provocatorio critica verso modelli e modi di pensare e di essere cristallizzati o, più semplicemente, abili nello sfruttare per ragioni di “cassetta” l'attrazione che esercita sul pubblico ciò che è stravagante, anomalo e inconsueto. Nessuno – ad esempio – si sognerebbe di considerare in contrasto con quell'interesse pubblico l'atteggiamento del cantante Renato Zero (questo il nome d'arte di Renato Fiacchini), che nella prima fase della sua fortunata carriera del travestitismo fu alfiere. Lo stesso dicasi se guardiamo ad altro artista, Conchita Wurst, pseudonimo utilizzato da Thomas Neuwirth, austriaco, di professione cantante, noto al grande pubblico per il modo di presentarsi sulla scena, con vistoso trucco ed abiti femminili e la barba in viso, *look* che sicuramente ha contribuito a farne il vincitore, in rappresentanza dell'Austria, dell'Eurovision Song Contest 2014: quel contrasto inusuale e volutamente provocatorio salta agli occhi, cattura l'attenzione restituendo un'immagine certamente ambigua che, se non fosse per la barba, verrebbe spontaneo accostare al sesso femminile. Thomas usa i pronomi femminili quando fa riferimento al personaggio di Conchita e i pronomi maschili quando parla di sé stesso e, tuttavia, è un uomo, ha sempre dichiarato di identificarsi come tale e di essere *gay*, nega di essere una donna *transgender* e suole descriversi come una *drag queen*.

<sup>96</sup> Soma significa, in genere “corpo”, ma qui – accettata l'idea che sono (almeno) i caratteri sessuali secondari a dover essere adeguati – va rapportato all'aspetto del corpo.

<sup>97</sup> Individuate, allo stato attuale, nel corpo, nell'autopercezione e nel ruolo sociale le “tre componenti dell'identità di genere” e per corpo intesa “l'apparenza fisica” nella convinzione che la «chirurgia in tale prospettiva non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona», la S.C. lascia intendere che “eventuale” è solo l'ausilio offerto dalla chirurgia modificativa dei caratteri sessuali primari, mentre non può mancare ai fini dell'affermazione dell'identità di genere la modificazione dei caratteri sessuali secondari.

<sup>98</sup> Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit. La popolazione dei *transgender* minori di età è

che i genitori, ove il figlio minore abbia consapevolmente maturato la scelta di essere identificato come appartenente ad un genere diverso da quello comunemente abbinato alle sue caratteristiche sessuali e modificato corrispondentemente le sue sembianze<sup>99</sup>, possano, per lui, richiedere la rettificazione dell'attribuzione di sesso<sup>100</sup>.

Si modifica – come già segnalato – il precedente orientamento<sup>101</sup>, adottando una soluzione meno rigida che è frutto di una mediazione, trattandosi all'altro estremo di scongiurare «che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»<sup>102</sup> e di non dare adito ad istanze quali quella proveniente dal *genderqueer*. Tutto lascia credere che la Suprema Corte, captata nella società spinte favorevoli alla sessualità fluida, abbia inteso non alimentarle, nella consapevolezza che ciò richieda il nostro ordinamento, nella fase attuale della sua evoluzione; soppesate quelle spinte e, tuttavia, giudicata allo stato ancora largamente prevalente nella coscienza sociale la tendenza a mantenere la centralità del modello binario basato sulla distinzione maschio/femmina<sup>103</sup>, la Cassazione

---

in forte crescita e ricordo lo scalpore destato, nel 2017, dalla lettera con la quale Nacho Vidal, attore porno spagnolo tra i più noti, confessava di avere una figlia di nove anni *transgender* – Ignacio, che si fa chiamare ora Violeta – e di non aver, in un primo momento, avuto consapevolezza che una bambina visse in quel corpo maschile; ora egli riconosce di avere una figlia.

<sup>99</sup> Cosa che, nei casi di specie, si attua per lo più tramite il contrasto allo sviluppo di caratteri sessuali secondari propri del sesso psicologicamente non desiderato. Solo con l'avvicinarsi alla maggiore età è presa in seria considerazione la somministrazione di estrogeni o testosterone per indurre mascolinizzazione o femminilizzazione del corpo. Resta, comunque, da verificare se le modificazioni che richiedono un trattamento medico-chirurgico che va autorizzato dal Tribunale siano solo quelle che riguardano i caratteri primari o debbano ricomprendere anche quelle più invasive che interessano alcuni caratteri secondari.

<sup>100</sup> Ovviamente, c'è un percorso psicologico da seguire con particolare scrupolo, per valutare nella maniera più adeguata la persistenza dei comportamenti *gender non conforming*, ma la risposta negativa sembra imporsi, tanto più se si aderisce all'idea che l'intervento medico-chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari possa essere richiesto nell'interesse del figlio minore dai genitori. Risale al luglio 2017 ed è stata definita "storica" una sentenza del Tribunale di Frosinone che ha autorizzato la rettifica dell'attribuzione di sesso di una *transgender* diciassettenne di Alatri.

<sup>101</sup> Si può, dunque, convenire con S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass.*, 20.7.2015, n. 15138, cit., 643 quando afferma che «la decisione in esame ha cancellato, almeno in parte, il c.d. "costringimento al bisturi"».

<sup>102</sup> Così Corte Cost. 13 luglio 2017, n. 180, cit.

<sup>103</sup> Guardando alla realtà degli USA, J.M. TWENGE, *op. cit.*, 301 s. rileva che il «movimento verso la fluidità di genere sta forse cominciando a prender piede, ma è ancora lontano dalla percezione media o dall'esperienza media». Analoga constatazione può essere riferita al contesto italiano.

ha pensato bene di limitarsi ad aggiornare il sistema senza alterarne nella sostanza i tratti e di sbarrare la strada a forme di più o meno accentuata sessualità fluida.

C'è, dunque, nella pronuncia in esame, la presa d'atto, implicita ma egualmente chiara, che, sul terreno in questione, il paese reale non è più avanti di quello legale<sup>104</sup> e che, al momento, le risposte date dall'ordinamento si mostrano adeguate. C'è anche la consapevolezza che il quadro è in continua evoluzione e che non è da escludere, in futuro, la necessità di un ammodernamento del sistema. Intanto, il modello dalla Cassazione eletto a parametro corrisponde a quello che la realtà più di frequente prospetta. Nel *transgender*, infatti, la costruzione dell'identità di genere è, di norma, accompagnata e agevolata dalla modificazione dei caratteri sessuali secondari (tramite terapie ormonali, chirurgia estetica, sostegno psicoterapeutico, ecc.), che è voluta e ricercata dal soggetto interessato in quanto volta a restituire di lui un'immagine corrispondente al sesso diverso da quello realmente posseduto: si crea, così, un'apparenza, per occultare – con esito non sempre appieno soddisfacente<sup>105</sup> – la propria identità sessuale<sup>106</sup>. Questo modello è assimilabile dall'ordinamento e non ne scompagina i fondamenti, sicché può essere destinatario del riconoscimento, insito nella rettificazione dell'attribuzione di sesso. Alla rettificazione, invece, non possono accedere altri modelli, che non offrono pari garanzie circa la serietà ed univocità del percorso scelto per il transito all'altro sesso e sono perciò connotati da instabilità o che, addirittura, pretendono di accreditarsi in contrapposizione alla distinzione binaria tra i sessi. Nessuna pregiudiziale censura verso tali modelli, che esprimono una sessualità eccentrica e rimandano a figure ambigue anche nell'aspetto che i sensi degli altri percepiscono<sup>107</sup>, ma è chiara l'intenzione di evitare che il cambiamento di attribuzione di sesso possa realizzarsi conservando,

---

<sup>104</sup> Non crediamo, dunque, proponibile il parallelismo con l'evoluzione normativa che, a partire dalla fine degli anni '60 del secolo scorso, ha dato concretezza all'art. 29 Cost. e all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ivi sancita: tale evoluzione, infatti, poteva dirsi imposta dalla maturazione, già in essere nel tessuto sociale, di un modello di rapporto tra i sessi più evoluto di quello consegnato nelle leggi al tempo esistenti.

<sup>105</sup> Ovviamente, le azioni compiute per avvicinare quanto più possibile l'aspetto esteriore al sesso psicologico possono riuscire brillantemente nell'impresa – come sempre più spesso accade, atteso che la scienza ha fatto passi avanti enormi in questa direzione – o condurre a risultati meno appaganti.

<sup>106</sup> Questo – come detto – era, in pratica, accaduto nel caso trattato da Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit.

<sup>107</sup> L'allusione è chiara ai casi in cui un'apparenza è creata per costruire un'immagine di sé lontana da quella che *d'emblée* noi tutti saremmo portati ad associare al sesso cui si appartiene.

per scelta, inalterate o quasi, le caratteristiche sessuali secondarie proprie e/o peculiari del sesso “reale”<sup>108</sup>; questo – in buona sostanza – significa sgombrare il campo dall’ambiguità.

L’aspetto equivoco ed ambivalente è d’ostacolo alla rettificazione di attribuzione di sesso nelle attestazioni di stato civile quando – e perché – contrasta «con l’interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell’identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche». Perché il contrasto non emerga, il cambiamento dei caratteri sessuali anatomici (almeno secondari), non solo è necessario, ma deve essere “irreversibile”.

Non è da intendere in senso oggettivo ed assoluto l’irreversibilità, poiché, a maggior ragione se si pensa che l’alterazione dei caratteri sessuali primari non è più indispensabile, la riassunzione delle sembianze precedenti è, in teoria, possibile. Non si può, poi, escludere che possa insorgere nuovamente il desiderio di cambiare sesso, assecondato dalla possibilità concreta di tornare ad essere, anche nell’aspetto, quello/a di prima. L’irreversibilità, dunque, si lega alla necessità di un accertamento, quanto più possibile severo e rigoroso e da compiersi perciò in sede giudiziale, circa «la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell’approdo finale», che è – lo ricordiamo – il mutamento di sesso: questa è la conclusione accolta nella nota sentenza, espressiva – almeno pare – di un orientamento non rigidamente ancorato all’alterazione dei caratteri sessuali anche perché associata alla constatazione che la «acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale» che «non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell’intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell’avvicinamento del soma alla psiche»<sup>109</sup>. Non c’è una sola via per raggiungerlo, dunque, ma l’obiettivo è uno: far sì che l’affermazione dell’identità di genere, almeno quando si

<sup>108</sup> Tanto per intenderci con un esempio che si rifà a personaggio cui abbiamo fatto cenno *supra*, nella nota 95: un individuo come Thomas Neuwirth/Conchita Wurst, ove desiderasse cambiar sesso – e così non è – con ogni probabilità non riuscirebbe a farlo in applicazione della legge italiana, perché il vistoso trucco e gli abiti femminili che frequentemente indossa non sarebbero sufficienti allo scopo e perché pare inverosimile che possa sentirsi donna un soggetto che sessualmente è un uomo e che, come Conchita, deliberatamente conserva in volto una folta barba, che con orgoglio e sfrontatezza non solo nei suoi spettacoli ostenta.

<sup>109</sup> Sono sempre tratte da Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit. le espressioni riportate tra virgolette. Qui il termine “soma” è assunto nel suo reale significato di “corpo”; se, per via di un impiego improprio, il termine dovesse, invece, far riferimento alle sembianze somatiche, avremmo l’affermazione di un principio nella sostanza diverso e incoerente con il modello stabile e non ambiguo promosso dalla S.C. a riferimento.

proietta sul piano anagrafico ed involge il mutamento delle attestazioni di stato civile relative al sesso, effettivamente risponda ad esigenza insopprimibile di pieno sviluppo della persona e non trovi, invece, ragione in motivi futili o puramente edonistici, nella bizzarria o nella materiale convenienza. Si sa: sono insiti nella natura umana – senza essere, di necessità, ascritti alla patologia – l'indecisione, l'instabilità, la mutevolezza, l'irrisolutezza, il capriccio, lo sfizio, la stravaganza, la voglia improvvisa e irrefrenabile: ebbene, serietà ed univocità del percorso sta a significare che non è socialmente accettabile che l'identità sessuale possa da essi dipendere ed è su questa linea che l'ordinamento deve porsi per non abdicare alla propria funzione<sup>110</sup>.

Chiarito il fine, l'irreversibilità assume contorni più definiti. Non v'è dubbio, allora, che il mutamento dei caratteri sessuali, oltre che funzionale a sgomberare il campo da ambiguità, sia l'indizio più probante della «serietà ed univocità del percorso scelto»<sup>111</sup>, anche se forse non il solo da considerare, dato che non è da escludere che si riveli fallace o fuorviante<sup>112</sup> e/o non sufficiente a dimostrare il dato ricercato. Casomai – ma il discorso tocca le norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso che si può pensare patrocini, a questo proposito, soluzioni di dubbia efficacia<sup>113</sup> – una riflessione può essere avviata sulla possibilità che gli

<sup>110</sup> Secondo la *gender theorist* americana Kate Bornstein, atteggiamenti di ostentata predilezione per modelli ambigui e indecifrabili o di totale agnosticismo di genere vanno considerati espressione della natura umana, dovendosi a questa ricondurre la capacità di ognuno di noi di diventare liberamente e consapevolmente uno o un numero infinito di generi per un tempo qualsiasi e per qualsivoglia numero di cambiamenti. Sarà anche vero, ma l'ordinamento deve chiedersi se la natura umana debba essere sempre e in ogni caso e ad ogni costo assecondata, poiché la via non può essere quella di abbandonare al caos, al capriccio e all'esibizionismo il *modus explicandi* delle relazioni tra i consociati.

<sup>111</sup> Quel mutamento è l'esito di un percorso che può essere lungo e non facile da percorrere e comportare costi e sacrifici non trascurabili. È difficile credere che possa decidere di intraprenderlo un falso *transgender* o un soggetto che, per capriccio o per altra meno nobile ragione, pensi di utilizzare strumentalmente quel mutamento per costruire di se stesso una certa immagine, non rispondente al suo intimo sentire, ma al desiderio di apparire agli altri diverso da quello che è.

<sup>112</sup> Le eventualità descritte nella nota che precede, difficili da registrare nella realtà, non sono infatti inipotizzabili.

<sup>113</sup> Come già segnalato (v. *supra*, nota 35), necessita una sentenza passata in giudicato per addivenire alla rettificazione di attribuzione di sesso, cioè alla modifica dei dati personali, nome proprio e sesso attribuito alla nascita, nei registri dell'anagrafe a cui si è iscritti. Il d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150 ha inserito nell'art. 1 della l. 164/1982 il co. 2 recante rinvio all'art. 31 dello stesso d. lgs. che, tra l'altro, regola gli effetti della sentenza che abbia accolto la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso e stabilisce che con essa «il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato

accertamenti del caso possano svolgersi anche in sede diversa da quella giurisdizionale<sup>114</sup>; possibilità, peraltro, che la Corte Costituzionale, come pure la Corte di Cassazione, sembrano con decisione escludere<sup>115</sup>.

### 5. Bilanciamento di interessi vs. genere “fluidò”?

L'importanza dell'arresto della Suprema Corte non va sminuita, né tantomeno disconosciuta. Il principio in essa enunciato non rompe col passato, si inquadra coerentemente nel contesto normativo vigente e “vivente” e, nel contempo, segnala la maturazione di una consapevolezza nuova, che ha tratto linfa dalla «evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo»<sup>116</sup> ed è testimonianza di progresso civile, sociale

---

l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro». L'autorità giudiziaria, dunque, è coinvolta nella vicenda, sia con riguardo all'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali (che, stante il predetto art. 31, va richiesta al Tribunale quando tale adeguamento “risulta necessario”), sia con riguardo alla rettificazione degli atti anagrafici; può, dunque, dirsi che il coinvolgimento, che in relazione al primo caso è eventuale, in ordine al secondo non può mancare. Entrambe le domande, tuttavia, possono costituire congiuntamente oggetto di un'unica sentenza [v. Trib. Bologna, 7 giugno 2017, n. 2176, segnalata da I. RIVERA, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in <[www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)].

<sup>114</sup> Si vedano, al riguardo, le considerazioni espresse da L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Questione giustizia*, 2016, fasc. 2, 220 ss. (ed ivi anche cenni sulla soluzione, diversa dalla nostra, adottata dal legislatore spagnolo).

<sup>115</sup> Nel quadro del duplice coinvolgimento di cui *supra* alla nota 113, Cass. 14 dicembre 2017, n. 30125, cit., ha precisato che non è dato conseguire la rettificazione in via di autonomia privata, essendo di necessità il giudice tenuto ad accertare l'univocità e la definitività del cambiamento sessuale. Corte Cost. 13 luglio 2017, n. 180, cit., consapevole che «l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere», non ha dubbi che nel «sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere».

<sup>116</sup> Il passo è tratto dalla sentenza in parola, la quale su alcuni passaggi di tale evoluzione si sofferma.

e culturale<sup>117</sup>. C'è, tuttavia, chi ha considerato eccessivamente timido il passo avanti compiuto<sup>118</sup> evidenziando anche la presenza di contraddizioni<sup>119</sup>: in definitiva, si giudica il pronunciamento *de quo* non appieno rispondente alle indicazioni provenienti da un dato giuridico che – a ben vedere – solleciterebbe l'approdo ad esiti più avanzati.

A suscitare perplessità è, in particolare, la necessità della modificazione dei caratteri sessuali secondari ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso<sup>120</sup>. Pure detta modifica, insomma, andrebbe considerata eventuale: un esito, questo, auspicato anche perché funzionale alla semplificazione del procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso<sup>121</sup>. La serietà ed univocità del percorso di transizione intrapreso andrebbe comunque vagliata, ma col ricorso ad indici – ove del caso – diversi dalla predetta modificazione<sup>122</sup>, sebbene, probabilmente, meno affidabili.

<sup>117</sup> La distanza dalle considerazioni espresse dalla Consulta pochi anni dopo la promulgazione della l. 164/1982 è siderale (si veda quanto riportato *supra* nella nota 64, a proposito di Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit.).

<sup>118</sup> Emblematicamente, S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, cit., nel titolo dato al paragrafo conclusivo del suo scritto, segnala sì il «passo in avanti verso l'affermazione del diritto all'autodeterminazione e del diritto alla salute della persona», ma subito precisa – o, per meglio dire, auspica – che non sia l'ultimo.

<sup>119</sup> Questo è il parere di S. PATTI, *op. ult. cit.*, 644. Come precisa l'A. (*op. ult. cit.*, 647), «la Corte (...) esclude che si possa ammettere una «combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi», ma – a ben vedere – ciò è proprio quello che esige stabilendo che per il mutamento di sesso è sufficiente la modifica dei caratteri sessuali secondari»; per altro verso, se è vero quanto la S.C. afferma è cioè che «l'intervento di adeguamento diventerebbe un trattamento sanitario obbligatorio laddove il diritto all'autodeterminazione è inviolabile e non può essere compresso (...), lo stesso principio deve ribadirsi anche per i caratteri sessuali secondari».

<sup>120</sup> Finisce, dunque, per non essere da tutti condivisa l'idea che, se non il sesso “reale” (che può rimanere inalterato), il sesso “psicologico” debba imprescindibilmente trovare oggettivo riscontro nella fisionomia della persona, ovvero nell'aspetto che di questa i sensi degli altri colgono.

<sup>121</sup> L'obiettivo della semplificazione trova riscontro, peraltro, nel disegno di legge n. 405 comunicato alla Presidenza del Senato il 9 aprile 2013. Stando all'art. 2, chi intende modificare il sesso indicato nell'atto di nascita deve farne istanza al prefetto esponendo le ragioni a fondamento della richiesta e allegando la documentazione, rilasciata da una struttura pubblica o privata, consistente anche solo in una relazione psicodiagnostica, che attesti la presenza di una disforia di genere. Nell'articolo successivo si precisa che i soggetti interessati «possono modificare o adeguare i loro caratteri sessuali mediante trattamenti medico-chirurgici, terapie ormonali o trattamenti di carattere estetico», ma soltanto «qualora lo ritengano necessario per il proprio equilibrio psicofisico».

<sup>122</sup> Dovremmo, perciò, considerare non superfluo, ma solo eventuale, l'allineamento delle sembianze del corpo alla psiche. Bisognerebbe – per completezza – anche dar conto della posizione di chi, critico nei confronti della sentenza, ha avanzato l'idea che, ai fini della

La divaricazione rispetto all'orientamento perorato dalla Suprema Corte è chiara ed, avendo l'una e l'altra tesi argomenti a sostegno, si tratta di verificare a quali attribuire maggior pregio e peso.

Milita a favore della necessità della modificazione dei caratteri sessuali secondari la lettera dell'art. 1 della l. 164/1982, che fa richiamo esplicito alla «modificazione dei (...) caratteri sessuali», intendendo evidentemente riferirsi, se non ai primari, quanto meno ai secondari<sup>123</sup>, e spingono nella stessa direzione l'idea secondo cui il «sesso rileva come primo segno di identificazione della persona nel contesto sociale»<sup>124</sup> e la considerazione che il corpo e i connotati corporali, sono sì parte del soggetto in quanto attributi costitutivi della persona, ma sono anche oggettivamente apprezzabili quali proiezione della medesima nella realtà esterna, vivono cioè nella dimensione sociale e non sono da essa isolabili. Mentre può indirizzare in senso diverso la valorizzazione della sessualità come «libera scelta di vivere e sentire la propria vita secondo il modo in cui ogni uomo intende e costruisce se stesso»<sup>125</sup>, ovvero l'esaltazione dell'autodeterminazione<sup>126</sup> che, peraltro, corroborata dal richiamo ad altri principi di rilevanza costituzionale, può legittimare del predetto

---

rettificazione dell'attribuzione di sesso, basti accertare la volontà del soggetto interessato, da ritenersi peraltro implicata nell'istanza di rettificazione: ma la presente segnalazione basta e avanza, tanto è chiara l'inaccettabilità della tesi *de qua*, che non trova conforto nel dato normativo – ed, anzi, contrasta con le disposizioni della l. 164/1982 – e fa, inoltre, perno sulla constatazione, a dir poco miope, dell'assenza di altri interessi, all'infuori di quello del *transgender*, meritevoli di considerazione.

<sup>123</sup> Ci si può chiedere a quale genere di caratteri sessuali faccia, invece, riferimento l'art. 31, co. 4, d. lgs. 150/2011, quando prospetta come eventuale lo «adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico», senza specificazione alcuna; ma, se il comma in parola concerne l'autorizzazione al trattamento che prelude alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, diventa complicato approdare a conclusione diversa da quella accolta – a nostro avviso giustamente – da Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit., chiara nell'affermare che l'art. 3, l. 164/1982 (disposizione abrogata, il cui testo trovasi, però, in pratica, riprodotto nell'art. 31, co. 4, d. lgs. 150/2011) congiura a far ritenere che sia esclusa «la preventiva demolizione (totale o parziale) dei caratteri sessuali anatomici primari». Questa è la lettura, d'altronde, che meglio si armonizza con l'art. 1, co.1, l. 164/1982.

<sup>124</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, Milano, 2002, 199.

<sup>125</sup> D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 200. L'A., delineato un modello nel quale «l'uomo si identifica come *individuo* nel rapporto tra *individualità*» (*op. cit.*, 199) e ricondotte a tale modello le identità personali atinenti all'immagine, al nome, alla reputazione, alla riservatezza, nome, precisa che tale «analisi, incentrata sulle individualità, non si attaglia a quella espressione della libertà del soggetto che viene tradotta con il termine *identità sessuale*» (*op. cit.*, 200).

<sup>126</sup> O, per meglio dire, dell'idea dell'individuo sovrano, legata ad una considerazione dell'autodeterminazione a forte – o totale – impronta individualistica.

art. 1 anche una lettura armonica con lo sviluppo qui prospettato<sup>127</sup>.

L'uno orientamento è più sensibile alle istanze sociali, l'altro meno<sup>128</sup>. Confesso che mi sento in accordo col primo, che può vantare – a mio giudizio – argomenti più probanti a suo favore; l'altro, beninteso, non è illogico o insensato, ma si presta a critica in quanto organico alla definizione di un modello relazionale che, oltre a non avere attualmente un saldo radicamento nella coscienza sociale, non è in linea con il progetto di società che la nostra Costituzione incarna<sup>129</sup> ed è foriero di effetti, rispetto a quel progetto, eccentrici e capaci di innescare una deriva a nostro avviso allarmante.

L'allentamento del controllo sulla serietà del percorso individuale apre la via alla sovranità dell'autodeterminazione nella sfera sessuale che, quale espressione di assolutismo individualista, con l'ordito costituzionale non è in sintonia<sup>130</sup>. Invero, alla nostra Costituzione è estranea una cultura dell'identità che si esprima in modo egoistico e narcisistico, indifferente agli orizzonti entro cui si colloca. L'individuo non è una monade a sé stante, ma è parte della società e quest'ultima è concepita come insieme di condizioni diverse, espressive di interessi non omogenei, che convivono e trovano nel reciproco rispetto e nella solidarietà le risposte alle loro esigenze<sup>131</sup>. È in questa dimensione sociale che l'identità si costruisce e non attraverso quella che taluno ha definito «via esclusivamente privatistica»<sup>132</sup>, che guarda invece all'individuo

<sup>127</sup> Ad avviso di S. PATTI, *op. ult. cit.*, 648, le modificazioni dei caratteri sessuali che detta disposizione menziona «sono quelle (e soltanto quelle) desiderate ed attuate dal richiedente nell'esercizio del diritto all'autodeterminazione; mentre nessun trattamento sanitario (...) può essere imposto»; lettura, questa, ritenuta forse ammissibile da C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 298. Ambedue gli AA. accennano anche al disegno di legge cui poc'anzi si è fatto cenno (v. *supra*, nota 121); disegno, che – come si legge nella premessa – mira a semplificare «il procedimento di riattribuzione di sesso e di cambio di nome, per assicurare in ogni caso la dignità della persona e la sua libertà di autodeterminarsi, senza la coercizione di doversi sottoporre a invasivi interventi medico-chirurgici».

<sup>128</sup> O per nulla sensibile, se guardiamo alla tesi – individualista all'estremo – che, ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, non richiede altro che l'accertamento della volontà del soggetto interessato.

<sup>129</sup> Come bene evidenzia C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 70, rivelando «un dato, che ha rilievo giuridico, non solo politico: la Costituzione delinea un progetto di trasformazione degli assetti sociali esistenti».

<sup>130</sup> A «meno che non si ritenga che l'art. 2 Cost. trasformi in diritto fondamentale qualunque desiderio»: così, sarcasticamente, C. SALVI, *op. cit.*, 123 s.

<sup>131</sup> «La persona è inseparabile dalla solidarietà: aver cura dell'altro fa parte del concetto di persona» (P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 435).

<sup>132</sup> Si veda F. BILOTTA, *voce cit.*, 738, che tale espressione riferisce all'impostazione che «si fonda sulla considerazione dell'identità di genere quale componente del diritto inviolabile della persona all'identità personale e favorisce una rilettura funzionale delle relazioni tra privati con l'obiettivo di un effettivo godimento di tale diritto».

come *singulus*, svincolato da legami, in costante e ossessiva tensione verso la propria autorealizzazione e quindi, mosso dal convincimento che tutto è a lui dovuto, interessato a soddisfare il suo bisogno identitario a dispetto di tutto e tutti, eroicamente pronto a combattere per la causa contro una società ostile e pregiudizialmente votata a reprimere le istanze provenienti da ogni minoranza scomoda e irrequieta.

Se la Suprema Corte ha posto l'accento sull'interesse pubblico all'esclusione dell'ambiguità nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche, è proprio per segnalare che la risposta a quel bisogno non può essere ricercata percorrendo la via da ultimo tracciata, perché non ci può essere un io senza un tu<sup>133</sup>, identità senza alterità<sup>134</sup>; mentre l'itinerario che il rispetto del disegno costituzionale impone di seguire è un altro ed è segnato dal bilanciamento tra gli interessi, peraltro ineluttabile ogni qual volta si tratti di indirizzare verso esiti ragionevoli e razionali scelte o decisioni a forte impatto politico e sociale e, perciò, anche nel caso nostro giustamente valorizzato<sup>135</sup>.

Quel progetto di società può, beninteso, non risultare gradito, ma è innegabile la sua immedesimazione nel tessuto ordinamentale, sicché l'interprete – comunque lo giudichi – non può su di esso sorvolare. La nostra è una Costituzione aperta, ma non ad ogni e qualsiasi approdo<sup>136</sup>; vero che la persona è valore giuridico fondante l'ordinamento<sup>137</sup>, ma essa non è sola al mondo, sicché è difficile accedere all'idea che la libertà di fare ed essere ciò che si desidera sia totale ed incondizionata, che l'individualità vada sempre e comunque celebrata ad ogni costo. Perciò, nulla da eccepire sul fatto che gli effetti indotti dall'accoglimento della tesi «esclusivamente privatistica» possano ritenersi auspicabili ed, anzi, può darsi che in futuro, se giungerà all'epilogo la

<sup>133</sup> Riprendiamo i termini della riflessione che M. BUBER ha riversato nell'opera *Io e tu*, pubblicata nel 1923 ed ora in Id., *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 2014.

<sup>134</sup> Si veda R.G. ROMANO, *Identità e alterità nella società postmoderna: quale dialogo?*, in *Quaderni di Intercultura*, 2010, 1 ss. (in pdf in [cab.unime.it](http://cab.unime.it)).

<sup>135</sup> Ha torto, dunque, F. BILOTTA, *voce loc. ult. cit.* a ritenere che la «via esclusivamente privatistica» sia meno difficile da percorrere rispetto all'altra fondata sul «giudizio di bilanciamento tra interessi confliggenti».

<sup>136</sup> È C. SALVI, *op. cit.*, 71 a porre l'accento sul fatto che la nostra Costituzione costruisce «una "tavola dei valori" profondamente innovativa rispetto non solo allo Stato fascista, ma anche a quello liberale prefascista», ponendo a fondamento «un principio sociale, che coordina in una logica unitaria i principi liberali dei diritti della persona e dell'eguaglianza giuridica, con quelli innovativi dei doveri di solidarietà, dell'eguaglianza sostanziale, del diritto al lavoro» (*op. cit.*, 72).

<sup>137</sup> Acquisizione, questa, che molto deve all'elaborazione di D. MESSINETTI, *voce Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.

«progressiva disapplicazione costituzionale»<sup>138</sup> in atto, l'ordinamento si mostri pronto a recepirli, ma il dubbio che ora tra essi e quest'ultimo una incompatibilità sussista è forte e fondato su basi per nulla precarie. Non tranquillizza il fatto che la «via esclusivamente privatistica» sia stata imboccata in altri Paesi «senza (...) determinare sconvolgimenti nell'organizzazione sociale»<sup>139</sup>, perché il dubbio permane e perché è probabile che da noi non accadrebbe lo stesso<sup>140</sup>. Né vale – a torto o a ragione – lamentare l'obsolescenza dell'ordinamento, dal momento che questa constatazione non lo delegittima e non autorizza a considerarlo superato, bensì solo sollecita ad operare per costruirne uno al passo con i tempi.

È così che si evolvono gli ordinamenti giuridici. C'è un moto carsico, lento e sotterraneo, che dà vitalità alla storia<sup>141</sup>. Gli assetti esistenti non mutano senza opporre resistenza: questa può essere più o meno tenace, tant'è che, sovente, il cambiamento e l'evoluzione della civiltà sono frutto di strappi radicali ed improvvisi, di cesure forti col passato, di lacerazioni traumatiche e tutt'altro che invisibili, sovente generati dall'aspirazione umana a veder realizzati sogni, a raggiungere mete inesplorate seguendo itinerari che la ragione d'acchito sconsiglia di percorrere. È lecito immaginare – e sperare – che nuove prospettive possano aprirsi all'identità di genere in direzione della sempre più accentuata fluidità e quale sia la strada migliore per far sì che acquistino concretezza non è opportuno che sia io a dirlo, dato che potrei, involontariamente, essere spinto a depistare la ricerca.

<sup>138</sup> Così C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, 2014, 198 definisce l'attuale «fase nel rapporto tra diritto civile e Costituzione», caratterizzata dalla prevalenza del diritto europeo – a fronte impronta liberista – su quello nazionale.

<sup>139</sup> Lo rileva F. BILOTTA, *voce loc. ult. cit.* Si deve all'A. anche una ricognizione sui modelli normativi adottati per disciplinare il fenomeno del transessualismo in altri Paesi, europei ed extraeuropei (v. *voce cit.*, 739 ss.).

<sup>140</sup> Se si sottrae ad un rigoroso vaglio la serietà ed univocità del percorso di transizione intrapreso e, ancor di più, se si afferma l'idea che a contare è solo l'identità di genere quale componente del diritto inviolabile della persona, prevedere quali scenari possano aprirsi è complicato, ma certo gli sviluppi indotti potrebbero risultare di eccezionale portata su svariati piani, ivi compreso quello delle relazioni sociali tra gli individui, anche nel quotidiano; il rischio grave è che si determinino lacerazioni nel tessuto sociale più accentuate e pericolose di quelle – prodotte dal modello “binario”, non da ora, in auge – che, con la valorizzazione dell'identità di genere, si vorrebbero veder sanate.

<sup>141</sup> Il mondo cambia, le cose e i modi di apprezzarle mutano e di questo perenne dinamismo non ci rendiamo conto o, magari, riusciamo a coglierlo solo quando – con sorpresa – registriamo l'obsolescenza delle categorie sino ad allora utilizzate per leggere e interpretare la realtà.

Ma se avessi a cuore quest'esito<sup>142</sup>, con la tensione all'utopia, che non può mancare, starei attento a non dimenticare che il popolo ama la concretezza e diffida dei sogni ed è, quindi, tendenzialmente il primo e più inflessibile censore di tutto ciò che non comprende e che è diverso da lui. «Quanto più in alto ci innalziamo, tanto più piccoli sembriamo a coloro che non possono volare» – diceva Friedrich Nietzsche<sup>143</sup> – sicché è bene avere contezza delle difficoltà da superare e, soprattutto, mai perdere di vista il senso della misura, antidoto a quello che Dominique Schnapper definisce il rischio dell'ultrademocrazia. C'è poi la realtà contingente, il momento in cui si vive ed opera, con i quali sempre occorre fare i conti. Il moto della storia non è rettilineo e precorrere i tempi e sollecitare fughe in avanti può rivelarsi, in certi frangenti, controproducente<sup>144</sup>; uno di questi è quello attuale<sup>145</sup>,

<sup>142</sup> Eventualità, che non posso, in linea di principio, escludere. Il giudizio critico che oggi esprimo può darsi che muti, perché potrei anche domani rendermi conto di aver sbagliato, perché il mondo che ci circonda è oggetto di continue e profonde trasformazioni che sempre sollecitano a rimeditare e spesso a correggere il modo di pensare e di vivere, perché – come le neuroscienze hanno dimostrato – le persone avanzando negli anni subiscono meccanicamente modificazioni, oltre che fisiche, cerebrali, ed io, per fortuna, non costituisco un'eccezione. Mi pare sia stato il pugile statunitense Muhammad Ali a dire che se un uomo a cinquant'anni vede il mondo come lo vedeva a venti ha sprecato trent'anni della sua vita: credo avesse ragione. Chissà, allora, come il mio cervello apprezzerà, se avrà vita per farlo, l'esito di questa (chissà se) finale tappa «dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transsexualismo» che la sentenza della nostra Corte di Cassazione non ha certamente arrestato?

<sup>143</sup> La frase, arcinota, è tratta dall'opera *Aurora*, che, tradotta da F. Desideri, è pubblicata in edizione integrale per i tipi della Newton Compton Editori, Roma, nel 2018, con introduzione di G. Vattimo.

<sup>144</sup> Porsi obiettivi troppo avanzati, privi di un solido radicamento nella coscienza sociale, in un clima ad essi chiaramente ostile, potrebbe alimentare, anziché attenuare, quel clima e provocare reazioni nocive alla causa.

<sup>145</sup> Solo cinquant'anni fa echeggiavano nelle piazze del maggio francese slogan quali “*Il est interdit d'interdire*”, “*Jouissez sans entraves*”, “*La vie est ailleurs*” che all'utopia inneggiavano intravedendo possibile una trasformazione radicale della vita e del mondo. Ora altre parole d'ordine hanno preso il posto di quelle. «Non c'è più un fuori. Appare così lo stadio ultimo della globalizzazione»: prende avvio da questa amara constatazione la riflessione di D. DI CESARE, *Sulla vocazione politica della filosofia*, Torino, 2018, 11, che sapientemente fotografa, in modo crudo e spietato, un presente asfittico, claustrofobico e tutto rinchiuso in sé stesso, che relega nell'impossibile – e perciò senza scampo ripudia – «ogni focolaio di resistenza immaginativa» (*op. cit.*, 14). Non è uno scenario desiderabile quello di un mondo dove domina la paura dell'altro, dove – rileva, ancora, la A. (*op. cit.*, 13) – è possibile «sognare solo dall'interno», dove per l'esplorazione dell'oltre non c'è spazio, dove è vilipeso il valore fondamentale dell'utopia; ma queste, lontane mille miglia dal maggio francese, sono le tinte fosche dello scenario attuale. Ad alimentare la paura è anche il bisogno di sicurezza, esteso alla sfera emotiva e non circoscritto alla dimensione corporea, che – come si evince dallo studio di J.M. TWENGE, *op. cit.*, 170 ss. – è fortemente avvertito dalla *iGeneration*. Non resta che

per cui l'invito a procedere con gradualità non va declinato<sup>146</sup>. Sugerirei, dunque, di non disprezzare la portata innovativa dell'indirizzo accreditato dalla S.C. e di attivarsi perché maturino, nell'ordinamento e nel tessuto sociale e culturale, le condizioni, propizie allo sviluppo desiderato, che allo stato faticiamo a registrare<sup>147</sup>; lo stesso legislatore potrebbe, allora, trovare l'ispirazione per intervenire e ad elaborare principi e regole capaci, se non di spalancare la strada al genere "fluidò", di imprimere un segno diverso alle risposte che l'ordinamento è chiamato a dare ai problemi posti dai fenomeni in parola. Il cambiamento culturale procede per gradi e ci sono obiettivi meno ambiziosi, ma più a portata di mano, che sarebbe utile alla causa centrare. Non è stata, ad esempio, ancora appieno valorizzata la constatazione – ormai difficile da contestare – che il concetto di "famiglie" al plurale è ormai penetrato nel nostro ordinamento<sup>148</sup>. Gli sviluppi su questo terreno già ora consentono di apprezzare diversamente quello che fino a qualche decennio fa era un sogno irrealizzabile: parliamo del matrimonio tra omosessuali, che nessuno più considera un tabù<sup>149</sup> e che, ove il legislatore dovesse decidersi a legittimarlo, potrebbe, con l'indebolimento di uno dei pilastri dell'assetto tradizionale esistente, innescare dinamiche favorevoli ad uno spostamento dell'asse intorno al quale ruota l'attuale riflessione sulle vicende in esame<sup>150</sup>.

---

confidare nella concezione ciclica della storia e tornare a far sogni proiettati all'esterno, chissà, tra cinquant'anni o forse meno.

<sup>146</sup> D'altronde, non era l'anarchico Errico Malatesta – e, dunque, non certo un moderato – a considerare un progresso ogni vittoria anche minima? È, in special modo, dalle pagine di E. MALATESTA, *"Verso l'anarchia". Malatesta in America 1899-1900*, Milano, 2012 (il volume fa parte della collana delle *Opere complete*, curata da D. Turcato) che la visione gradualista dell'anarchismo emerge chiara.

<sup>147</sup> La marcia di avvicinamento alla meta sarà verosimilmente lunga e sofferta perché c'è un'autentica riconversione a tutto campo da compiere, che tutti coinvolge a livello individuale e che impone, nel quotidiano, trasformazioni nel modo di essere, di pensare e di relazionarsi con l'altro.

<sup>148</sup> Per un'analisi delle trasformazioni della famiglia, anche oltre i giorni nostri, v. M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014. Si veda anche V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità": centralità del "rapporto" e primato della "persona"*, ivi, 1043 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte seconda. "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea*, ivi, 1287 ss.

<sup>149</sup> Chi poteva immaginare – si chiedono F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frantumati europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 768 – «che l'affermazione di Arturo Carlo Jemolo, secondo cui "l'unico presupposto veramente costante del matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo", sarebbe stata rapidamente battuta in breccia?».

<sup>150</sup> Non crediamo sia, allo scopo, sufficiente la l. 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili, la quale, anzi, è ispirata dall'intento di mantenere integro il principio della diversità

Un sistema a genere fluido presuppone il compimento di un'autentica riconversione a tutto campo, che tutti coinvolge a livello individuale e che impone, nel quotidiano, trasformazioni nel modo di essere, di pensare e di relazionarsi con l'altro: difficile pensare che possa realizzarsi in tempi brevi e, se c'è un processo lungo e travagliato di trasformazione da affrontare, forse non guasta, a conclusione, trarre insegnamento dal noto aforisma di Chamfort che così recita: «Il pessimista si lamenta del vento, l'ottimista aspetta che cambi; il realista aggiusta le vele».

#### 6. *Precisazione in merito all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici*

Sono ben spese, a questo punto, ancora due parole sull'interesse pubblico e sul bilanciamento poc'anzi menzionati. Il primo è, in definitiva, chiamato in gioco per assicurare il rispetto di uno schema, che presenta i seguenti tratti. Dobbiamo prendere atto – ci piaccia o no – che viviamo, e non da ora, in “an LGBT society”<sup>151</sup> e che in questa realtà multiforme e variopinta restano, tuttavia, identificabili la “normalità” (cui fanno capo i generi sessuali chiaramente identificati e il prototipo connotato dall'identità tra sesso “reale” e “sesso “psicologico”) e la “diversità”<sup>152</sup> (nella fattispecie impersonata dal *transgender*). Questa dialettica può essere messa in discussione<sup>153</sup>, ma con pragmatismo la Suprema Corte l'assume a presupposto

---

di sesso tra i nubendi. Sulla possibilità di riconoscere carattere familiare alle nuove forme di manifestazione del rapporto affettivo di coppia v. F. RUSCELLO, *Le convivenze “di fatto” tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, in *Fam. dir.*, 2018, 1156 ss.

<sup>151</sup> LGBT è acronimo comunemente utilizzato per riferirsi, collettivamente, a Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transgender. L'aggiunta del richiamo a Queer e Intersessuali genera l'acronimo LGBTQI.

<sup>152</sup> Il termine, ovviamente, è qui impiegato al netto di ogni valenza stigmatizzante. Sarebbe, forse, stato più conferente l'uso del termine “devianza”, che meglio si addice al contegno espressivo di un contrasto con norme e consuetudini dominanti e diffusamente accettate, ma che avrebbe potuto ingenerare fraintendimento. In passato la devianza era quasi naturalmente associata alla patologia ed oggi, che così più non è, nel linguaggio comune è però sovente abbinata a comportamenti giudicati disgustosi o apertamente condannati e, nel migliore dei casi, disapprovati. È stato il timore che un giudizio siffatto potesse accostarsi alla condizione del *transgender* a convincerci della bontà del ricorso al termine “diversità”, benché meno calzante, più neutro e *soft*.

<sup>153</sup> Si può filosofare ed eccepire che la normalità è concetto indecifrabile e solo tributario di una valenza ideologica, dato che tutti gli individui sono tra loro, sia fisicamente e spiritualmente, diversi. Alda Merini si domandava «Chi decide chi è normale?», per giungere alla conclusione che «La normalità è un'invenzione di chi è privo di fantasia». Di qui a negare la ragion d'essere della distinzione tra normalità e diversità il passo è breve, perché è normale la diversità e, nel

della sua argomentazione<sup>154</sup>. La società è un crogiuolo di diversità e, nella sua evoluzione, superata la fase dell'accettazione del diverso dal normale, sta imparando ad apprezzare la diversità quale fattore di progresso civile e culturale della collettività<sup>155</sup> ed è, dunque, naturale e doveroso che si adoperi per far sì che possa liberamente esprimersi, che sia adeguatamente tutelata contro ogni forma di odiosa discriminazione, che possa pacificamente convivere con la "normalità"<sup>156</sup> ed ambire a divenire essa stessa "normalità". Nel contesto dialettico, dunque, per definire chi, sessualmente, è donna o uomo permane valido il rinvio agli stereotipi non da ora dominanti, ma ognuno è libero di vivere la propria sessualità come meglio crede – anche in modo eccentrico e distante da quei modelli – e ha ragione di pretendere che questo suo "sentire" sia dagli altri rispettato<sup>157</sup>. Ciò non pone in non cale l'interesse

---

genere umano, siamo tutti uguali e comuni mortali.

<sup>154</sup> L'interrogativo avanzato da Alda Merini e prospettato nella nota che precede sollecita una riflessione che, indubbiamente, è seria; ma su un piano diverso, che emerge dall'osservazione dei dati di realtà, devesi prendere atto che la normalità, ancorché relativa e storicizzata, esiste ed è parametrata a modelli comunemente accettati e largamente condivisi, la divergenza dai quali – anch'essa, in certo qual senso, normale – vale ad identificare aree di "diversità". È francamente difficile credere che possa materializzarsi una realtà ove tale dialettica non affiori e – come si dirà – nemmeno sembra, ai nostri occhi, auspicabile che una realtà siffatta affiori.

<sup>155</sup> Dall'accettazione benevola e generosa della "diversità", che sotto traccia è ispirata dalla sopportazione e dalla tolleranza, si passa al riconoscimento, per via di un giudizio obiettivo, del valore positivo della "diversità". Non vogliamo teorizzare l'anticonformismo, ma teniamo a mente il messaggio che Bernardo Bertolucci ha voluto trasmettere descrivendo – in uno dei suoi film più celebri e discussi – la storia dei due sconosciuti che si amano in un appartamento vuoto senza sapere nulla l'una dell'altro: la paura verso l'altro, che sono in molti oggi ad alimentare, è insensata e va con ogni mezzo contrastata ed è illusorio pensare che serva a qualcosa alzare muri perché la storia è contaminazione, è commistione e mescolamento di razze, popoli, culture e tradizioni. La presenza dell'altro, dunque, è fonte di arricchimento per ciascuno di noi e per la società in cui viviamo e, d'altronde, diciamo l'ovvio quando affermiamo che il confronto con atteggiamenti e comportamenti che si allontanano da quelli considerati normali scuote dal torpore, sollecita a riflettere, stimola reazioni e innesca dinamiche che – la storia insegna – determinano spesso il raggiungimento di equilibri sociali più avanzati, segnano l'approdo a livelli più alti e maturi di civiltà. La devianza – *pardon* la diversità – è fattore di progresso e, se di ciò si ha consapevolezza, vaticinare una realtà che con essa non debba fare i conti – immaginare che nulla sia più capace di sorprenderci, che tutto ci appaia normale e nulla vi sia di anomalo o inusuale – è, non solo utopistico, ma a dir poco imprudente.

<sup>156</sup> Reazioni preconcepite di rifiuto ed emarginazione della "diversità", dunque, non sono giuridicamente giustificabili, nemmeno se motivate dalla fedeltà cieca a valori e principi tramandati dalla tradizione.

<sup>157</sup> Ci sono in gioco il diritto di ogni individuo alla costruzione della propria identità, la tutela del benessere psico-fisico della persona e, forse, la sua libertà personale; e, su tutto, il rispetto che ad ogni membro della collettività è dovuto, quali che siano le sue scelte

pubblico alla certezza dei rapporti giuridici, perché l'identità di genere non fa astrazione dai legami sociali, ma indirizza e condiziona la valutazione di detto interesse, sollecitando un'opera di attenta ponderazione che diventa imprescindibile là dove l'integrazione nel tessuto sociale della "diversità" – che resta il fine da raggiungere – si mostra problematica per via del conflitto affiorante tra i diritti dei "normali" e quelli dei "diversi". La normalità è abbinata alla corrispondenza tra sesso reale e sesso psicologico; la diversità è segnalata dalla presenza del *transgender*, che, in situazioni particolari (emblematica quella legata all'utilizzazione di bagni pubblici e spogliatoi) e di contesto (scuole, università, luoghi di lavoro, ospedali, carceri, ecc.), può, senza dubbio, determinare l'insorgenza di problemi e difficoltà<sup>158</sup> e ingenerare nei normali disorientamento e timori non irragionevoli, né sbrigativamente additabili ad indice di arretratezza culturale<sup>159</sup>. Dalla Corte EDU giunge un messaggio chiaro:

«on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances»<sup>160</sup>.

di vita, e la pari dignità sociale di tutti i cittadini, che è riconosciuta ed, anche in senso dinamico, protetta dall'art. 3 Cost. Non deve mai trascurare questi dati chi voglia, in modo ragionevole e conforme al diritto, risolvere i problemi – di non poco conto – che l'integrazione sociale di una figura come quella appena delineata inevitabilmente solleva.<sup>158</sup> Anche per il *transgender*. Si pensi, ad esempio, al grave imbarazzo che vive lo studente universitario "in transizione", solo ovviabile facendo sì che, in attesa della rettifica anagrafica, egli sia provvisoriamente identificato non più mediante il nome indicato all'anagrafe ma con quello di elezione, per l'accesso ai servizi universitari (mensa, biblioteca, ecc.), per l'iscrizione agli esami, nel libretto universitario, nel badge, nell'indirizzo e-mail, ecc. Cresce, per fortuna, l'elenco delle università che, in Italia, offrono risposta a questa esigenza prevedendo il doppio libretto o le carriere Alias; un dato, questo, significativo, atteso che è proprio nei luoghi dedicati all'istruzione che le persone trans denunciano il verificarsi del maggior numero di episodi di discriminazioni, bullismo e violenza legati all'espressione della loro identità di genere.

<sup>159</sup> Per affrontare efficacemente tali problemi, il ragionamento giuridico deve essere illuminato dalla consapevolezza che, oltre che irragionevole, è illusorio pensare di basare su vecchi schemi e preconcetti le risposte da dare, che risulterebbero fatalmente incongrue. Il timore che, in certe situazioni, può generare la promiscuità con il *transgender* può e deve essere vinto perché frutto di pregiudizi duri a morire che impediscono di far funzionare a dovere il cervello, ma è pur vero che il *transgender* – come chiunque altro – potrebbe non essere animato da buone intenzioni, con l'aggravante che egli è in condizione di sfruttare il suo aspetto per compiere le malefatte progettate. Niente paura, dunque, ma una dose in più di cautela non guasta. Quegli schemi, dunque, forse utili per risolvere problemi neanche lontanamente accostabili a quelli cui qui si accenna, non vanno, per ciò stesso, mandati al macero, ma utilizzati *cum grano salis* e grande parsimonia.

<sup>160</sup> Così il punto 91 dell'*arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni* dell'11 luglio 2002 [in

Per dirla in altri termini, ci sono inconvenienti che la società non può essere costretta ad accettare<sup>161</sup> e si tratta di capire come fare ad individuarli. Il problema è stabilire, nei diversi frangenti, quando lo sconcerto e il turbamento sociale emergente dalle situazioni considerate divenga a tal punto rilevante da rendere impossibile «accogliere il pluralismo»<sup>162</sup>. La soglia varia col mutare delle situazioni ed il trascorrere del tempo – coi mutamenti che comporta nella società e nelle relazioni umane – ne ridefinisce, giocoforza, la collocazione; ciò significa che soluzioni slegate dall'esperienza e valide una volta per tutte al problema posto non ce ne sono e che è possibile, al più, identificare il metodo da impiegare per far fronte a situazioni che – come quelle esemplificate – non sono creazioni del diritto, ma emergono dalla realtà nuda e cruda.

A ciò ha posto attenzione la nostra Suprema Corte quando, invitando all'abbandono di atteggiamenti manichei o ispirati da insensibilità e chiusura nei riguardi del diverso, ha dato centralità al bilanciamento degli interessi in gioco, ritenendo necessaria la ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte istanze, adeguatamente ponderate<sup>163</sup>: equilibrio, che non

---

<hudoc.echr.coe.int> (ultimo accesso: 20/01/2019)].

<sup>161</sup> Nel richiamo, qui operato, alla società plurale, aggregato di diversità, è implicito, ma chiaro, il riconoscimento, in essa, della presenza egemone dei “normali”, perché da essi non può pretendersi l'accettazione di certi inconvenienti.

<sup>162</sup> M. ROSENFELD, *op. cit.*, 152. Escogitare il «modo migliore per accogliere il pluralismo» è – secondo l'A. – il compito più importante da assolvere nell'ambito di ordinamenti «inidonei ad accogliere adeguatamente una pluralità di concezioni del bene».

<sup>163</sup> Lo ha chiaramente fatto intendere anche Corte Cost., ord. 13 luglio 2017, n. 185 [in <[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019)], che ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata da Trib. Avezzano, ord. 12 gennaio 2017 in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., dell'art. 1, co. 1, l. 164/1982, nell'interpretazione data da Corte Cost. 221/2015 e da Cass. 15138/2015. A detta del giudice rimettente, il riconoscimento del diritto alla rettifica dell'attribuzione di sesso anche in assenza di modifica dei caratteri sessuali primari, finirebbe per prevalere sul diritto della gran parte dei consociati a conservare «il pieno duopolio uomo/donna», comprimendo irragionevolmente i doveri inderogabili di solidarietà sociale, e imporrebbe alla collettività la necessità di adeguarsi alla sua estrinsecazione anche nei confronti di minori, lavoratori, istituzioni, imponendo loro un mutamento dei tradizionali valori, comunemente accettati. La Consulta, a fondamento della sua decisione, ha confermato la bontà della linea interpretativa adottata nelle pronunce *supra* richiamate che individua «il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia – in un quadro di «irriducibile varietà delle situazioni soggettive» (sentenza n. 221 del 2015) – (...) affidando al giudice, nell'ambito di un giudizio cui partecipa anche il pubblico ministero, l'accertamento delle modalità attraverso le quali le modificazioni siano intervenute, tenendo conto di tutte le componenti, compresi i caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere».

sempre trova corrispondenza nel riconoscimento di un eguale peso degli interessi coinvolti, sicché la conclusione cui la Cassazione giunge – sostanzialmente in linea con l’indicazione proveniente dalla Corte EDU – è nel senso che, là dove gli inconvenienti dianzi accennati si palesino insopportabili, il conflitto va risolto accordando prevalenza ad uno tra gli interessi in ballo e, precisamente, a quello alla «chiarezza nell’identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» che pertiene alla “normalità”; il che equivale a dire che i diritti dei “diversi” non possono spadroneggiare e realizzarsi a scapito di quelli dei “normali”<sup>164</sup>.

Non solo da noi, peraltro, si valuta con favore questa soluzione.

Emblematica è l’esperienza che va maturando nel Regno Unito, dove si sta ponendo mano alla riforma del “Gender Recognition Act” del 2004, a detta di molti necessaria perché il procedimento attualmente previsto per il cambiamento legale di sesso è «too bureaucratic, expensive and intrusive». Si sollecita, allora, l’introduzione di una regola che consenta al *transgender* di cambiar sesso senza doversi sottoporre a controlli medici, ma questa novità ha scatenato reazioni contrastanti e, in ambienti femministi, è stata accolta con grande preoccupazione per le conseguenze collaterali che potrebbe comportare: si è paventata, tra l’altro, l’eventualità che l’assenza del controllo consenta ad uomini malintenzionati, transitati all’altro sesso e solo “mascherati” da donna, di entrare negli spazi riservati alle persone di sesso femminile. Il timore, fondato, così manifestato pare abbia indotto ad un ripensamento e, dunque, all’affermazione dell’idea che è bene che i diritti di coloro che si identificano come donne senza essere di sesso femminile non siano anteposti a quelli di chi donna è biologicamente; di guisa che, va consolidandosi l’idea che il diritto di quest’ultima di impedire alle *transgender* l’accesso in spogliatoi, bagni e sessioni di nuoto riservati alle persone di sesso femminile, vada comunque salvaguardato.

Ben si armonizza con la regola di prevalenza l’imposizione al diverso di somigliare al normale, nel corpo e nella psiche, ove voglia veder ufficialmente riconosciuto – per via della rettificazione dell’attribuzione di sesso – il sesso, differente da quello “reale”, cui sente di appartenere<sup>165</sup>:

<sup>164</sup> Ove è in questione il sesso lo spazio per mediazioni e aggiustamenti compromissori è assai ridotto. All’adozione di «un criterio di preminenza e di sovraordinazione», funzionale alla «individuazione del corretto punto di equilibrio», Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit. fa, peraltro, esplicito riferimento. A quei criteri è aggiunto – utile allo stesso fine – il principio di proporzionalità.

<sup>165</sup> Si entra, qui, in una dimensione che va oltre l’accettazione della condizione di diversità. C’è da gestire l’istanza di riconoscimento sociale implicata nella registrazione relativa agli atti dello stato civile: come fa notare C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 296, «quando

questa – piaccia o no – è la morale racchiusa nell’esigenza, dalla Suprema Corte così potentemente valorizzata, di escludere «qualsiasi ambiguità». Ciascuno è diverso a modo suo, ma la Suprema Corte ha precisato che a decidere se l’aspirazione del transessuale anagrafico possa o no realizzarsi non può essere lo stesso soggetto interessato: occorre, invece, avviare un procedimento giudiziale – quello che il legislatore del 1982 aveva previsto per venire incontro all’istanza di riconoscimento del transessuale propriamente detto – in seno al quale compiere gli accertamenti del caso ed attenderne l’esito.

La regola di prevalenza, peraltro, funziona ed è razionalmente accettabile in molti frangenti, ma mostra dei limiti. Con riferimento all’uso dei bagni pubblici, ad esempio, la prevalenza accordata alla “normalità” ostacola l’accesso del *transgender* nei bagni riservati ai “normali”, ma non aiuta ad identificare il bagno che questi deve utilizzare; diventa, allora, probabilmente, decisivo il sesso anagrafico<sup>166</sup>, stante la corrispondenza con la psiche e l’aspetto somatico<sup>167</sup>. Stiamo discutendo di regole che, in una società di uguali che vivono con candore ed innocenza, nell’assoluta promiscuità di sesso e di genere, la loro sessualità, non avrebbero ragion d’essere; sognare non è proibito e l’avvicinamento a quel modello di società può darsi che avvenga in tempi più brevi di quanto si immagini, ma allo stato quell’approdo è lontano e da larga parte della società non benacetto, per cui, evitando di mistificare la realtà, è il rispetto dovuto verso l’altro a far sì che da regole di civile convivenza non sia dato prescindere. Dietro l’angolo, altrimenti, c’è la tirannia della minoranza, che non può essere uno sbocco auspicabile.

Per delegittimare la regola di prevalenza dalla Suprema Corte enucleata si è revocata in dubbio l’esistenza stessa di un «interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell’identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» e, dunque, al contrasto dell’ambiguità, denunciandone la

---

si attribuisce importanza al mutamento giuridico, per sua natura formale, del sesso, viene in gioco l’urgenza del “riconoscimento” dell’identità della persona da parte della collettività». Anche per Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit. il diritto a veder realizzata la coincidenza tra soma e psiche appartiene al «nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale» e il bilanciamento con l’interesse pubblico «costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento».

<sup>166</sup> Gli inconvenienti persistono se ci si affida al modello binario legato alla distinzione tra i sessi “reali”: così facendo non si impedisce al *transgender* avente sembianze di maschio (ma sessualmente donna) di accedere al bagno riservato alle donne e, viceversa, non si ostacola alla *transgender* donna all’apparenza (ma di sesso maschile nella realtà) l’accesso al bagno frequentato dai maschi.

<sup>167</sup> Mentre più complicato è stabilire in quale bagno debba accedere il *transgender soft*, anche se viene naturale pensare che in tal caso conti il sesso più prossimo alle reali sembianze del soggetto.

«eccessiva indeterminatezza»<sup>168</sup>: si adduce a sostegno di tale tesi l'assenza di tracce esplicite di detto interesse nel dettato costituzionale.

La giustificazione appare debole. Che quell'interesse esista ed abbia un peso non trascurabile emerge dalle considerazioni *supra* svolte in merito al progetto di società che la nostra carta costituzionale disegna e promuove, che non è certo all'insegna della "singolarizzazione"<sup>169</sup> e che incorpora un ordine incompatibile con l'idea che l'affermazione dell'identità di genere possa prescindere dai legami sociali. Si aggiunga, nell'interpretazione del dato costituzionale, il «ruolo di prima grandezza (...) giocato da consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale»<sup>170</sup>, quelle stesse ritenute capaci di vincere la neutralità del dato emergente dall'art. 29 Cost. e di impedire l'apertura di spazi, nel nostro ordinamento, per il matrimonio tra omosessuali<sup>171</sup>. Nel caso nostro, poi, la tradizione culturale si innesta e trae forza, indiscutibilmente, da un dato di natura – la differenza tra i sessi "reali" – che ha costituito e costituirà la prima garanzia di conservazione della specie umana<sup>172</sup>: questo fa sì che il modello "binario" sia, nei fatti, dominante, per cui ineccepibile è la sua elezione a paradigma primario di riferimento nell'opera di definizione dei principi e dei valori che sono alla base del nostro ordinamento<sup>173</sup>, il che non toglie voce alla pluralità se –

<sup>168</sup> Si veda C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 292, che, guardando all'interesse pubblico al contrasto dell'ambiguità, ne denuncia la «eccessiva indeterminatezza», mostrandosi scettica in ordine alla sua l'esistenza, considerata l'assenza di tracce esplicite nel dettato costituzionale.

<sup>169</sup> Il termine è ripreso da M. BARCELONA, *Dove va la democrazia. Scenari della crisi*, Roma, 2018, che ad esso dà centralità nell'ambito di una lucida ed impietosa analisi della realtà che oggi viviamo.

<sup>170</sup> A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, nella rivista on line *Jus Civile*, fasc. 5/2018, 740. Sono – a parere dell'A. – «le consuetudini culturali (...) a tracciare la linea di confine tra ciò che sta o che può stare dentro la Costituzione e ciò che invece vi resta (e deve restarvi) estraneo, tra ciò che può da quella estrarsi per via d'interpretazione e ciò che invece richiede una nuova positivizzazione» (*op. cit.*, 741 s.).

<sup>171</sup> Si veda, in tal senso, A. RUGGERI, *op. cit.*, 744 ss.

<sup>172</sup> È vero che il legame tra differenza di sesso e procreazione non è esclusivo (anche coppie omosessuali possono ormai, in diversi modi, realizzare il desiderio di avere un figlio), né indissolubile, ma come negare che se il mondo continuerà ad essere popolato da uomini e donne è grazie all'unione di uomini e donne che si riconoscono come tali e che, con buona pace degli antinatalisti, traducono in fatti l'aspirazione a mettere al mondo figli, allevandoli con cura?

<sup>173</sup> «Invero, date significative divergenze promananti dalle concezioni del bene in competizione, sembra inevitabile che specifiche leggi ed anche ordinamenti giuridici nel loro complesso siano destinati a promuovere certi interessi o concezioni del bene controversi a scapito di altri» [M. ROSENFELD, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, trad. di G. Pino, in *Dir. questioni pubbliche*, n. 4/2004, 151 (in <[www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org)> (ultimo accesso: 20/01/2019))].

com'è doveroso fare – si evita che regole espressione di quel modello siano tirannicamente affermate<sup>174</sup> ovvero si assicura ad esse un saldo fondamento nella razionalità<sup>175</sup>. Ciò ha un peso, nell'ambito nostro più che in altri, e si può, in via ulteriore, rinvenire, alla base dell'interesse di cui si discute, un principio implicito o inespresso, che non ha meno forza di quelli enunciati palesemente, scovato dall'interprete operando «valutazioni e scelte (...), ovviamente a partire dal diritto positivo, (...) ispirate dall'ideale della coerenza del diritto»<sup>176</sup>. Se norme che non abbiano trovata evidenza in una disposizione sono desumibili da disposizioni che implicitamente le presuppongano<sup>177</sup>, analogo discorso, *mutatis mutandis*, vale per i principi,

<sup>174</sup> C'è in gioco, infatti, sia dei “normali” che dei “diversi”, il rispetto della persona, nonché il principio di uguaglianza dei cittadini e il principio democratico, saldamente ancorati al riconoscimento e alla valorizzazione del pluralismo. Vanno costantemente ricordate le parole di John Stuart Mill che poneva l'accento sulla necessità di «proteggersi dalla tirannia dell'opinione e del sentimento predominanti, dalla tendenza della società a imporre, come norme di condotta e con mezzi diversi dalle pene legali, le proprie idee e usanze a chi dissente, a ostacolare lo sviluppo – e a prevenire, se possibile, la formazione – di qualsiasi individualità discordante, e a costringere tutti i caratteri a conformarsi al suo modello. Vi è un limite alla legittima interferenza dell'opinione collettiva sull'indipendenza individuale: e trovarlo, e difenderlo da ogni abuso, è altrettanto indispensabile alla buona conduzione delle cose umane quanto la protezione dal dispotismo politico» [J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2014, anche in pdf in <radicalmente.myblog.it> (ultimo accesso: 20/01/2019)].

<sup>175</sup> È A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 30 a precisare – nel contesto di un'ampia riflessione che, tuttavia, significativamente, alle minoranze nella sfera sessuale non dedica attenzione – che, dato che «il ricorso al principio maggioritario implica sempre una possibilità di sopraffazione delle minoranze, occorre combinare il ricorso a tale principio con la salvaguardia di un certo spazio per decisioni fondate sulla razionalità, piuttosto che sull'arbitraria volontà delle maggioranze».

<sup>176</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 64. L'A. riferisce della possibilità che principi impliciti derivino «a partire dalla “natura delle cose” – da una supposta struttura necessaria intrinseca in certi rapporti, o istituti, ecc.», portando ad esempio quelli nascenti dall'osservazione dell'istituto “famiglia”, avente «certe caratteristiche costanti e legate ad una sua presunta “funzione antropologica”, tali da essere considerate sostanzialmente “naturali”», che emergono allorché «si elevano (...) tali caratteristiche allo *status* di principio (implicito) fondamentale per quell'istituto, destinato ad influire sulle regole esistenti, o anche su eventuali ipotesi di riforma di quelle esistenti» (*op. cit.*, 69). Parlando della famiglia, A. RUGGERI, *op. cit.*, 736, nota come «essa è legata da un filo lungo e sottile ma resistentissimo alle categorie fondamentali della teoria costituzionale e che perciò l'analisi delle principali questioni che la riguardano (...) evoca in campo l'idea stessa di Costituzione, la sua essenza e funzione».

<sup>177</sup> È quanto, anche di recente, Corte Cost. 21 dicembre 2016, n. 286 ha rilevato, con riferimento alla norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c., dall'art. 72, co. 1, R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 e dagli artt. 33 e 34 del d.p.r. 396/2000 che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio; norma dichiarata

quelli che al di là della mancata espressa previsione debbono ritenersi inverte-  
 terati nel sistema e in esso incardinati. Al di là di esplicite enunciazioni, che  
 l'ordinamento tenga alla «chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali  
 e delle relazioni giuridiche» pare logico e naturale, come comprensibile è il  
 fatto che la Suprema Corte dopo aver rinvenuto, “ponderato” e “bilancia-  
 to” gli interessi in gioco<sup>178</sup>, ne abbia individuato uno prevalente ritenendo  
 che ciò l'ordinamento vigente imponga di fare. Si potrà eccepire che il  
 terreno dei principi impliciti è scivoloso, soprattutto là dove – come nel  
 caso nostro – sono sotto osservazione «fenomeni sociali e culturali, o (...)»  
 naturali dotati di particolare rilevanza etica<sup>179</sup>, ma resterebbe da dimostra-  
 re che la decisione in esame è caduta in fallo. Ovviamente, si può criticare  
 l'esito del bilanciamento – i dubbi e le perplessità che la decisione della  
 Suprema Corte ha suscitato lo dimostrano – e avanzare l'idea che quel  
 principio sia neutralizzato dalla maggior forza di altri, ma posizioni volte  
 in radice a negarne l'esistenza o ad accreditare nella fattispecie il difetto  
 dell'interesse pubblico da tutelare paiono francamente inaccettabili.

### 7. Considerazioni conclusive

L'ordinamento qualifica giuridicamente i dati di realtà ed i concetti  
 che il diritto elabora riflettono ordini e criteri storicamente determinati e  
 plasmati dall'evoluzione del pensiero e dalla costante aspirazione alla giu-  
 stizia che guida il corso degli eventi. Sicché lo scenario descritto – com'è  
 ovvio – rispecchia lo stadio attuale dello sviluppo della società, che potrà  
 anche apparire arretrato rispetto ai *desiderata* di qualcuno, ma che senza  
 dubbio segna un progresso evidente se posto a raffronto col passato.

L'ordinamento è fedele all'idea che il sesso si ha e non si sceglie e pro-  
 penso ad evitare che l'identità di genere possa essere frutto di una scelta  
 non motivata dall'esigenza di ricongiungere il soma alla psiche; non con-  
 sente, dunque, allo stato, di inaugurare la «via esclusivamente privatistica»  
 all'affermazione dell'identità di genere, né di sottrarre ad accertamenti

---

costituzionalmente illegittima nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo,  
 di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

<sup>178</sup> Sul bilanciamento e la ponderazione, quali tecniche di argomentazione e decisione, v.  
 G. PINO, *op. ult. cit.*, 173 ss.

<sup>179</sup> È, ancora, G. PINO, *op. ult. cit.*, 70 a rilevarlo, sottolineando – nel contempo – «le note-  
 voli potenzialità retoriche di simili strategie argomentative, a causa della forza persuasiva  
 che sortisce qualsiasi appello a rispettare una supposta necessità “naturale”, l'ordine naturale  
 delle cose, o a scongiurare di imboccare percorsi “contro natura”».

rigorosi il procedimento di riattribuzione del sesso. Tutto diventerebbe accettabile in un contesto che veda l'autodeterminazione in ambito sessuale sovrana<sup>180</sup>: le stesse logiche identitarie finirebbero per perdere forza e smarrire la loro ragion d'essere se avesse libero sfogo la sessualità fluida e la fluidità di genere che già ora – con l'entusiastica accoglienza di pochi e la preoccupazione di molti – trova più di un riscontro nella realtà<sup>181</sup>. Questo scenario non è alle porte e non si può dar torto ai nostri giudici che hanno inteso chiaramente affermarlo: questo è il messaggio implicato nel riconoscimento che la «chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» – che l'ambiguità sacrifica – è un principio di ordine pubblico che l'ordinamento non può fare a meno di salvaguardare, in ambito familiare<sup>182</sup> e nel contesto sociale.

Del pari evidente è che la conclusione dalla Suprema Corte prospettata non è cristallizzata e destinata in eterno ad imporsi<sup>183</sup>. In un futuro chissà quanto prossimo, rimeditarla sarà consentito se e quando, evolvendosi la coscienza sociale e mutando l'ordine naturale delle cose e le opzioni culturali ed etiche privilegiate, maturerà la consapevolezza che una strada

<sup>180</sup> Tale è la prospettiva che sembra emergere dal progetto elaborato in Germania e pubblicato nel giugno 2017 che prevede che il sesso sul registro delle nascite sia attribuito in coerenza con quanto dichiarato dall'interessato e sempre abbinato al momento della nascita alla voce "keine Angabe": a questo documento – intitolato "Geschlechtervielfalt im Recht" – dedica attenzione F. AZZARRI, *op. cit.*, 438 ss., per evidenziare come difficilmente sarà destinato a concretizzarsi in una legge, atteso l'impatto «dirompente» e le «epocali implicazioni (...) sull'intero ordinamento».

<sup>181</sup> Dal sito <[www.osservatoriogender.it](http://www.osservatoriogender.it)> (ultimo accesso: 20/01/2019) apprendiamo che la *St. Paul's Girls' School* di Londra ha di recente adottato un nuovo protocollo sull'identità di genere che prevede che le allieve che abbiano almeno 16 anni possano, a scuola, usare nomi di ragazzo e vestirsi con abiti maschili, non essere etichettate con riferimenti al genere sessuale o essere identificate come ragazzi (di genere maschile) o come "gender neutral"; quelle di età inferiore possono ricevere un supporto nell'esplorazione della loro identità di genere, per poter operare in piena consapevolezza l'opzione "at the right time". Non sembra si tratti di una delle tante *fake news*, atteso che la notizia è riportata anche in siti inglesi accreditati, tra i quali <[www.independent.co.uk](http://www.independent.co.uk)> e <[www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)> (ultimo accesso: 20/01/2019).

<sup>182</sup> Ad esso Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, cit. fa esplicito richiamo ponendo l'accento sulla necessità di «non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale».

<sup>183</sup> Scontata è la relatività del punto di equilibrio oggi raggiunto, che non è invariante nello spazio e nel tempo, ma è giocoforza destinato ad un diverso posizionamento al mutare delle condizioni presenti nel sistema di riferimento. La tendenza era già chiara a Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit., tant'è che essa, riflettendo sulla l. 164/1982 da poco introdotta, non esitava a collocarla «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

diversa da quella oggi percorsa è praticabile. Si può puntare, dunque, con buone *chances* di successo, sul compimento di un ulteriore «passo in avanti verso l'affermazione del diritto all'autodeterminazione e del diritto alla salute della persona»<sup>184</sup>. Difficile, però, oggi prevedere quanto il passo sarà lungo. Nel nuovo umanesimo ci sarà sicuramente posto per il *transgender*, ma chi può dire se questi, vivendo in società, dovrà o no continuare ad accettare la vigenza di regole che, senza pregiudicare la libera espressione della sua sessualità, subordinino la rettificazione dell'attribuzione di sesso all'accertamento della serietà ed univocità del percorso di transizione? Noi restiamo convinti che il genere liquido non sia la strada e chi impugna la bandiera dell'identità di genere mosso dall'intento di scardinare le relazioni di potere imperniate sulla distinzione tra i sessi<sup>185</sup>, farebbe bene a riflettere sul fatto che non è contro detta distinzione – che pure tanti guasti ha generato – che vanno affilate le armi, ma contro i modelli che contribuiscono a perpetuare la separazione dei ruoli tradizionalmente attribuiti ad uomo e donna o, che dir si voglia, gli stereotipi che potentemente ancora influenzano la ripartizione dei compiti in famiglia, nell'istruzione, nella carriera professionale, nel lavoro e nella società in generale. Il sesso non va demonizzato<sup>186</sup>. La tara è nella funzione determinante ad esso attribuita

<sup>184</sup> La frase è ripresa dal titolo dato al paragrafo conclusivo del suo scritto da S. PATTI, *op. ult. cit.*, che così giudica Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, precisando – o, meglio, auspicando – che il passo compiuto non sarà verosimilmente l'ultimo.

<sup>185</sup> Qui affiora una valenza diversa del concetto di genere, il quale, svincolato dal sesso ed estraniato dalla dimensione “materiale” e “biologica” che di quest'ultimo è propria, si profila come categoria culturale con forte valenza politica, come «costruzione storico-sociale» (ne prospetta la considerazione in questi termini S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 130) o come “movimento” (J.M. TWENGE, *op. cit.*, 301), funzionale al superamento dello stereotipo binario “maschio/femmina”, individuato quale causa di tanti guasti, per far emergere, in contrapposizione, un'umanità fatta di molteplici soggettività riconducibili ad individui sotto ogni punto di vista uguali, liberi di scegliere chi essere e come essere considerati nel contesto sociale. L'identità di genere è usata, allora, a mo' di grimaldello, da «minoranze che si coalizzano per poter ottenere riconoscimenti sociali e, soprattutto, istituzionali» (S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 133). Identità di genere, dunque, *versus* identità sessuale. Identità di genere – direbbero i tedeschi – *statt der sexuellen Identität*. «Si opera così una ricomposizione non naturalistica dell'idea di umanità, che ha la sua fondazione nel comune riconoscimento di diritti per tutti i suoi componenti» (S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 134). Viene di dire che, in questa chiave, evaporano il genere maschile e quello femminile e ad esistere è solo il genere umano, in seno al quale ognuno è un *unicum* e le variabili sono, potenzialmente, infinite. E si può immaginare – non è una *boutade*, ma lo sviluppo estremo logicamente ipotizzabile della traiettoria qui delineata – l'identificazione con specie appartenenti a generi viventi diversi dall'umano e, perché no, con cose.

<sup>186</sup> E riportarlo – così come abbiamo proposto di fare – nella dimensione biologica può consentirne l'apprezzamento nella giusta chiave ed evitare pericolosi fraintendimenti e

nella definizione delle modalità di relazione tra gli individui e del loro trattamento in contesti organizzati. Chi può ragionevolmente pensare che eliminare il riferimento al sesso in documenti e certificazioni o promuovere un sistema di elezione del genere à la carte possa risolvere i problemi e sgombrare il campo da queste ingiuste e intollerabili discriminazioni?

Al momento, l'approdo ad una realtà priva di regole sembra lontano, ma qualcuno ha detto – non ricordo chi – che sono sempre i sogni a dare forma al mondo e, siccome l'esperienza conferma che così è, nella realtà in cui le generazioni domani vivranno, sconfitte diffidenza e paura, attuato il comandamento evangelico «Ama il tuo prossimo come te stesso», dei problemi qui affrontati si conserverà forse solo uno sbiadito ricordo. Che fare, intanto? Si può cominciare a costruire il futuro e questo è un cimento al quale può adoperarsi anche chi – come me – ha consapevolezza che quello attuale non è il migliore dei mondi possibili, ma è pure conscio della brevità del tempo che gli resta da vivere e non ha, quindi, *chance* alcuna di veder realizzato il sogno. Porre le basi del domani per il giurista significa indirizzare, oggi, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nel senso desiderato: e, per farlo, tra realismo ed utopia va ricercata una sintesi, come d'altronde anche in passato ripetutamente si è fatto, nella consapevolezza che l'obiettivo da cogliere non è la vittoria di una parte ma il progresso di tutti.

---

derive rovinose. D'altronde, se si fa del sesso una costruzione culturale, dovremmo poi affidargli il compito, dall'interno, di scardinare i meccanismi che alimentano la cultura non da oggi dominante, profondamente ispirata da logiche "sessiste" e discriminatorie nei riguardi del sesso femminile; impresa a dir poco ardua. Non va mai dimenticato che la natura, individuando a parametro il modello binario e dotando le persone dei sessi maschile e femminile, non ha certo dimostrato ostilità verso le donne: l'uomo avrà pure il pene, ma procreare è prerogativa femminile.

TERZA PARTE  
MEDIARE, NON PUNIRE. IL RUOLO DEL GIUDICE.  
IL TEMPO DEL PROCESSO



Marco Ruotolo\*

*Eligio Resta e il discorso sulla penalità. Brevi note sull'attualità del suo insegnamento*

«Compito di tutti, non soltanto dei sapienti e dei potenti, è allora liberare il discorso della penalità (e della sua violenza) dalle inutili e dannose ridondanze alimentate dal populismo e tornare a un uso minimo, più ragionevole e “degnò” della penalità. Sapendo che tanto i delitti, quanto le pene, sono “storie universali dell’infamia” come diceva un altro grande argentino (J. L. Borges) e che l’infamia non si riduce con altre infamie; l’infamia del delitto è rigenerata dall’infamia delle pene. Basta saperlo e non auto-ingannarsi. Si tratta di “non opinabili” considerazioni» (E. Resta, Cura e malattia, in Giustizia e carceri secondo papa Francesco, a cura di P. Gonnella e M. Ruotolo, Jaca Book, Milano, 2016, 52 s.).

Con queste parole Eligio Resta chiudeva il suo contributo di commento al noto discorso di Papa Francesco su giustizia e carceri. In queste parole ritrovo una sintesi esemplare del pensiero di Resta sulla penalità, peraltro sviluppato in diversi suoi interventi che in questi anni ho avuto il piacere di ascoltare.

Più che tentare un’esegesi di quella che è espressione di un pensiero complesso e articolato, vorrei qui sottolinearne l’attualità, riferendomi a ciò che altrove Resta ha definito la dimensione di ipocrisia della sfera pubblica sul carcere. Una dimensione che deve essere combattuta, nella consapevolezza che questo discorso coinvolge non soltanto la cultura “politica” ma anche la cultura antropologica. È un invito rivolto a tutti – non soltanto a «sapienti e potenti» – che delinea un compito complesso, perché il tessuto culturale di segno contrario appare forte e radicato, traendo le sue origini persino dall’idea della “colpa originaria”.

È un invito i cui contenuti passano per una necessaria rivalutazione del concetto di dignità nel discorso sull’esecuzione penale e per l’abbandono dell’idea di una giustizia caritatevole, con tutte le sue implicazioni (*in primis*: esaltazione del momento della collaborazione del condannato nella fase

\* Insegna Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre. Direttore Master in Diritto penitenziario e Costituzione, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

della espiazione; traduzione del concetto di rieducazione in una sorta di “rimoralizzazione” del reo).

È un invito all’abbandono del diritto penale del nemico, della tendenza così radicata e tradotta in diverse disposizioni normative per cui si giudica qualcuno non per quello che ha fatto ma per quello che è (basti pensare ai tanti automatismi preclusivi ancora presenti nel nostro sistema dell’esecuzione penale). Con uno slogan, si potrebbe dire che è un invito a punire meno, per punire meglio, a evitare di ricercare nella penalità la risposta a qualsiasi problema.

A venire in gioco è qui senz’altro un concetto particolarmente caro a Resta: la pena come “*pharmakon*”, ma direi la legge e il diritto (specie il diritto penale) come “*pharmakon*”. È un concetto ripreso anche nel contributo che comprende il passo di cui alla presente nota, che rimanda al Platone del dialogo sulle leggi: «il legislatore trovi un *pharmakon* per i mali della città». E la pena è (o vuole essere) rimedio del male, veleno che si trasforma in antidoto. Ma non sempre è possibile ridurre i veleni ad antidoti, come proprio Resta osserva con riguardo alla questione dell’ergastolo. Una questione che di nuovo si lega alla considerazione critica sulla tendenza a giudicare sulla base di ciò che si è (o si presuma si sia) e non per il fatto commesso. Tra i miei appunti raccolti in occasione di un intervento di Resta in tema di ergastolo trovo la seguente frase, spero testualmente ripresa dal suo discorso: «non c’è antidoto nella pena dell’ergastolo, perché se uno è quello che è stato in un attimo, si nega la possibilità di una “identità intertemporale”». È il preludio alla riscoperta delle categorie aristoteliche di spazio, tempo e corpo, l’ennesima formulazione dell’invito a riaprire una seria riflessione sul rapporto tra crimini e pene, oggi prevalentemente inteso come rapporto tra delitto e carcere (in virtù della radicata, per quanto costituzionalmente non giustificata, equazione pena=carcere). I crimini e le pene – come scrive Resta nel passo citato all’inizio di questa nota, richiamando Borges – sono, appunto, «storie universali dell’infamia».

È un insegnamento fondamentale, quello qui riassunto in modo forse brutale, nella prospettiva di una rifondazione del dibattito sulla penalità e sul carcere, particolarmente utile per chi si preoccupa di difendere e di diffondere una cultura costituzionale delle pene. È un insegnamento che fa comprendere quanto siano complessi i problemi indagati, quale sia il loro spessore antropologico, mettendoci anche sull’avviso circa l’impossibilità di ricercarne soluzioni soltanto sul piano normativo.

Adolfo Ceretti\*

*Omaggio a Eligio Resta. La mediazione reo/vittima a Milano nel biennio 2016-2017: la metodologia del Centro, l'analisi della casistica e la riduzione dei livelli di conflitto*<sup>1</sup>

0. *Eligio*

Se in un caro amico si riconosce anche la figura di un Maestro, un omaggio al suo pensiero non può che germinare dal dialogo che con il Maestro si è sviluppato nel corso del tempo.

Eligio Resta, luminaire nel campo del pensiero filosofico-politico e filosofico-giuridico, ha indiscutibilmente “catturato” e accompagnato alcune generazioni di studiosi e di studenti ad avvicinare – e poi a studiare e fare proprie – alcune tematiche, alcune linee di ricerca sulle quali lui, per primo, ha ragionato con profonda originalità e uno sguardo inedito.

Se nel corso degli ultimi venticinque anni mi sono occupato principalmente di due temi, la “violenza”<sup>2</sup> da un lato e – quasi a farle da contrappunto – la “Giustizia riparativa” dall’altro, il punto di scaturigine sono state, senza alcuna ombra di dubbio, le parole di Eligio (magiche, evocative e al tempo stesso rigorose) scritte nelle pagine dei suoi preziosi libri oppure pronunciate nel corso di convegni o di piacevoli conversazioni *vis-à-vis*.

Desidero, dunque, partire da tre suoi pensieri che hanno avuto la forza di orientarmi, prima ancora che come studioso, come persona:

«Se anche nel corso di questo secolo vediamo riproporsi con una certa frequenza teorie “ottimistiche”, ritagliate sull’idea ingenua di un progresso lineare, che tendono a ridurre la violenza a residuo di una tradizione oscurantista e perdente, destinata a essere sconfitta (“annientata”) dalla modernizzazione, è perché persiste un codice del linguaggio

\* Insegna Criminologia, Dipartimento dei Sistemi Giuridici, Università degli Studi di Milano-Bicocca; già giudice onorario presso il Tribunale per i minorenni di Milano.

<sup>1</sup> Questo contributo, che riprende il testo della conferenza del Convegno organizzato dall’Assessorato all’Educazione di Milano nel 2018, sarà pubblicato, con opportune modifiche, anche in: A. CERETTI (a cura di), *La Giustizia riparativa nelle politiche educative del Comune di Milano. Atti del Convegno, Milano, 16 maggio 2018*, in corso di stampa.

<sup>2</sup> A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Raffaello Cortina, Milano, 2009.

ancora interamente determinato dalla violenza che non può essere adeguatamente osservata. C'è una dimensione dell'occultamento del problema che attiene non tanto alla sua struttura quanto al modo in cui si realizza il circuito della comunicazione intorno ad essa. Quello che un sistema riesce a comunicare circa la propria violenza dipende dalle sue stesse regole di comunicazione. Della violenza "sappiamo" quello che l'ecologia della comunicazione ci consente<sup>3</sup>.

«Amico dell'umanità è chi supera, dirà Freud, le ambivalenze emotive e sceglie la via dell'universalismo: una parte che lavora per la sopravvivenza del tutto. Il nemico dell'umanità sta soltanto da una parte e nega la possibilità dell'esistenza del tutto. [...] Amico dell'umanità è dunque individuo morale e razionale che consapevolmente conosce i rischi ma gandhianamente scommette sull'esistenza di un bene comune che è il bene dell'umanità in se stesso»<sup>4</sup>.

«Mentre il giudice è pensato nei sistemi moderni come *nec utrum*, né l'uno né l'altro, neutro appunto, il mediatore deve essere questo e quello, deve perdere la neutralità e perderla fino in fondo. Solo così si realizza la sua identità come differenza rispetto al giudice, ma si realizza la sua differenza, come identità, rispetto alle parti. Mentre le parti litigano e non vedono che il proprio punto di vista, ognuna in maniera simmetrica e opposta rispetto all'altra, il mediatore può vedere le differenze comuni ai configgenti e ripartire di qui operando perché le parti riprendano la comunicazione, appunto il *munus* comune a entrambe»<sup>5</sup>.

Questi tre passaggi sono sufficienti a donare ai lettori – e a me per primo – una bussola per comprendere pensieri difficili. Innanzitutto, che la modernità ha governato la replicazione infinita e l'*escalation* dei comportamenti mimetici violenti dei consociati differenziando i comportamenti conformi da quelli devianti. Lo Stato moderno ha sancito questo confine tramite la "legge", il cui dettato marca ogni difformità rispetto a ciò che essa stabilisce. Il carattere individuale e isolato della violenza acquista dunque una vera e propria centralità nella cultura moderna, e ciò avviene perché la legge ha già definito il suo "caso" e ha distinto al suo interno la conformità e la difformità rispetto a se stessa. E lo ha fatto con validità. Soltanto attraverso questo "meccanismo" la società moderna

<sup>3</sup> E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 8-9.

<sup>4</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 27.

<sup>5</sup> E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini & Associati, Milano, 2001, pp. 49-50.

e tardo-moderna si può consentire un rapporto “alleggerito” con la sua violenza, ma – insegna Eligio – a patto di misconoscere il contesto, a sua volta “violento”, nel quale si è originato il processo che ha condotto all’individualizzazione dei singoli comportamenti violenti. Ne *La certezza e la speranza* troviamo tutte le spiegazioni e le risposte a questo dilemma.

All’interno della ricerca su come la modernità ha circoscritto ed evitato una più larga – o addirittura generale – propagazione dell’inquietudine Eligio ha compreso, prima di ogni altro, che è proprio l’auto-consapevolezza del mis-conoscimento della violenza a permetterci di scommettere su un futuro che non è inevitabile e necessariamente sempre identico a se stesso. Forse – lui ci insegna – la violenza, anziché essere ingabbiata in un “processo di cura” che, nello Stato moderno, è quello “giudiziario” – il quale non rinuncia a essa e non sopprime la vendetta – può essere trattata scommettendo sull’esistenza di un bene comune, che è il bene dell’umanità in se stesso. Forse, suggerisce ancora Eligio, la violenza può essere trattata, oltre che da un giudice, da un mediatore, «che smette di essere *super partes* per stare tra le parti ed essere in mezzo a loro, non trovare uno spazio neutro ed equidistante, in cui risiede la più grande utopia del moderno che è la terzietà»<sup>6</sup>.

Forte – soprattutto – di questi insegnamenti, da ventitré anni lavoro nel campo della Giustizia Riparativa e della mediazione reo-vittima.

La riflessione che presento, come studio in onore di Eligio, ha per oggetto una ricerca empirica sull’attività svolta nel biennio 2016-2017 dal *Centro per la Giustizia Riparativa e per la Mediazione del Comune di Milano* del quale, dalla sua fondazione, sono coordinatore scientifico.

### 1. *Fragilità, comunità, welfare state e adolescenti devianti. Un quadro d’insieme*

Era il 2 maggio del 1998, esattamente venti anni orsono, quando quattordici mediatori facevano per la prima volta il loro ingresso in quello che, allora, era denominato “Ufficio per la Mediazione penale del Comune di Milano”, poco dopo aver terminato la loro formazione con Jacqueline Morineau, una pioniera in questo campo che a Parigi, fin dagli anni Ottanta, lavorava per facilitare gli incontri tra rei e vittime. L’“Ufficio” meneghino era ubicato in una sorta di *chalet* prefabbricato, circondato da molti alberi e *appoggiato* sopra un prato del Parco Sempione.

Quel due di maggio non era ancora molto chiaro, né a me né e agli altri miei compagni di viaggio quale impatto e quali ricadute avrebbe avuto

<sup>6</sup> E. Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, op. cit., p. 49

quell'esperienza sulle istituzioni giudiziarie, insieme ad altre, analoghe, che a Torino e a Bari avevano da poco visto la luce.

La posta in gioco, con una visione *ex post*, era molto più alta di quanto potessi, potissimo, pallidamente immaginare. In breve, non era solo quella di dare corpo, sostanza, a un nuovo modo di *fare giustizia*, ma prima ancora quella di inaugurare una visione inedita, più inclusiva e mite di quanto fosse mai avvenuto nelle democrazie mature, verso i destinatari dei processi penali, vale a dire i rei e le vittime.

Già allora il *target* principale dei nostri programmi di *Restorative Justice* aveva per protagonisti gli adolescenti autori di reato o, meglio, in conflitto con la legge – come preferisco definirli – e le loro vittime, molto spesso infradiciottenni o poco più adulte.

### 1.1. *Fragilità*

Una cosa è certa.

Mutuando quanto scrive Eugenio Borgna nel suo saggio intitolato *La fragilità che è i noi*, il balzo radicale per gli adolescenti è dato dal fatto che in essi ricompaiono improvvisamente gli immensi interrogativi sul senso del vivere e del morire mentre, accanto, nascono, o dovrebbero nascere, i grandi ideali a cui consegnare un senso alla vita: un senso alto e luminoso che ne metta in fuga le ombre. Ma – osserva ancora Borgna – ognuna di queste domande, ognuno di questi ideali si confronta, necessariamente, con le abitudini nella lontananza, la disperazione e l'estraneità del mondo degli adulti. Da qui «... ne scaturisce la ricerca della solitudine, il distacco dal mondo e il ripiegamento nella propria interiorità che si sente ferita, e sempre più fragile»<sup>7</sup>. In adolescenza, ogni angolatura della vita è impregnata di un bruciante desiderio di contatto interpersonale, di relazione, che più di una volta si confronta con il deserto, o almeno con il rischio dell'indifferenza, con il rischio della noncuranza, con il rischio della pietrificazione emozionale da parte di adulti incapaci di cogliere, o almeno di intravedere, le ragioni profonde di comportamenti e di vissuti indecifrabili con il linguaggio, e con l'ascolto, delle emozioni.

«*In-fanzia* è termine non facile – scrive ancora Resta –: indica un'età della vita e quindi la neutra condizione di un tempo contrapposto ad altri, ma nasconde anche il senso più inquietante di un'assenza di voce. È, quindi, voce inferma. Tempo e parola si mescolano in un intreccio inatteso»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> E. BORGNA, *La fragilità che è i noi*, Einaudi, Torino, 2014, p. 58.

<sup>8</sup> E. RESTA, *L'infanzia ferita. Un nuovo patto tra generazioni è il vero investimento politico*

## 1.2. Comunità

Grande è la confusione sotto il cielo.

L'indifferenza, la noncuranza, la pietrificazione emozionale sarebbero l'esito, tra i tanti fattori – e lo si sente ripetere fin troppo spesso –, dell'evaporazione di quell'idea di "comunità" della quale l'antropologo scozzese Victor Turner celebrava, ancora nella seconda metà del secolo scorso, le provvidenziali virtù<sup>9</sup>. Turner – alcuni decenni dopo i fruttuosi passaggi messi a fuoco da Ferdinand Tönnies – ragionava su quanto fossero significativi i concetti di *appartenenza* e *solidarietà* che alimentano, all'interno delle comunità, quell'eterno presente che aiuta a oltrepassare i legami sociali convenzionali. In un contesto comunitario, appartenenza e solidarietà affiancano infatti le persone dalla nascita alla morte e orientano fortemente – e questo è molto rilevante per noi – la loro personalità.

Molto è cambiato da quando Turner teorizzava questi pensieri: l'apertura delle frontiere e una impressionante accelerazione nelle comunicazioni hanno, per esempio, progressivamente sancito che l'idea di comunità è qualcosa di relativo, *fragile* e, soprattutto, sostituibile. L'elemento distintivo delle società del nostro tempo è la mobilità, che concerne sia il lavoro che la residenza e, finanche, gli affetti. È cresciuta la consapevolezza che i legami forti, quelli famigliari che cementano per tutta la vita, non producono capitale sociale, mentre la crescita personale avviene solo con l'allontanamento dalla comunità di origine. Perciò – sottolinea Carlo Bordini – quel che resta della comunità può divenire, oggi, un "legame pericoloso" dal quale è preferibile liberarsi non appena possibile. Parimenti, il senso e la "voglia di comunità" (della quale ha parlato Zygmunt Bauman) sono probabilmente visioni e aspirazioni svuotate di ogni reale possibilità di essere concretamente avvicinate. Nel nostro tempo la comunità, nel senso di appartenenza a una collettività, si trasferisce con la persona e sopravvive in forma frammentaria. Il suo disfacimento produce più libertà ma, parimenti, angoscia esistenziale e percezione di isolamento<sup>10</sup>.

Nel libro *Oltre la paura*, Roberto Cornelli e io scriviamo che ai nostri giorni non si tratta più di «fondare legami microcomunitari edificati sulla paura di perdere le proprie tradizioni, il proprio benessere, la propria

*per il futuro*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 5.

<sup>9</sup> V. TURNER, *Il processo rituale. Struttura e anti-struttura*, Brescia, Morcelliana, 1972 [ed. orig. 1969]; *Simboli e momenti della comunità. Saggio di antropologia culturale*, Morcelliana, Brescia, 2003 [ed. orig. 1972].

<sup>10</sup> Su tutti questi temi cfr. C. Bordini, *La fine della comunità*, Corriere della Sera, La Lettura, 24 agosto 2014.

casa», ma piuttosto di «provare a costruirne altri, più inclusivi, a partire dalla constatazione che stiamo tutti – ma proprio tutti – vivendo condizioni di vulnerabilità»<sup>11</sup>. Tutto ciò segnala l'urgenza di una transizione sociale, politica ed ecologica in cui le istanze comunitarie emergano e siano filtrate nella sfera pubblica e soprattutto incidano nella costruzione di istituzioni rivolte a favorire dinamiche effettive di solidarietà e di tutela della dignità delle persone.

### 1.3. Welfare State

Ma a essere sotto scacco non è solo il concetto di comunità, ma anche quello di *welfare state*.

Con l'emergere di nuovi rischi sociali tipici delle società tardo-moderne, legati alla precarizzazione del mercato del lavoro, al bisogno di conciliare famiglia e lavoro, alla fragilizzazione dei legami familiari ed alla destandardizzazione dei cicli di vita, il *welfare state* identificato come momento che ha caratterizzato la storia postbellica o le politiche genericamente di sinistra è anch'esso evaporato, non essendo più capace di rispondere a bisogni che sono sempre più complessi, sfaccettati, e trasversali. Questa situazione è ulteriormente peggiorata sulla scia dei lunghi anni di recessione economica e austerità che hanno prodotto il dilemma, apparentemente irrisolvibile, di dover far fronte a bisogni crescenti in presenza di risorse decrescenti.

Fatte salve queste premesse, sono d'accordo con David Garland quando scrive che il *welfare state* non va mai concepito come un sussidio per le classi sociali meno agiate o come la cruna dell'ago per l'economia ma inteso, invece, come un aspetto fondamentale delle forme di governo del tempo attuale. Detto altrimenti, il *welfare state* è presente in *tutte* le società avanzate con una molteplicità di configurazioni, ed è divenuto uno strumento indispensabile per rendere socialmente ed economicamente sostenibili le economie capitaliste<sup>12</sup>.

L'invito di Garland è dunque quello di andare a vedere *quale* modello di *welfare* sia presente in ogni società a partire dal primo Novecento, essendo «una caratteristica di tutte le società sviluppate». I modelli di *welfare state* mutano, ma regolare l'economia, distribuire la sicurezza economica per i lavoratori, governare i rischi, distribuire le risorse per la salute, alleviare

---

<sup>11</sup> A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la Paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 207.

<sup>12</sup> D. GARLAND, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

la povertà, assicurare l'occupazione, garantire il reddito sono compiti che riguardano tutti i governi delle società sviluppate.

Passando dal generale al particolare, il caso di Milano – l'area geografica posta sotto la mia lente d'ingrandimento – è particolarmente interessante per lo sforzo di profonda riorganizzazione dei servizi sociali, tuttora in corso. In particolare, l'amministrazione Pisapia (2011-2016) e quella Sala hanno abbandonato, come è noto, l'organizzazione su base categoriale per approdare a un'organizzazione fondata, invece, sulle diverse funzioni del *welfare* locale (ovvero: residenzialità, domiciliarità, territorialità). A Milano, più che altrove, si è compreso che a fronte di situazioni in cui i bisogni sociali delle persone non coincidono, necessariamente, con un disagio di tipo economico si pone la necessità – ineludibile – di intervenire in molti ambiti tradizionalmente lasciati sullo sfondo. Ciò significa che il *welfare* sta imparando a guardare alla società nel suo complesso, a tutte quelle “sofferenze urbane” che le trasformazioni sociali, economiche e dei sistemi di protezione sociale, stanno sempre più svelando. Sofferenze diffuse che toccano persone vulnerabili, precarie ma, non per forza, economicamente svantaggiate, che in momenti e situazioni particolarmente difficili si caricano di paure, disperazione, diffidenza e conflitti. Sofferenze che non vanno trascurate e neppure affrontate su un piano meramente individuale/assistenziale, anche perché sono meta-individuali, intersecate e sovrapposte. Si radicano nella vita urbana, ed è anche in questa loro dimensione collettiva che chiedono risposte istituzionali non frammentate e generative di valore sociale<sup>13</sup>.

#### 1.4. *Adolescenti devianti*

Di certo, non sono questi i temi da approfondire nel proseguo del nostro ragionamento.

Ma anche in questa sede non posso accantonare, neppure per un istante, l'idea che i reati commessi e subiti dai nostri adolescenti facciano capolino dentro a questi macro-contesti. Per chi scrive, ogni fatto penalmente rilevante va infatti collocato, ogni volta, in una prospettiva che tiene conto direttamente – o, almeno, indirettamente – di tutte queste dimensioni. Lasciamo ancora la parola a Resta:

«La devianza minorile non è prodotta *dalla* società, come vecchi determinismi e nuovi giustificazionismi hanno sempre lasciato intendere, ma è prodotta *nella* società: di essa ne respira l'aria, ne assomiglia i modelli, ne imita le modalità. Avviene tutto in un cerchio

<sup>13</sup> A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la Paura*, op. cit., p. 204.

“ecologico” che funziona semplicemente così: nel sistema sociale si produce il problema e la sua “soluzione”. E mai, come nel caso dell’infanzia, tanto il problema quanto la soluzione sono nel cuore dei meccanismi decisivi dell’intero sistema sociale; per quanto ci si sforzi di renderlo aspetto “parziale” e circoscritto a un sistema (della giustizia), esso continua a oltrepassare ogni confine sistemico<sup>14</sup>.

Ritengo, coerentemente, che il reato sia spesso – anche se non sempre – il segnale di una difficoltà a sostenere, da parte dei giovani, i compiti evolutivi a partire dai *deficit* del contesto di sviluppo (familiare, di comunità, di *welfare*) e dalle caratteristiche di personalità (impulsività, *deficit* narcisistici, problemi nella costruzione dei legami) che rendono difficili i processi di simbolizzazione della nuova nascita, degli aspetti soggettivi e sociali del Sé.

Peter Fonagy e Mary Target<sup>15</sup>, due tra i massimi psicoanalisti dell’adolescenza, scrivono che i ragazzi con tendenza all’agire – coloro cioè che commettono la maggior parte dei reati giudicati nei Tribunali per i Minorenni – mancano della funzione riflessiva, della capacità di cogliere i propri stati mentali e i propri bisogni, la differenza tra sé e l’altro, e quindi gli stati mentali dell’altro, e come questo derivi dall’essere stati a propria volta oggetto di legami incerti e disorganizzati da parte delle figure e degli ambienti di riferimento, che hanno misconosciuto e mortificato la loro soggettività.

Gli adolescenti da incontrare e da gestire da parte di chi opera nel mondo del penale minorile sono dunque marcati da una complessità difficilmente riducibile a schemi elementari.

Se da un lato tutti noi non vogliamo rinunciare – più correttamente: non possiamo rinunciare – a cogliere l’occasione di comprendere il significato del comportamento deviante sul piano evolutivo in un momento in cui il contatto con il sistema della giustizia e le reazioni pubbliche al reato richiedono una profonda riconsiderazione del senso del proprio agire e di immagine di sé, dall’altro non è per nulla scontato che i giovani devianti siano interessati a un lavoro riflessivo. Il quadro della giustizia, nel quale avvengono queste considerazioni, prevede un *iter* proceduralizzato sulla base della sua “logica” e della sua finalità “interna”, aggiungendo al lavoro degli operatori ulteriori livelli di complessità. Ma va ribadito con fermezza che con queste antinomie è importante non solo convivere ma, anzi, saper avviare – a partire da esse – un circolo virtuoso. Ha certamente ragione Cristina Saottini quando sostiene, a partire da queste argomentazioni, che «la normatività, se gestita

<sup>14</sup> E. RESTA, *L’infanzia ferita*, op. cit., p. 77.

<sup>15</sup> P. FONAGY, M. TARGET, *Attaccamento e funzione riflessiva*, Cortina, Milano, 2001 [ed. orig. 2001].

in modo non mortificante e non intrusivo, può [...] sostenere [nell'adolescente in conflitto con la legge] la nascita di una domanda»<sup>16</sup>. Se l'obiettivo, da parte di chi prende in carico queste situazioni, è quello di sostenere il processo evolutivo di chi delinque, di sollecitare – in un contesto normato dove non si dimenticano mai i diritti di chi è imputato – una ripresa delle funzioni emotive che possono sostenere l'incontro con la propria responsabilità, senza essere schiacciati dalla colpa, che facilmente farebbe fuggire in facili meccanismi di negazione, allora la comunità terapeutica, la messa alla prova, gli interventi terapeutici brevi con adesione non volontaria, la Mediazione reo-vittima e, quale *extrema-ratio*, anche il carcere, sono da intendere come strategie diverse mirate allo stesso fine generale, e non devono essere intesi come appartenenti a domini diversi come la *cura*, l'*educazione* e la *punizione*.

## 2. *La vision propria della Restorative Justice presuppone che le norme non abbiano più una funzione prevalentemente coattiva*

Se nel reato minorile precipitano, in senso lato, tutti questi livelli di complessità, proviamo dunque ad addentrarci nell'universo della *Restorative Justice*, finalmente abbastanza conosciuto per poter subito entrare in *medias res*.

Una cosa è certa: la *vision* riparativa presuppone – innanzitutto – che le norme non abbiano più una funzione prevalentemente coattiva – anche se senza una sanzione non esisterebbe mai una norma – ma, piuttosto, quella di stabilire una comunicazione tra gli uomini, al fine di regolarne le reciproche aspettative. Detto altrimenti, ogni uomo ha un'aspettativa nei confronti degli altri ed è, allo stesso tempo, un'aspettativa per gli altri. In altre parole, l'apparizione dell'altro produce un'aspettativa nella nostra vita, e la relazione umana è principalmente una relazione tra aspettative, che sono e saranno sempre indeterminate. Nessuno sa che cosa desidera l'altro. La comunicazione tra gli uomini diventerebbe dunque equivoca, se non schizofrenica, se non esistessero dei precetti indicati da designatori indipendenti volti a regolamentarne i comportamenti.

È questo che sono essenzialmente le leggi, se ci mettiamo in un'ottica riparativa.

Esse precedono i soggetti, di modo che le aspettative abbiano un elemento oggettivo capace di orientarle. Le leggi aiutano, dunque, gli uomini

<sup>16</sup> C. SAOTTINI, *Trattamento di Gruppo come sostegno della responsabilità. La funzione del gruppo omogeneo a tempo limitato nel contesto istituzionale penale*, in A. MAGGIOLINI (a cura di), *Adolescenti delinquenti*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 243.

a in-contrarsi. La natura della legge è quella di essere, innanzitutto, un dispositivo relazionale.

Nella visione riparativa, anche il *crimine* si declina in questi termini. Per comprenderlo, basta tornare alla famosa definizione di *relational justice* redatta da Jonathan Burnside e Nicola Baker:

«Uno dei fondamenti di questo nuovo approccio è quello di considerare il reato primariamente come una rottura delle relazioni sociali; persino in quei casi in cui l'autore di reato non conosce personalmente la vittima, si può dire che esista una relazione per il fatto di essere entrambi cittadini, legati da regole che governano il comportamento sociale. Il reato solo secondariamente può essere considerato come un'offesa contro lo Stato e le Sue leggi»<sup>17</sup>.

Ebbene, questa definizione è perfettamente iscritta nella dinamica che stavamo descrivendo. In estrema sintesi, il vettore di senso della *Restorative Justice* aiuta a non pensare al reato, in prima battuta, come a una sanzione.

Anche la Direttiva 2012/29/UE – contenente norme minime in materie di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – sottolinea il fatto che «il reato non è solo un torto alla società ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime». Le questioni fondamentali per la giustizia riparativa, dunque, non sono più (o non più soltanto) “chi merita di essere punito” e “con quali sanzioni”, bensì “chi soffre” e “cosa può essere fatto per riparare il danno”; laddove riparare – lo vedremo meglio – non significa riduttivamente controbilanciare in termini economici il danno cagionato.

### 3. *La Restorative Justice quale modello di giustizia capace di accogliere la complessità fin qui descritta*

La domanda più logica, dopo questi lunghi preludi, è la seguente: qual è la peculiarità che assume la Giustizia Riparativa in relazione alla complessità di cui ho fatto cenno poc'anzi?

Il punto di partenza dei miei oramai antichi ragionamenti su questi temi sta proprio nel fatto che la valenza simbolica della Mediazione reo-vittima – lo strumento principale per raggiungere finalità riparative – consiste nel poter e saper accogliere tutti i piani della complessità che abbiamo descritto all'interno delle sue pratiche, per trasformarli: la fragilità degli adolescenti; l'indifferenza, la noncuranza, la pietrificazione emozionale degli adulti di

---

<sup>17</sup>J. BURNSIDE, N. BAKER, *Relational Justice. Repairing The Breach*, Winchester, 1994, p. 53.

riferimento; la “voglia di comunità”; l’inedita domanda di sicurezza per sedare le paure, i fantasmi, il caos interiore che accompagnano i rei, le vittime e i loro ambiti di riferimento dopo la commissione di un reato; la potenza simbolica della legge. Infatti, se prendiamo le mosse dal divieto contenuto in una norma, vediamo come la mediazione operi non solo tra i soggetti, ma: a) tra i soggetti, b) le loro formazioni sociali di riferimento, c) la potenza del dettato della legge. Ed è per questa ragione che fondatamente reputo possibile mediare ogniqualvolta ricorrano conflitti che prendono forma anche attorno alla commissione di un fatto-reato grave.

Mi spiego.

Quando si lavora in mediazione per gestire gli effetti di un conflitto che origina dalla violazione di una norma penale, si assume che essa non vada a operare unicamente tra due soggetti confliggenti. D’altra parte, propongo di postulare che la Mediazione reo-vittima non intende neppure applicare direttamente la legge violata, compito che rimane e deve rimanere saldamente nelle mani della giustizia. L’immagine che propongo è quella di una pratica di “elaborazione” dei conflitti che non si situa né nella legge né fuori della legge, ma all’*insegna* della legge. L’obiettivo della mediazione è quello di utilizzare la legge quale “punto di riferimento” per favorire l’avvicinamento tra prospettive diverse. Quest’operazione contribuisce tra l’altro a rinforzare la dimensione metaforica della legge stessa.

Reo e vittima danno il loro consenso a venire in mediazione a partire da qualcosa di ben “determinato”: una condotta penalmente rilevante è stata commessa, una norma del codice penale è stata violata; il precetto di tenere una certa condotta non è stato rispettato; qualcuno ha subito un danno, un’offesa. Ma il significato della loro presenza davanti a un mediatore travalica questa fattispecie determinata. Il punto è che per entrambi, autore di reato e vittima, diventa essenziale lavorare sugli effetti insopportabili del conflitto che il gesto deviante ha prodotto. In mediazione, la norma penale violata è il pre-testo che conferisce legittimazione, senso e autorità all’opera che essa compie di riattualizzazione, di ricostruzione razionale ed evenemenziale del contesto della scena del crimine. Un “punto di riferimento” per dare spazio a un cammino, a un percorso che vede due soggetti interrogarsi vicendevolmente, coinvolti in un progetto relazionale che il mediatore non può (non deve) tracciare in anticipo. Ed è proprio qui, forse, che risiede l’originalità, la forza e l’ambizione del discorso della mediazione. Nel precetto penale è contenuta la descrizione di ciò che non si deve fare (o si deve fare), e dunque la descrizione del fatto che costituisce fattispecie di reato. L’incontro tra reo e vittima avviene

all'*insegna* di questo precetto. Non è il comando a essere mediato. Ma a partire da quel comando, che dal momento in cui i soggetti entrano in mediazione rimane sullo sfondo, si va alla ricerca di modalità riparative (simboliche e non) in una relazione faccia a faccia che finisce poi con il contribuire a creare le premesse per «esplorare il significato della norma violata»: il precetto della norma violata diventa l'oggetto dello scambio dialogico fra le parti attraverso la narrazione di due esperienze esistenziali: quella del reo e della vittima<sup>18</sup>.

Già, la vittima.

Sono ben consapevole della irrinunciabile esigenza di tutelare le vittime dai rischi di una vittimizzazione secondaria. Ma ciò non deve generare un sentimento di “immunizzazione” e “difesa” attraverso il ricorso a misure di protezione individuale da parte delle persone offese, e quindi di fatto il loro allontanamento dai programmi di giustizia riparativa. Con le necessarie cautele e garanzie, le vittime possono trovare proprio nei diversi programmi di giustizia riparativa un “luogo” per riconquistare la dignità perduta, per ritrovare gli spazi di libertà e di vita che sono stati compromessi dal crimine e infine per diventare protagoniste attive e non mere destinatarie passive di un'azione che ripara. Anche rispetto all'autore di reato, la giustizia riparativa può fare molto: essa consente di ripensare alla logica che caratterizza l'esecuzione penale superando la nozione tradizionale di trattamento, desueta anche nel lessico, promuovendo l'idea di un soggetto che partecipa in modo attivo e responsabile alla costruzione del proprio progetto di reinserimento sociale, il quale, a sua volta, deve tener conto della vittima e della comunità.

#### 4. *“Mediando: percorsi di mediazione e riparazione. Vittime e rei nella ricostruzione di patti di cittadinanza”. Un progetto milanese*

«Non c'è nulla di più pratico di una buona teoria», sosteneva lo psicologo sociale Kurt Lewin. Ciò che intendo mostrare, ora, analizzando alcuni dati empirici, è che le riflessioni teoriche sulle quali mi sono soffermato adesso non sono altro che il supporto, la base di appoggio di quelle pratiche che hanno trovato il loro punto di convergenza nel progetto *“Mediando: percorsi di mediazione e riparazione. Vittime e rei nella ricostruzione di patti di cittadinanza”*, del VI Piano Infanzia e Adolescenza

<sup>18</sup> Su tutti questi temi cfr. A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in A. CERETTI (a cura di), *Scritti in ricordo di Giandomenico Pisapia. Volume III: Criminologia*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 717-814.

ex L. 285/1997 avviato dall'Assessorato all'Educazione e Istruzione del Comune di Milano al termine del 2015<sup>19</sup>.

Come accennavo, l'attuale Centro per la Giustizia Riparativa e per la Mediazione del Comune di Milano<sup>20</sup> è l'erede naturale dell'Ufficio di Mediazione Penale nato nel 1998 e istituito a seguito della firma di un protocollo d'intesa inter-istituzionale fra il Ministero della giustizia (Centro per la giustizia Minorile<sup>21</sup>), la Regione Lombardia, l'Assessorato all'Educazione del Comune di Milano, l'Assessorato ai Servizi Sociali del Comune di Cinisello Balsamo, l'Asl la Provincia e il Comune di Milano, sotto il patrocinio del Presidente del Tribunale per i Minorenni. Quell'"Ufficio", nel corso di questi venti anni, ha vissuto vicende istituzionali complesse, anche se è possibile – non lo farò in questa sede – rinvenire una continuità che lega direttamente quell'esperienza a quella dell'odierno *Centro*, del quale analizziamo qui i risultati, i dati concreti, e che ha la finalità generale di consolidare e promuovere la diffusione della cultura riparativa moltiplicando azioni volte a creare un vero e proprio "spazio polifunzionale" per implementare la Giustizia riparativa e la Mediazione reo/vittima.

In che cosa è consistito, concretamente, il progetto "Mediando", avviato al termine del 2015?

Di fatto, esso ha attivato un processo di potenziamento del paradigma della Giustizia riparativa, inteso quale strumento di intervento sui reati e sui conflitti che ne derivano, capace di conferire centralità ai rei, alle loro vittime, ma anche di occuparsi degli effetti negativi che questi fatti devianti producono sulle vittime c.d. secondarie (*in primis* familiari delle vittime e familiari dei rei) e sulla collettività lesa dal reato. Il principale punto di focalizzazione è stato quello di andare oltre alla riparazione concentrata sul patto fiduciario spezzato fra i soggetti direttamente coinvolti in un fatto di reato

<sup>19</sup> Il progetto Mediando è nato dalla co-progettazione tra il Comune di Milano – specificamente l'Area Servizi scolastici ed Educativi e il Servizio Educativo Adolescenti del Comune di Milano, e l'A.T.I. composta dal Consorzio S.i.s., dalle cooperative sociali Dike, A&I, Tuttinsieme, Spazio Aperto Servizi e Codici; Coordinatore scientifico del Progetto è il Prof. Adolfo Ceretti.

<sup>20</sup> Il Centro è un servizio, incardinato nell'Assessorato all'Educazione, all'interno del Servizio Educativo Adolescenti e conta al proprio interno mediatori esperti del Comune di Milano e del Ministero di Giustizia; si avvicendano poi un numero variabile di volontari e tirocinanti e soggetti del privato sociale grazie a finanziamenti o progettazioni specifiche ("Mediando percorsi di mediazione e riparazione", per esempio).

<sup>21</sup> Il Centro per la giustizia minorile di Milano è stato, dall'origine, un soggetto determinante per la nascita e il consolidamento delle pratiche di mediazione, distaccando diversi operatori nel corso dei due decenni e svolgendo un lavoro di raccordo tra il territorio e il Dipartimento della giustizia minorile.

(vittime e rei), e aprirsi a un contesto comunitario più ampio, favorendo così la ri-costituzione o la costruzione *ex novo* di “patti di cittadinanza” capaci di promuovere legami sociali fondati sulla dignità e sul rispetto. Questa prospettiva ha assunto una particolare rilevanza poiché è riuscita ad avvicinare il mondo dei giovani e quello degli adulti, proponendo a tutti di partecipare attivamente alla definizione di un modello di convivenza e di adesione alle regole sociali fondato sul consenso e non sulla costrizione.

Da questo punto di vista, l’allargamento della rete di agenzie in grado di lavorare nel territorio con giovani e adulti in sinergia con il *Centro* ha consentito, nel corso del tempo, di rafforzare, e in alcuni casi di avviare una inedita e fertile collaborazione con alcuni soggetti territoriali rilevanti, quali istituzioni pubbliche locali, scuole, comitati di quartiere, associazioni di cittadini, enti del terzo settore e del volontariato.

Dal punto di vista metodologico, tutti gli interventi previsti sono stati realizzati partendo da un percorso di co-progettazione finalizzato a consolidare il servizio di mediazione esistente e a svilupparne le potenzialità innovative attraverso il contributo di tutti i *partner* del progetto<sup>22</sup>.

## 5. *L’analisi della casistica del Centro nel biennio 2016-2017*

Possiamo, ora, analizzare in dettaglio gli obiettivi specifici del progetto “Mediando”, e i risultati ottenuti.

### 5.1. *Le mediazioni dirette tra rei e vittime*

Il *target* più importante, ovviamente, era quello di realizzare le mediazioni dirette tra rei e vittime, cioè a dire *face to face*.

---

<sup>22</sup> I partner del progetto *Mediando* sono stati da una parte il Consorzio SIS e le Cooperative a esso associate (Tuttinsieme – A&I – Spazio Aperto Servizi), insieme a DIKE Cooperativa per la Mediazione dei Conflitti e alla Cooperativa CODICI), e il Comune di Milano, Area Educazione e Istruzione dall’altra.

Tabella 1 – Autorità segnalanti e segnalazioni

Numero di fascicoli per autorità segnalante	Frequenza	Percentuale
PM	110	68,3%
GUP	11	6,8%
GIP	2	1,2%
Giudice del dibattimento	14	8,7%
Scuola	21	13,0%
USSM	1	0,6%
Magistrato di sorveglianza	1	0,6%
manca il dato	1	0,6%
Totale	161	

Nel biennio 2016/2017 il *Centro* (animato dal lavoro di 25 mediatori appartenenti alla Cooperativa DIKE, oltre ai mediatori del Comune di Milano) ha ricevuto 161 segnalazioni. Un numero significativo se si tiene conto che l'istituto della mediazione non è ancora regolamentato giuridicamente, e che la sua esistenza è l'esito della continua sensibilizzazione e delle buone pratiche che intercorrono tra il *Centro* e i magistrati del Tribunale per i Minorenni di Milano. Tenendo, altresì, in considerazione che il numero totale di Messe alla prova ex art. 28 d.p.r. 448/1988 adottate nel medesimo biennio nei confronti dei ragazzi in carico agli Uffici dei Servizi sociali per i Minorenni è stato di 505, si verifica un rapporto significativo (1 a 3) tra il ricorso all'istituto della mediazione e quello della Messa alla prova.

A inviare il maggior numero di mediazioni è, come avviene dal 1998, la Procura della Repubblica, il che testimonia un ricorso a questo istituto nella fase preliminare del processo, nel quale viene subito accolta la complessità emotiva e relazionale degli adolescenti autori di reato e delle loro vittime. Il dato diviene ancora più interessante se si analizza, nello specifico, il numero di rei coinvolti al momento della segnalazione: 235, dei quali ben il 57% è di età compresa tra i 14 e i 17 anni, cioè a dire la fase di piena adolescenza. Se si tiene conto che la media del tempo dedicato ai contatti e ai colloqui individuali che precedono l'incontro di mediazione è di almeno tre ore ciascuno, è possibile comprendere la cura che viene posta dai mediatori nei confronti di ogni persona coinvolta. Lo stesso discorso vale, a maggior ragione, per le 161 vittime che hanno dato il loro consenso a partecipare almeno a un primo incontro con i mediatori. A conti fatti si tratta, al netto degli incontri di mediazione, di circa 1200 ore di lavoro. Questo dato è uno di quelli che certamente contraddistinguono la professionalità di questo servizio.

Tabella 2 – Fascia d'età e sesso

Fascia d'età al momento della segnalazione	Frequenza	Percentuale	Sesso	Frequenza	Percentuale
manca il dato	8	3,4			
tra 11 e 13 anni	46	19,6	femmina	53	22,6
tra 14 e 17 anni	133	56,6	maschio	182	77,4
tra 18 e 25 anni	48	20,4	Totale	235	
Totale	235				

Tabella 3 – Vittime

Vittime Tipologia	Frequenza	Percentuale
persona	154	95,7%
scuola	2	1,2%
azienda	4	2,5%
altro	1	0,6%
Totale	161	

Senza fare diretto riferimento al dato che riguarda i tassi di criminalità messa in atto da cittadini italiani e stranieri, possiamo rilevare che l'attività di mediazione ha finalmente coinvolto, nell'ultimo biennio e a differenza dagli anni precedenti, una quota non marginale (14%) di minori rei stranieri, come si può evincere dalla prossima tabella.

Coerentemente alla natura dell'istituto, le segnalazioni giunte riguardano quasi esclusivamente i ragazzi a piede libero (84%), con una presenza non trascurabile di giovani in Messa alla prova, così come previsto dall'art. 28 dpr 448/88.

Tabella 4 – Cittadinanza

Cittadinanza	Frequenza	Percentuale	Quale Paese per non italiana	
			Quale Paese per non italiana	Frequenza
italiana	198	84,3	Albania	4
non italiana	33	14,0	Egitto	7
manca il dato	4	1,7	Filippine	3
Totale	235		Francia	1
			Lettonia	1
			Marocco	6
			Perù	2
			Romania	4
			manca il dato	5

Tabella 5 – Posizione giudiziaria

Posizione al momento della segnalazione	Frequenza	Percentuale
in misura cautelare	4	1,7%
a piede libero	198	84,3%
in messa alla prova	24	10,2%
esecuzione penale interna	1	0,4%
manca il dato	8	3,4%
Totale	235	

Sono le lesioni personali, insieme a minacce, percosse e rapine a comparire prevalentemente negli invii. In perfetta sinergia con la sensibilizzazione promossa dal *Centro*, l'autorità inviante privilegia ancora una volta, dunque, quelle tipologie di reati in cui è la dimensione relazionale ad assumere un ruolo preminente. L'elevato numero di concorsi nel reato conferma, inoltre, che la delittuosità legata a questa fascia d'età è agita, pressoché nella metà dei casi, in gruppo, e che la mediazione è uno strumento efficace per accogliere le dinamiche intersoggettive complesse, dove la vittima può subire situazioni di dominio e di squilibrio di potere.

Tabella 6 – Tipologia di reati

Reati		dimensione relazionale	Aggravanti	
art. 582 cp - lesioni personali	87		art. 110 cp - concorso	134
art. 612 cp - minacce	62	art. 585 cp - aggravanti	42	
art. 581 cp - percosse	35	art. 81 cp - continuato	37	
art. 628 cp - rapina	24	art. 61 cp - aggravanti	35	
art. 595 cp - diffamazione	20	art. 625 cp - aggravanti	19	
art. 624 cp - furto	13	art. 56 cp - aggravanti	10	
art. 594 cp - ingiuria	12	art. 609 cp - aggravanti (vittima minore)	4	
art. 635 cp - danneggiamento	10	art. 339 cp - aggravanti	1	
art. 610 cp - violenza privata	5			
art. 639 cp - danneggiamento e imbrattamento	5			
art. 660 cp - molestia o disturbo	4			
art. 600 ter - pornografia minorile	3			

47,7%

Per quanto concerne la durata delle mediazioni, i dati da noi raccolti evidenziano come la loro vita, dall'arrivo della segnalazione all'invio dell'esito finale all'autorità segnalante è, nel 41% dei casi, entro i tre mesi, nel 49% non superiore ai nove. Anche per commentare questo dato è necessario ricorrere alla parola "cura". Possono esserci, infatti, dei momenti di "pausa" e di riflessione tra le diverse fasi del percorso, un oscillare del pendolo, soprattutto da parte delle vittime rispetto alla decisione se aderire o meno all'opportunità che viene offerta. Questo punto di vista, che nasce dall'interno delle pratiche di mediazione, è talvolta in conflitto con le aspettative e le esigenze dell'autorità inviante. In realtà, quest'attesa, che può dilatare la durata del cammino, non è mai vissuta, almeno dagli esperti di Giustizia riparativa, come un silenzio inutile ma, al contrario, come un intervallo necessario, prima di accettare l'incontro con l'altro, a maturare decisioni che possono avere delle ricadute esistenziali determinanti per elaborare traumi inferti o subiti. Tutto ciò spiega, a maggior ragione, il dato riguardante le mediazioni la cui durata raggiunge anche i dodici mesi (5%).

Tabella 7 – Durata media di gestione dei fascicoli

Durata della mediazione	Frequenza	Percentuale
fino a 3 mesi	98	41,7
fino a 6 mesi	93	39,6
fino a 9 mesi	22	9,4
fino a 1 anno	12	5,1
più di 1 anno	4	1,7
in corso	4	1,7
manca il dato	2	0,9
Totale	235	

È importante approfondire quest'ultima analisi anche in riferimento all'esito finale delle mediazioni.

Tabella 8 – Esiti delle mediazioni

Esito della mediazione	Frequenza	Percentuale
positivo	93	39,6
incerto	5	2,1
non eff. per mancato consenso delle parti	95	40,4
non eff. per impossibilità	28	11,9
non eff. per valutazione	10	4,3
In corso	4	1,7
Totale	235	

Iniziamo col dire che, in linea con quanto avviene in altri Paesi, nel 40% dei casi non si arriva all'incontro di mediazione diretta, perché una delle parti – quasi sempre la vittima – non è disponibile a dialogare. Tale percentuale non significa – come vedremo tra poco – che le vittime vengono lasciate a loro stesse, ai loro fantasmi, alle loro angosce, ai loro rancori. Il dato confortante, va subito aggiunto, è che nel 42% delle mediazioni avviate si perviene a un esito finale positivo (quasi sempre) o incerto (in una percentuale irrisoria). I *practitioner* della *Restorative Justice* avranno già inteso che anche a Milano dare il proprio consenso, dopo i colloqui preliminari,

all'incontro *vis a vis* conduce sostanzialmente i soggetti coinvolti a concludere positivamente il percorso. In altri termini, l'ostacolo a creare le premesse per un accordo finale risiede in modo preminente nelle paure, quasi insormontabili, a incrociare l'altrui sguardo. Va inoltre osservato che sono i mediatori stessi, nel 4.3% dei casi, a valutare preferibile l'ipotesi, dopo aver ascoltato le parti, di non procedere nell'*iter* della mediazione.

Tabella 9 – Raffronto tra esiti e tempi di gestione

Esito mediazione durata	positivo	incerto	non effettuata per mancato consenso delle parti	non effettuata per impossibilità	non effettuata per valutazione	Totale
fino a 3 mesi	35,7%	4,1%	42,9%	10,2%	7,1%	100,0%
fino a 6 mesi	48,4%	1,1%	37,6%	11,8%	1,1%	100,0%
fino a 9 mesi	40,9%	0,0%	31,8%	27,3%	0,0%	100,0%
fino a 1 anno	16,7%	0,0%	75,0%	8,3%	0,0%	100,0%
più di 1 anno	50,0%	0,0%	50,0%	0,0%	0,0%	100,0%

Sempre dal punto di vista dei mediatori è importante far comprendere che occorrono almeno sei mesi per generare le condizioni favorevoli al raggiungimento di un esito positivo.

Come si diceva poc'anzi, le vittime non sono mai lasciate sole nel loro impegno emotivo di elaborazione dell'accaduto. Questa attenzione la si può rilevare dal fatto che anche quando la mediazione non viene effettuata per il mancato consenso di una delle parti possono trascorrere alcuni mesi prima della definitiva stesura dell'esito: occorrono difatti tre mesi (43%) e spesso sei (37%). In questo arco di tempo l'attività non si limita, dunque, solo a raccogliere l'eventuale consenso, ma si spinge ben oltre. È frequente che le parti accettino di venire al *Centro* per sostenere un colloquio e, pur nella consapevolezza di non voler giungere all'incontro, accolgono la possibilità di un'autoriflessione accompagnata e sostenuta dai mediatori.

È da aggiungere che nel nostro operare quotidiano abbiamo sperimentato la possibilità del coinvolgimento tra rei e "vittime aspecifiche", ossia un incontro fra l'autore di un determinato reato, per esempio una rapina, e la vittima di una diversa rapina. Questa soluzione rende possibili alcune mediazioni che, per le ragioni sopra descritte, non si sarebbero potute effettuare.

Non possiamo non ricordare, infine, che il *Centro* accoglie da tempo casi che coinvolgono minori infra-quattordicenni, con particolare riguardo ai fatti di bullismo che si manifestano a scuola. Pur trattandosi di minori non imputabili, i magistrati della Procura del Tribunale per i Minorenni ritengono opportuno segnalare queste posizioni con l'intento di offrire alle vittime dirette e ai loro familiari, nonché agli autori di tali comportamenti, una possibilità di essere ascoltati, di esprimere i bisogni connessi a tali vicende e di trasformare gli effetti distruttivi in occasioni esperienziali in chiave riparativa. Tali percorsi, tenuto conto della giovanissima età dei minori coinvolti, assumono di fatto al contempo una valenza educativa.

A sostegno di questa attività già nel 2016 è stato firmato un accordo interistituzionale – da poco rinnovato – tra la Procura della Repubblica di Milano presso il Tribunale per i Minorenni e il Comune di Milano, che ha per oggetto la Prevenzione e l'attuazione di pratiche di Giustizia riparativa per le condotte di bullismo e *cyberbullismo*.

### 5.2. *Mediare a scuola*

Nel biennio 2016/2017 il *Centro* è andato caratterizzandosi come una vera e propria risorsa territoriale, portando le competenze e le attività di mediazione “fuori” dalle sue mura, in particolare nelle scuole dove nascono soventi conflitti che possono degenerare nella commissione di un reato. Oltre a garantire continuità al mandato istituzionale di accogliere e gestire casi inviati dall'Autorità giudiziaria minorile, i mediatori hanno quindi svolto interventi di mediazione su conflitti direttamente segnalati dall'istituzione scolastica o dai diretti interessati, con un'inedita attenzione ai fatti di bullismo e *cyberbullismo*, prendendosi cura degli effetti negativi che tali conflitti generano nei contesti di vita sociale e familiare dei ragazzi e promuovendo, per questo tipo di comportamenti, l'adozione di un paradigma riparativo.

Realizzare nelle scuole un'attività di promozione della cultura della mediazione e della riparazione, coinvolgendo attivamente sia i giovani sia gli adulti (genitori e insegnanti) ha significato accogliere e intervenire, in chiave preventiva, sulle potenziali situazioni di conflitto prima che esso degeneri in fatti delittuosi. Si è trattato di valorizzare le competenze esistenti, ma anche facilitare lo sviluppo e l'acquisizione di nuove competenze, in grado di aiutare i giovani a gestire meglio i propri conflitti e gli adulti (genitori e insegnanti) a promuovere modelli consensuali e responsabilizzanti di intervento, non soltanto focalizzati sulla punizione, ma capaci di includere positivamente le vittime.

Tutto ciò è stato reso possibile tramite l'attivazione di sportelli di mediazione a oggi presenti in ormai diciannove scuole del Comune di Milano, come previsto dalla progettazione e gestiti da educatrici delle cooperative partner del progetto.

Nel biennio di riferimento sono pervenute 17 segnalazioni che si sono tradotte in 14 mediazioni con il coinvolgimento di 51 tra studenti e insegnanti. I conflitti affrontati riguardano diverse tipologie che rimandano per lo più alla dimensione del dominio a livello corporeo (minacce, offese, bullismo, *cyberbullismo*...). A queste esperienze di Giustizia riparativa si sono affiancati 7 percorsi rivolti a gruppi classe, la cui caratteristica comune era l'elevata presenza di una diffusa conflittualità tra pari e/o con il corpo docente. Queste pratiche hanno coinvolto in totale ben 155 persone.

Tabella 10 – Scuole: coinvolgimento

Scuole coinvolte	2016	2017	Totali
Scuole secondaria di primo grado	2	4	6
Scuola secondaria di secondo grado	5	5	10
Altro	0	1	1

  

Coivolgimento	2016	2017	Totali
n. scuole/segnalazioni	7	10	17
n. mediazioni	6	8	14
n. persone coinvolte nelle mediazioni	23	28	51
n. percorsi classe	2	5	7
n. persone coinvolte nei percorsi classe	48	107	155

Tabella 11 – Scuole: esiti e tipologia segnalazioni

Coivolgimento	2016	2017	Totali
n. mediazioni	6	8	14

  

Esito	2016	2017	Totali
Positivo	4	8	12
Negativo	0	0	0
Non fattibilità	2	0	2

  

Tipologia di azione	2016	2017	Totali
Bullismo	0	1	1
Lite (minacce, offese, ...)	2	3	5
Cyber bullismo	0	1	1
Conflitto prof / alunni	0	2	2
Furto	1	0	1
Relazioni di genere	0	0	0
Aggressione	3	1	4

Per ciò che concerne gli esiti di questi cammini, si può evidenziare l'ottima efficacia delle azioni proposte, in quanto nella quasi totalità risultano positivi.

Relativamente all'attività fin qui descritta è interessante sottolineare che nel primo trimestre del 2018 si è verificato un decisivo incremento relativamente ai numeri delle segnalazioni e, di conseguenza, delle mediazioni, che hanno già oltrepassato la totalità raggiunta nei singoli anni precedenti.

È ancora presto per parlare di cultura della Giustizia riparativa nelle scuole milanesi, ma questi dati iniziano a essere incoraggianti.

Tabella 12 – Scuole: raffronto primo trimestre 2018

Scuole coinvolte	2016	2017	Totali	1° TRIM 2018	Coinvolgimento				
					2016	2017	Totali	1° TRIM 2018	
Scuole secondaria di primo grado	2	4	6	4	n. scuole/segnalazioni	7	10	17	8
Scuola secondaria di secondo grado	5	5	10	4	n. mediazioni	6	8	14	9
Altro	0	1	1	0	n. persone coinvolte nelle mediazioni	23	28	51	21
					n. percorsi classe	2	5	7	1
					n. persone coinvolte nei percorsi classe	48	107	155	28

### 5.3. Riparare dopo aver mediato

Un terzo obiettivo messo a fuoco durante il biennio 2016/2017 è stato quello di potenziare la dimensione educativa degli interventi di riparazione che nascono dall'esito positivo di un incontro di mediazione fra reo e vittima.

Realizzabile tramite azioni positive, infatti, la riparazione ha una valenza profonda e, soprattutto, uno spessore etico che la rende ben più complessa del mero risarcimento. L'azione riparativa è da intendersi non già in una prospettiva compensatoria e di indennizzo, ma come un'attivazione che assume l'irreparabilità intrinseca di ogni gesto di ingiustizia (di per sé ineliminabile) e rilancia, al contempo, la possibilità di progettare un agire responsabile per il futuro. Attraverso i programmi di giustizia riparativa non si ripara dunque il danno, ma si progettano (preferibilmente in spazi nuovamente aperti alla relazione diretta fra le parti) azioni consapevoli e responsabili verso l'altro, che possano ridare significato, laddove possibile, ai legami fiduciari fra le persone.

Nell'esperienza costruita nel corso di due decenni di pratiche questo tipo di riparazione, che definiamo "simbolica", si è concretizzata, per esempio, nei seguenti modi: a) scuse; b) gesti di riconciliazione; c) proposte di condivisione di tempi e spazi (cena, concerto ecc.); d) definizione condivisa di regole di rispetto per la successiva convivenza; e) rendere visibile alla comunità di appartenenza l'avvenuta riconciliazione fra vittima e reo: farsi rivedere insieme, fare qualcosa insieme.

Come dicevamo, negli anni 2016-2017 è stata potenziata la dimensione educativa della riparazione grazie alle diverse e specifiche professionalità presenti nella co-progettazione (mediatori ed educatori). Ciò ha consentito di attivare concretamente sul territorio i ragazzi, interessando talvolta anche i rappresentanti della comunità lesa dal reato, come per esempio gruppi informali di cittadini dei quartieri in cui sono state perpetrate le offese. In queste circostanze, la comunità non solo beneficia dell'attività di riparazione ma diviene parte attiva nel percorso di reintegrazione del reo e nella diffusione della cultura della giustizia riparativa.

Ci limitiamo qui a condividere alcuni degli esempi più indicativi di alcuni dei percorsi svolti:

- progettazione, insieme all'educatrice di riferimento, di un volantino sul tema della violenza sulle donne e condivisione dello stesso con la responsabile della "Libreria delle Donne" e affissione del medesimo nel negozio;
- aiuto nell'allestimento di giochi in strada per i bambini del quartiere;
- cura del verde dei giardini intitolati a Lea Garofalo;
- assistenza all'allenamento di una squadra di rugby composta da persone disabili;
- attività di volontariato per la manutenzione delle biciclette del deposito BikeMI.

#### 5.4. Conference-group

Il carattere polifunzionale del "Centro" si è distinto anche per la capacità di predisporre variegati strumenti afferenti al paradigma riparativo, innovativi almeno nel panorama nazionale, quali le esperienze di *conference group*.

Notoriamente, il *Community/Family Group Conferencing* (FGC, "dialogo esteso ai gruppi parentali") è una forma di mediazione "allargata" in cui tutti i soggetti che sono stati coinvolti dalla commissione di un reato – il reo e la vittima, *in primis*, ma anche i familiari delle parti in conflitto e alcuni componenti fondamentali (*key-supporters*) delle rispettive comunità di appartenenza

– decidono collettivamente come gestire la soluzione del conflitto. L'ordine dei colloqui e la discussione sul fatto di reato e sulle modalità per la riparazione del danno sono rispettivamente decisi e guidati da un mediatore (*facilitator*).

Rispetto a questo modello in uso nelle prassi giuridiche di altri Paesi, a Milano abbiamo sperimentato una formula più indiretta, nel senso che a incontrarsi sono stati soggetti non direttamente coinvolti da fatti di reato. In altre parole, di fronte ai rei compaiono vittime aspecifiche accanto a rappresentanti delle comunità e dei territori di appartenenza e, nel caso del *group conference* svolto all'IPM Cesare Beccaria, anche alcuni operatori penitenziari.

Coerentemente a questi presupposti, il "Centro" ha operato: a) nell'IPM Beccaria di Milano per avviare nel corso dell'esecuzione penale interna una specifica riflessione sui significati del riparare e sugli strumenti della Giustizia Riparativa. Tale percorso è stato realizzato in forma di laboratorio e preceduto da un'ampia attività di raccordo e condivisione degli obiettivi dell'intervento con gli operatori penitenziari e con gli educatori del Comune. Questo percorso, durato 18 incontri di tre ore ciascuno, ha visto coinvolti dieci ragazzi detenuti, venti studenti delle scuole in rete con il progetto e dieci operatori penitenziari; b) in sinergia e in stretta collaborazione con gli educatori del Servizio Educativo Adolescenti<sup>23</sup> allestendo 12 incontri, coinvolgendo in totale 8 denunciati a piede libero e 15 studenti delle scuole superiori del territorio milanese in rete con il progetto; c) all'interno del progetto "Ticoska – Liberi di Partecipare", con l'azione "Movida per tutti" si è inteso, invece, realizzare percorsi di partecipazione orientati a costruire occasioni di dialogo tra cittadini, commercianti, Polizia locale, *city user* e residenti in relazione al tema della sicurezza, dell'utilizzo e della cura degli spazi, della quiete pubblica e della convivenza nel quartiere. Lo strumento del *group conference* ha previsto, in questo caso, la costituzione di un gruppo di 10 giovani autori di reato e, parallelamente, la composizione di un gruppo di 10 tra commercianti e cittadini residenti nel quartiere Ticinese, coinvolti in un comune percorso di riflessione sul tema della responsabilità, della sicurezza e della riparazione. Il tutto in co-progettazione tra l'allora Area Sicurezza e Coesione Sociale e l'Area Servizi Scolastici ed Educativi del Comune di Milano.

### 5.5. Monitoraggio e interviste

Ai fini di un lavoro di ricerca in termini valutativi circa i percorsi di mediazione effettuati al "Centro", è stata svolta anche un'attività di

<sup>23</sup> Di cui il Centro per la Giustizia Riparativa e la Mediazione Penale costituisce una parte. Cfr. nota 21.

monitoraggio volta a ottenere informazioni non soltanto dal punto di vista quantitativo e statistico, ma anche a entrare nel merito della qualità delle mediazioni svolte da parte del “Centro”. Sto parlando delle interviste effettuate a distanza di alcuni mesi dalla mediazione dirette a conoscere il gradimento di coloro che erano stati direttamente coinvolti nel caso.

Tale restituzione è risultata significativa a) per consentire alle parti di descriversi, a percorso terminato, e per poter guardare da lontano e con uno sguardo scevro da emozioni e sentimenti sociali il percorso che in precedenza li aveva coinvolti in prima persona; b) per comprendere come implementare le pratiche di mediazione attuate dal “Centro” e conoscere quali siano stati i punti di forza e di debolezza dell’intervento di mediazione effettuato attraverso un riscontro che solo chi è stato direttamente coinvolto può fornire.

A essere contattati sono stati rei e vittime, la cui mediazione si era conclusa da almeno sei mesi. L’invito di tornare al “Centro” veniva rivolto accompagnato dalla richiesta di prendere parte a un’intervista, dalla garanzia dell’anonimato e dalla promessa di non ri-tornare, neppure indirettamente, sui contenuti dell’incontro effettuato. A svolgere l’intervista – sempre registrata – è stato infatti un/a operatore/trice della Giustizia Riparativa diverso/a da quella direttamente coinvolta nel caso.

Il primo proposito è stato quello di creare con l’intervistato/a un clima piacevole, in cui la persona potesse sentirsi a proprio agio. Questa modalità è stata messa in atto attraverso l’utilizzo delle carte *Dixit*, un gioco nato nel 2002 da un’idea di uno psichiatra infantile, Jean-Louis Roubira, specializzato nella relazione madre-bambino. La visione di immagini di diverso genere e di molteplice interpretazione ha favorito l’ingresso nel vivo del colloquio, coinvolgendo la persona attraverso il richiamo alle emozioni e alle proprie concezioni della vita e delle relazioni interpersonali.

Questo coinvolgimento iniziale e le domande successive hanno avuto lo scopo di riorganizzare e risollecitare ciò che era emerso durante la mediazione, attraverso una dimensione proiettiva che ha lavorato sull’aspetto metaforico della scelta della carta. Tale passaggio si è rivelato essere molto efficace per chi aveva sperimentato in prima persona il vortice che è seguito alla commissione del reato o, viceversa, ai fantasmi che avevano accompagnato l’esperienza di vittimizzazione: ovvero sia per chi ha dato il proprio consenso a (ri)mettersi in gioco e desidera, ora, volgere uno sguardo al futuro. L’ultima domanda rivolta agli intervistati conteneva, infatti, questo interrogativo: «Come si immagina nel suo futuro?»

In totale, nel biennio, sono state effettuate dieci interviste (a quattro rei e a sei vittime) della durata di 90 minuti ciascuna. Sto parlando, dunque, di

un monitoraggio sperimentale che sta progredendo lentamente, considerata anche la mole enorme di lavoro che richiede ogni percorso.

Tutti gli operatori del “Centro” sono coinvolti per elaborare una metodologia di tipo qualitativo in grado di dare una lettura argomentata ai testi già sbobinati che, *prima facie*, offrono moltissimi spunti interessanti. La previsione è di continuare a utilizzare questo strumento per poter effettuare, negli anni a venire, una valutazione più completa e strutturata.

### 5.6. Sensibilizzazione

Numerosissime sono state le attività di sensibilizzazione che il “Centro” ha svolto in tema di Giustizia Riparativa, sia attraverso *focus group* che incontri diretti con numerose tipologie di interlocutori, decisivi per l’implementazione del progetto.

Tabella 13 – Sensibilizzazione

Sensibilizzazione	2016	2017	Tipologia delle Persone coinvolte	2016	2017
n. incontri	6	6	Mediatori	29	27
Persone coinvolte	133	330	Magistrati	35	10
			Operatori dei servizi sociali/educatori	70	20
Focus Group	2016	2017	Polizia giudiziaria	0	20
			Insegnanti/studenti/genitori	0	169
			Studenti	12	94
			Volontari di associazioni	0	8
n. incontri	1	11	Altro	1	12
Persone coinvolte	14	30	Totale	147	360

## 6. Conclusioni

In Italia, e Milano è certamente all’avanguardia sotto questo punto di vista, la *Restorative Justice* ha acquisito, ormai da tempo, piena cittadinanza nel dibattito scientifico, mentre è nella realtà normativa che ora deve potersi esprimere a pieno titolo per riuscire, prima di ogni altra istanza, a incidere in modo effettivo sulla concretezza del nostro sistema penale. Esiste, infatti, un buon impianto teorico sul tema, esistono significativi e virtuosi esempi operativi in varie regioni italiane, che meritano di essere tenuti in conto e valorizzati. Ma ora occorre che il legislatore intervenga in modo organico affinché queste pratiche siano diffuse e rese accessibili – come raccomandano i più importanti documenti internazionali in materia – in ogni area del Paese, coinvolgendo minori e adulti.



Gabrio Forti\*

*Diversioni pensose dallo “sparo” della punitività (post)moderna*

1. *Perdita del paesaggio, horror pleni*

Uno dei segni più distintivi dell'avvento della modernità può senz'altro considerarsi il cambiamento della percezione degli spostamenti nello spazio provocato dalla ferrovia: l'imposizione di quel tratto netto e imperioso che alla metà dell'Ottocento cominciava a solcare il paesaggio, le menti, la vita.

«Se la ferrovia fa pensare a un proiettile, il viaggio in treno viene vissuto come uno sparo attraverso il paesaggio, mentre la vista e l'udito vengono meno. [...] Dunque binari, trincee, gallerie, si presentano come la canna di un fucile dalla quale schizza fuori il proiettile ferroviario. Il viaggiatore che siede in questo proiettile cessa di essere un viaggiatore e, come dice un topos del secolo, diventa un pacco»<sup>1</sup>.

La ferrovia iniziava così a produrre l'effetto di una «perdita del paesaggio», degli oggetti, delle cose, nei loro contorni e nella loro molteplicità: «poco importa se avete occhi per vedere o siete ciechi oppure dormite, se siete intelligenti o cretini; quello che, nel migliore dei casi, potete apprendere sul paese che state attraversando, è la sua configurazione geologica e la sua superficie in generale»<sup>2</sup>. Si può dire che venisse meno la «intensità del viaggio»<sup>3</sup>, ossia quella «serie ininterrotta di impressioni che mostrano con quale intensità viene vissuto lo spazio attraversato».

I cambiamenti prodotti dalle strade errate sulle mentalità e gli “sguardi”, rappresentano forse un'anticipazione eloquente delle (forse ancora più profonde) mutazioni percettive e antropologiche indotte dalla navigazione

---

\* Insegna Diritto penale e Criminologia, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano. Direttore dell'Alta Scuola “Federico Stella” sulla Giustizia Penale (ASGP) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

<sup>1</sup> Cfr. W. SCHIVELBUSCH, *Geschichte der Eisenbahnreise*, trad. it., *Storia dei viaggi in ferrovia*, Einaudi, Torino, 1988, p. 57.

<sup>2</sup> J. RUSKIN, *The Complete Works*, a cura di E. T. COOK, A. WEDDERBURN, London, 1903 ss., vol. XXXVI, p. 62, come cit. in W. SCHIVELBUSCH, *Storia dei viaggi in ferrovia*, cit., p. 56.

<sup>3</sup> W. SCHIVELBUSCH, *Storia dei viaggi in ferrovia*, cit., p. 56.

in rete e dal comodo<sup>4</sup> *e-commerce* (oltre che dall'utilizzo in sé delle tecnologie): oggi vediamo avanzare ulteriormente l'annullamento dello spazio e del tempo, la deindividualizzazione dei luoghi, percepiti e vissuti come semplici «momenti del traffico che li rende accessibili»; un traffico che peraltro era (e ancora più oggi è) «la manifestazione fisica della circolazione delle merci», sicché «i luoghi che il viaggiatore [leggi: il navigatore della rete] visita diventano sempre più simili alle merci che sono parte della stessa circolazione»<sup>5</sup>.

Che “quei” problemi della modernità, con qualche variante, appartengono “anche” all'oggi, basterebbe a segnalarlo la lucida diagnosi sull'*horror pleni*<sup>6</sup> del nostro tempo («ipertrofia segnica», «inquinamento immaginifico»), la constatazione dell'«intervallo perduto» e della «mancanza di pausa nelle odierne manifestazioni dell'uomo», con l'effetto di una «scarsa pazienza», dovuta alla mancanza di un «tempo libero». Anche questa riflessione rinvia alla mutazione antropologica indotta dai mezzi di trasporto (la stessa rete può considerarsi un mezzo di trasporto...), visto che

«l'eccesso di immagini, di oggetti, di rumori e di suoni, del resto, si riverbera sull'incalzare del tempo. La smania, spesso inutile o superflua, di usare mezzi di trasporto velocissimi, rientra in questa abolizione di ogni intervallo – in questo caso temporale anziché spaziale»<sup>7</sup>.

Si constata dunque «la perdita dell'intervallo» e l'esigenza che, per affermare la propria autonoma individualità, ognuno abbia bisogno di ristabilire «tra sé e il prossimo, tra la propria epoca e quella successiva» una «pausa», un «*between*, senza il quale l'Umanità rischia di precipitare nell'orrore di un “pieno” non più frammentabile e dominabile, e di divenire totalmente succube del “troppo pieno” e dell'eccessivo “rumore”»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Sull'indebolimento delle spinte all'innovazione prodotto anche dalle “comodità” tecnologiche, v. T. COWEN, *La classe compiaciuta. Come abbiamo smesso di innovare e perché ce ne pentiremo*, Luiss U.P., Roma, 2018: rispetto al «mondo fisico» – che «oggi non conta di meno ma ne neghiamo il potere e la rilevanza» – «ci sentiamo molto più a nostro agio con il mondo dell'informazione, che è più statico, può essere controllato con la punta delle dita e può essere adattato alla nostra velocità».

<sup>5</sup> W. SCHIVELBUSCH, *Storia dei viaggi in ferrovia*, cit., p. 209.

<sup>6</sup> G. DORFLES, *Horror pleni. La (in) civiltà del rumore*, Castelvevchi, Milano, pp. 17 ss.

<sup>7</sup> *Ibi*, p. 21.

<sup>8</sup> *Ibi*, p. 24.

## 2. *L'impero dell'attualità*

Si tratta di considerazioni tutt'altro che irrilevanti per il campo della giustizia (e in particolare della giustizia penale).

C'è da chiedersi infatti quanto influisca sul sistema giuridico – e specialmente sul delicato rapporto “di sistema” tra norme e sanzioni – la potenziata tendenza all'erosione dello «spazio intermedio», come accade nel viaggio moderno (così come nel *web surfing*), visto che questo «non conosce che un punto di partenza e uno di arrivo»; quello spazio che le sue linee rette «attraversano sprezzanti e che degnano soltanto di un inutile sguardo» e a cui «nulla le lega»<sup>9</sup>.

Basti solo considerare il senso che assume nel linguaggio dei penalisti il termine *diversion*, ossia quell'insieme di pratiche che s'inquadrano in

«un sistema di intervento correzionale mediante procedimenti extragiudiziali, così da evitare l'inserimento, ritenuto stigmatizzante ed emarginante, nel circuito penale: si tratta in sostanza della rinuncia dell'intervento della giustizia penale in favore di programmi di trattamento guidati da organizzazioni indipendenti dal sistema giudiziario»<sup>10</sup>.

L'espressione suggerisce l'idea che la “linea” diritta e “normale” che ha come «punto di partenza» il crimine, “debba” condurre al «punto di arrivo» della condanna penale e specificamente alla sanzione detentiva, rispetto alla quale ogni alternativa costituisca una deviazione, un diversivo, una “divagazione”.

Del resto, quando nella modernità ci si trova di fronte a un percorso lineare e prestabilito, esso tende inesorabilmente a esercitare una sorta di risucchio verso il “punto finale”, una sollecitazione ad arrivare alla meta lasciandosi “al più presto” alle spalle i passaggi intermedi. Ogni “diversione” rispetto a un tale tracciato tende non solo a caricarsi di un alone di anormalità, per non dire bizzarria, ma anche a presentarsi come una perdita di tempo: un ritardo che genera ansia rispetto al fine del “raggiungimento” e del compimento. Forse, il bilancio assai poco soddisfacente delle esperienze di *diversion* e *probation* in senso stretto<sup>11</sup>, nonché, soprattutto, le attuali tendenze a limitarne l'applicazione con un inquietante ritorno

<sup>9</sup> W. SCHIVELBUSCH, *Storia dei viaggi in ferrovia*, cit., p. 40, che qui cita da C. DUNOYER, *Esprit et méthodes comparés de l'Angleterre et de la France dans les entreprises de travaux publics et en particulier des chemins de fer*, Paris, 1840, p. 104.

<sup>10</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Cortina, Milano, 2008<sup>5</sup>, pp. 456 ss.; T. BANDINI e altri, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, I, Giuffrè, Milano, 2003<sup>2</sup>, pp. 397 ss.

<sup>11</sup> M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 295 ss.

in auge di strumenti prevalentemente contenitivi e punitivi<sup>12</sup>, è almeno in parte spiegabile con la forza che ancora esercita l'onda d'urto della modernità, con le sue brutali logiche "lineari" e la sua ansia di lasciarsi ferreamente alle spalle ciò che è stato.

Caratteristica della prospettiva moderna è del resto quella che è stata detta la «temporalizzazione» della «diversità (tutta la diversità creata dall'uomo, inclusa quella etica)»; in essa il tempo assume «il significato di una gerarchia», nel senso che "successivo" equivale a «"migliore", e "ingiusto" a "sorpasato", o a "non ancora perfettamente sviluppato"», con l'effetto di «assegnare i fenomeni disapprovati al passato», secondo la «diffusa abitudine "cronopolitica"» del moderno che consiste nel

«proiettare in avanti nel tempo la differenziazione contemporanea, così da poter definire le alternative culturali come "allocroniche", cioè come appartenenti a un'altra epoca, e sopravvissute fino al tempo presente fingendo di essere altro da ciò che effettivamente sono, reliquie condannate all'estinzione»<sup>13</sup>.

Benché un'epoca come la nostra, dominata dall'«impero dell'attualità»<sup>14</sup>, sembrerebbe fuoriuscita dai recinti di una modernità «proiettata in avanti nel tempo», in realtà a questo dominio essa ha introdotto solo una variante, per quanto cruciale:

«l'attualità è intesa ora come "anticipazione del futuro" sempre immediato. Essere informato sull'attualità significa sapere ciò che è già arrivato, come se il futuro ci stesse venendo incontro. Il futuro è la potenza e l'adesso, è la progressiva attualizzazione di tale potenza. Ed eccoci qui ridotti a servi – per non dire schiavi – dell'attualizzazione del futuro»<sup>15</sup>.

### 3. *La punitività*

Una nozione molto coltivata e frequentata dal dibattito criminologico e politico-criminale contemporaneo<sup>16</sup>, che sembrerebbe fortemente coinvolta

<sup>12</sup> BANDINI *et al.*, *Criminologia*, cit., pp. 403 ss.

<sup>13</sup> Z. BAUMAN, *Postmodern Ethics* (1993), trad. it., *Le sfide dell'etica*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 44-45.

<sup>14</sup> M. ESQUIROL, *La resistenza intima. Saggio su una filosofia della prossimità*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, pp. 109 ss.

<sup>15</sup> *Ibi*, p. 110.

<sup>16</sup> Si veda, tra i molti testi dedicati al tema, J. PRATT *et al.* (eds), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Portland, Ore., 2005.

dalle considerazioni precedenti, è quella della “punitività” (*punitiveness*). Il termine, lo si riconosce, non è bellissimo né particolarmente preciso<sup>17</sup>, ma presenta significative parentele con concetti familiari alla sensibilità del penalista e tali da stimolarne una robusta vigilanza critica (vendetta, rivalsa, retribuzione, ecc.). Esso esprime il complessivo atteggiamento, – sociale, istituzionale, gruppal – che induce, rispetto ai più vari problemi e crisi in cui ci si imbatte, a reagire istintivamente con una risposta «accusatoria» verso “qualcuno”, contro cui si indirizzi il «dito indice», «assetato di biasimo»<sup>18</sup>: un dito (come ebbe a dire in un discorso memorabile lo scrittore russo, premio Nobel per la letteratura, Iosif Brodskij), che spesso «oscilla» tanto più «selvaggiamente» quanto è (o anzi è stata «in partenza») minore «la determinazione a cambiare qualcosa».

Quel «dito indice» svolge, certo, una funzione indispensabile per ogni gruppo sociale ove sfoderato nella misura e al momento giusti, come ben ricordava Hanna Arendt che, di fronte a una diffusa tendenza a svuotare la colpa, apprezzava la perdurante esistenza dell’istituzione penale:

«dove è impossibile sfuggire alle proprie responsabilità, dove ogni giustificazione di carattere astratto e generico – dallo *Zeigeist* al complesso d’Edipo – crolla, ove non vengono giudicati sistemi, tendenze o peccati originali, ma persone in carne e ossa, come voi e me, che hanno commesso atti perfettamente umani, ma hanno violato quelle leggi che noi tutti riteniamo essenziali per l’integrità della nostra comune umanità, essendo convocati per questo in tribunale»<sup>19</sup>.

Ma si tratta, appunto, di saper scegliere sapientemente il tempo e lo spazio nel quale mettere in campo un tale gesto accusatorio che, come descrive (prima ancora di prescrivere) la nostra Costituzione (art. 27, commi primo e terzo), tende a investire la persona nella sua interezza, già solo nell’atto di sancirne il bisogno di rieducazione.

Sennonché lo «sparo attraverso il paesaggio» della modernità – non meno della nostra attuale «sciocca arrendevolezza» e della «cessione continua di sovranità personale»<sup>20</sup> al mezzo digitale che ne deriva – non può che favorire l’alterazione del delicato equilibrio tra pretesa di adeguamento alle norme e reazione sanzionatoria per la delusione di una aspettativa di

<sup>17</sup> M. TONRY, *Determinants of Penal Policies*, in «Crime & Just.» 36, 1 (2007), p. 7 <[http://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/497](http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/497)> (ultimo accesso: 21/01/2019).

<sup>18</sup> I. BRODSKIJ, *Profilo di Clío*, Adelphi, Milano, 2003, pp. 91 s.

<sup>19</sup> H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 18 s.

<sup>20</sup> N. ZAMPERINI, *Manuale di disobbedienza digitale*, Castelvecchi, Roma, 2018.

conformità, a tutto vantaggio di tale reazione<sup>21</sup>. Ciò almeno se ci si sbarazzi di quell'«importante schiera di attributi delimitativi della sofferenza e della violenza» che hanno a lungo permesso di contenere le spinte repressive<sup>22</sup> generate dalla faustiana<sup>23</sup> smania di progresso.

È appunto l'accelerazione impaziente del (post?)“moderno”, sprezzante degli «spazi intermedi», che rischia sempre più di far saltare il punto di equilibrio tra il momento della regolazione e quello della risposta “punitiva”. Norma e sanzione, pur accoppiate nell'ordinamento giuridico, si inseguono infatti in ben diverse temporalità. La prima (e in campo penale ne è la manifestazione più rappresentativa la c.d. «fattispecie incriminatrice») cerca (o dovrebbe cercare), con tutta la pazienza necessaria, di assorbire una piccola narrazione “di vita”, una «storia con la sua trama, con il suo tratto figurativo continuo, analogico, compiuto»<sup>24</sup>; per quanto infatti sia caratteristica intrinseca della fattispecie produrre e mantenere una modellizzazione della realtà, questa vi si attegga in modo ben più elastico e flessibile e, quindi, più attento all'evoluzione (alla “maturazione”<sup>25</sup>) delle situazioni – grazie anche all'arsenale degli adattativi strumenti ermeneutici – di quanto mai potrà esserlo la rigidità della seconda: ossia di una sanzione comminata e poi inflitta per la violazione del precetto, la cui “reattività” negativa, con le relative potenzialità di sbrigativo automatismo, non può

<sup>21</sup> Ci soffermiamo ampiamente su una tale «eccedenza sanzionatoria» in G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018.

<sup>22</sup> Si veda S. HALLSWORTH, *Modernity and the punitive*, in *The new punitiveness*, cit., pp. 253 s.

<sup>23</sup> L. MITTNER, *Storia della letteratura tedesca. Dal Pietismo al Romanticismo (1700-1820)*, Einaudi, Torino, 1964, p. 543, dove si ricorda che il personaggio di Faust (nell'omonima tragedia di J.W. Goethe, figura simbolo della modernità), subito prima di concludere il faticoso patto col diavolo, «maledice le tre virtù teologali ed infine maledice – empietà ben più grave – la fondamentale virtù religiosa del Settecento, la pazienza»

<sup>24</sup> M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 17: «ad esempio, nel caso del furto *ex art.* 624 c.p., la stona di chi “si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene al fine di realizzare un profitto per sé o per altri”. Attraverso la sua narrativa, la fattispecie è capace di generare l'immagine di un fatto. Questo “fatto” ha una fisionomia d'insieme, è un tipo. È uno schema di condotta significativo nel suo complesso e non per la somma delle sue parti. È il risultato di una visione globale, che non deriva dalla somma aritmetica delle singole parole con cui viene descritto».

<sup>25</sup> Si richiama qui la coppia di concetti posti a confronto da F. JULLIEN, *Essere o vivere. Il pensiero occidentale e il pensiero cinese in venti contrasti*, Feltrinelli, Milano, 2016: cap. 11 Maturazione (*vs* Modellizzazione): «Fino a che non si saprà conciliare strategicamente la produzione di un modello (che promuove un ideale) e il cammino processuale dell'effettivo, la Storia non potrà che procedere a tentoni, perché priva di conduzione, oppure a sbalzi, di delusione in delusione, perché il suo corso ignora la regolazione e si trova forzato troppo violentemente».

che risultare supremamente attraente per l’«impero dell’attualità», per l’età dell’impazienza e del risentimento.

Come si osservava di recente,

«di fronte a un ingiustificato allarmismo per talune condotte devianti, non ci si preoccupa di rassicurare fornendo i dati reali del fenomeno: si ha infatti il timore di deludere la collettività che potrebbe sentirsi non capita e voltare elettoralmente le spalle. Tanto meno ci si preoccupa di rimuovere o contenere le cause di tali condotte, approccio molto impegnativo che “darebbe risultati nel medio-lungo periodo” e quindi non spendibili nel mercato del consenso. Ci si preoccupa solo di esibire una muscolarità sanzionatoria, che ovviamente non risolve alcun problema, ma ha il vantaggio di non costare nulla e di ostentare sollecita attenzione per le preoccupazioni dei cittadini-elettori»<sup>26</sup>.

Se il concetto di “punitività” richiama quell’insieme di «atteggiamenti, provvedimenti, motivazioni, pratiche e modi di pensare che, presi nel loro insieme, esprimono un’accentuata intolleranza verso la devianza e i devianti e un particolare sostegno per politiche più dure e pene più severe»<sup>27</sup>, esso può venire assunto anche come cartina di tornasole di uno sbilanciamento del delicato equilibrio che dovrebbe governare il rapporto tra norma e sanzione nell’insieme del sistema giuridico (e specificamente in quello penale).

Peraltro, sebbene il compito meriti di essere intrapreso – specie, come è stato fatto, per comparare il livello di “punitività” rilevabile in vari Paesi<sup>28</sup> – non è agevole individuarne indicatori o fattori di rischio attendibili<sup>29</sup>, trattandosi di un’entità più radicata nelle psicologie collettive che in dati empirici oggettivi, anche se questi ultimi (ad es. i tassi di carcerazione, peraltro di per sé suscettibili di letture e integrazioni con altri dati assai diverse<sup>30</sup>) sono prima o poi destinati a subirne le influenze. Si è ad esempio rilevato come fattori

<sup>26</sup> G. GIOSTRA, *Per la democrazia peggio delle false notizie ci sono le false verità*, in «Corriere della Sera-La Lettura», 30 settembre 2018, p. 11. Corsivi nostri.

<sup>27</sup> M. TONRY, *op. cit.*, p. 5: «Among important indicators are the promotion, enactment, and effectuation of harsher policies, whether harsher policies are broadly or narrowly focused, whether and in what ways practices change in response to new policies, and whether harsher policies and practices characterize both the juvenile and adult systems or only one of them».

<sup>28</sup> A. BLUMSTEIN, M. TONRY, A. VAN NESS, *Cross-National Measures of Punitiveness*, in «Crime and Justice», Vol. 33, *Crime and Punishment in Western Countries, 1980-1999*, (2005), pp. 347-376. Sul basso livello di “punitività” rilevato in Italia circa un decennio fa (e comunque sulla base soprattutto della legislazione penale minorile), nonostante gli effetti di “legge e ordine” delle tendenze neoliberali, v. D. NELKEN, *When is a society non-punitive? The Italian case*, in *The New Punitiveness*, *cit.*, pp. 218 ss.

<sup>29</sup> Se ne veda un interessante elenco in M. TONRY, *op. cit.*, p. 14.

<sup>30</sup> M. TONRY, *op. cit.*, pp. 7-12.

solitamente associati alla punitività, quali l'aumento dei tassi di criminalità, la severità della reazione collettiva al crimine, il cinismo di certi politici, le tensioni etniche, i rapidi cambiamenti sociali ed economici, le paure postmoderne e il "populismo penale" non siano di per sé decisivi, in quanto presenti in Paesi con politiche criminali molto diverse e forieri di atteggiamenti "punitivi" solo a seguito del loro combinarsi con altre condizioni<sup>31</sup>.

Interessano semmai, tra i «fattori di rischio» più applicabili alla realtà italiana ed europea (escludendo quindi il rilievo attribuito in altri contesti alla elettività dei giudici e dei pubblici ministeri o alla vigenza della pena di morte): l'invadenza della stampa sensazionalistica<sup>32</sup>, nonché la tendenza a considerare i temi di giustizia penale oggetto di un dibattito "profano" (potremmo dire: "dati in pasto" all'opinione pubblica)<sup>33</sup> o di contesa tra fazioni politiche contrapposte. A questi fattori basati su studi casistici, altri se ne sono individuati tratti da ricerche statistiche che hanno indagato sulla correlazione della punitività con politiche non direttamente associate al crimine e alla pena: diseguaglianze di reddito, debolezza dei sistemi di welfare sociale e bassa percezione di legittimità delle istituzioni statali<sup>34</sup>.

Anche nel modo con cui una società affronta le problematiche dei suoi cittadini più poveri o tratta i richiedenti asilo e i rifugiati si è visto un possibile indicatore di punitività<sup>35</sup>, mentre un suo contenimento è stato correlato a livelli inferiori di diseguaglianza di reddito, sistemi di welfare generosi e alti livelli di fiducia nei concittadini e nello Stato<sup>36</sup>.

#### 4. Uscita dalla "massa" e "sguardo prospettico sulla giustizia"

Da un tale catalogo di fattori potrebbe certamente trarsi un corrispondente elenco di rimedi, nella consapevolezza che la riduzione della punitività

<sup>31</sup> M. TONRY, *op. cit.*, p. 17.

<sup>32</sup> G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2004; E. CALVANESE, *Pena riabilitativa e mass-media. Una relazione controversa*, F. Angeli, Milano, 2004<sup>2</sup>. Si veda più di recente sulla generale questione dello scarto tra realtà e percezione dei dati sulla criminalità, A. CERETTI – R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013, spec. pp. 26 ss.; R. BIANCHETTI, *La paura del crimine*, Giuffrè, Milano, 2018.

<sup>33</sup> *Introduction*, in *The New Punitiveness*, cit., pp. xiv ss.; M. RYAN, *Engaging with punitive attitudes towards crime and punishment. Some strategic lessons from England and Wales*, *ibi*, pp. 139 ss. e spec. pp. 144 ss.: «the rising of the public voice».

<sup>34</sup> M. TONRY, *op. cit.*, pp. 17 s.

<sup>35</sup> *Introduction*, in *The New Punitiveness*, cit., p. XVIII.

<sup>36</sup> M. TONRY, *op. cit.*, pp. 17 s.

non sia certo fine a se stessa, visto che ad essa sembra potersi associare un miglioramento dello sviluppo umano<sup>37</sup>, se non addirittura della felicità<sup>38</sup> di una comunità sociale. Si pensi già solo al ruolo fondamentale che per queste condizioni svolge la fiducia, tema assai caro a Eligio Resta: «conviene aver fiducia nel bene pubblico»<sup>39</sup>.

Più in generale però ci sarebbe da interrogarsi (ma si tratta di un'ipotesi bisognosa di ben altro approfondimento) se, al di là di minuziose analisi esplicative di marca positivista, non giovi a spiegare le derive di punitività – che molti segnali ci dicono in corso di accelerazione, specie nel nostro Paese – soprattutto il dileguarsi dalla nostra vita di quella “pensosità” su cui proprio Eligio Resta, sviluppando le intuizioni di Hans Blumenberg<sup>40</sup>, ha richiamato l'attenzione: di quella capacità di generare «spazi di esitazione e di rielaborazione del sé che hanno favorito l'esperienza di libertà dallo scopo e di “sospensione dell'economia”» e che «indica la consapevolezza di una rinuncia alle soluzioni brevi», lasciando affacciare, «in questo spazio di auto-osservazione», «una libertà dalla schiavitù della funzione»<sup>41</sup>.

Si tratta di una postura che implica anche un'uscita dalla “massa”, da quello che è stato detto il «*gros animal* incapace di pensiero, somatico, corporeo, ottuso»<sup>42</sup>; dove per “massa” ci sentiremmo di intendere “anche”, forse non solo metaforicamente, sia l'«ipertrofia segnica»<sup>43</sup>, la profusione degli oggetti (dei dati, delle informazioni) da cui siamo assediati, sia l'accalcarsi

<sup>37</sup> *Human Development Report 2016. Human Development for Everyone*, pubblicato dal United Nations Development Programme (UNDP) e disponibile al seguente url: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016\\_human\\_development\\_report.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf)> (ultimo accesso: 21/01/2019).

<sup>38</sup> *World Happiness Report 2018*: <<http://worldhappiness.report/ed/2018/>> (ultimo accesso: 21/01/2019).

<sup>39</sup> E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 109: «che comunque conviene aver fiducia nel bene pubblico, come se dio esistesse (*etsi deus daretur*), e che sarebbe possibile superare le delusioni cognitive, i furbi che continuano ad esistere, anche se dio non ci fosse (*etsi deus non daretur*)».

<sup>40</sup> H. BLUMENBERG, *Pensosità. Nachdenklichkeit*, Elitropia, Reggio Emilia, 1981, p. 17: «cultura è anche rispetto dei problemi cui non possiamo dare risposta e che ci fanno riflettere e ci lasciano pensosi». Sul concetto di “pensosità” in Blumenberg, si veda P. STOELLGER, *Metapher und Lebenswelt: Hans Blumenbergs Metaphorologie als Lebenswelthermeneutik und ihr religionsphänomenologischer Horizont*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 332 ss.

<sup>41</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 213 s.

<sup>42</sup> L. AMBROSIANO, *Interrogare la corruzione*, in *Corruttori e corrotti. Ipotesi psicoanalitiche*, a cura di L. AMBROSIANO, M. SARNO, Mimesis, Milano-Udine, 2016, pp. 67-89, spec. pp. 69 s. L'espressione *gros animal*, nel testo citato, è ripresa da Simone Weil.

<sup>43</sup> G. DORFLES, *Horror pleni*, cit., p. 20.

degli individui protesi a ghermire con ingordigia una tale “preda”<sup>44</sup> (l’immagine delle folle ammassate per accaparrarsi l’ultimo modello di iPhone rende icasticamente l’idea): il «nuovo tribalismo», ossia «l’impulso a partecipare a certi “riti di massa”», «dove la personalità del singolo viene spesso abolita e sostituita da una sorta di “anima di gruppo” o di “inconscio collettivo”, e dove il singolo perde la sua autonomia e diventa schiavo del “rumore” e dell’eccesso di “pieno”», per quella che in fondo è «la smania di confluire verso il “pieno” e di fuggire il vuoto, di abolire l’intervallo tra sé e gli altri»<sup>45</sup>.

Diverso è lo sguardo prospettico, che «non è nostalgico», ma «aiuta a sospendere per un attimo un affannoso inseguimento. È uno sguardo su se stesso e perciò vicino alla pensosità»<sup>46</sup>. Esso si connette alla «dignità dei tanti occhi» senza i quali secondo Nietzsche «nessuna completezza e nessuna obiettività dell’intelligenza saranno possibili», visto che è la dimensione prospettica dell’occhio ad allargare «l’orizzonte alle mille passioni e alle mille ragioni; anzi sono le passioni a fornire, e ad essere, tanti occhi differenti. L’obiettività è assicurata dai molti sguardi che così riducono le distanze e focalizzano meglio l’oggetto»<sup>47</sup>. Con la perdita moderna di un tale occhio prospettico si produce «una condizione irreversibile di astrattezza in cui le civiltà affondano»<sup>48</sup>.

«Questo spiega perché il diritto moderno si presenta tanto più convenzionale e artificiale quanto più efficace e rivolto alle conseguenze. Rinunciando ad ogni altra giustificazione che non sia la “necessità” di svolgere compiti di regolazione sociale che altri sistemi non possono o non devono realizzare, il diritto è obbligato a immunizzare il suo monopolio. E lo fa grazie al suo stesso codice; si immunizza normativamente e non discorsivamente. Non parla più della sua verità e se lo fa è fuori tempo e fuori luogo; presta esclusivamente la sua efficacia (*auctoritas non veritas facit legem*) e racconta sempre meno della sua storia. E “sistema” anche per questo e si riafferma come tale contro altre definizioni»<sup>49</sup>.

È infatti proprio «il regno della giustizia e della rettitudine» a necessitare dell’«obiettività di un occhio da ripensare totalmente». La stessa dualità di norma e sanzione risente di questa condizione, visto che la

<sup>44</sup> Rinviando per lo sviluppo della metafora della “caccia” e della “preda” in analogo contesto di riflessione, a G. FORTI, *La cura delle norme*, cit., cap. V.

<sup>45</sup> G. DORFLES, *Horror pleni*, cit., pp. 20 s.

<sup>46</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, cit., p. 215.

<sup>47</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, cit., pp. 207 ss.

<sup>48</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, cit., p. 211.

<sup>49</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, cit., p. 168.

seconda ha necessariamente un grado di astrattezza maggiore della prima e comunque *le gros animal* cerca in ogni modo di mantenerla tale (ad es, coltivando pervicacemente la monocultura detentiva e, in ambito penitenziario, quell'apparato di “automatismi” e “preclusioni” nel trattamento che è di per sé in contrasto con le idee di individualizzazione e rieducazione alla base del sistema sanzionatorio penale)<sup>50</sup>.

Non a caso a questa astrattezza (da cui trae formidabile alimento la “punitività”) si contrappone la capacità di penetrazione della concretezza umana del condannato (e, retrospettivamente, di chi sia esposto già solo remotamente al rischio di divenirlo), anche grazie all'apporto di quelle scienze sociali la cui storia, nel Novecento, come pure ricordava Eligio Resta, è stata protesa a conseguire una modalità di osservazione capace di «dar conto della polimorfia e dei policentrismi degli sguardi»<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Si veda E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in «Diritto penale contemporaneo», 2/2018, pp. 175 ss. che, pur nel quadro di una valutazione complessivamente positiva della tentata riforma penitenziaria “Orlando”, ne rileva il modesto ridimensionamento dell'area di applicazione dell'ergastolo ostativo, «luogo per eccellenza delle preclusioni nel quadro del diritto penitenziario vigente».

<sup>51</sup> E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, cit., p. 208.



Marco Bouchard\*

*Dire la penultima parola*

1. *Sovranità*

A Natale del 1991 Eligio Resta firmava la sua introduzione al testo, per me fondamentale, de *La certezza e la speranza*. L'ho ripreso in mano dopo diversi anni e sono rimasto folgorato dalla sua straordinaria attualità. L'apertura è dedicata all'affermazione di H. Kelsen a conclusione degli scritti sul problema della sovranità: «il concetto di sovranità – scriveva il giurista e filosofo austriaco negli anni venti del '900 – deve essere radicalmente rimosso. È questo il grande cambiamento culturale di cui abbiamo bisogno». Poche righe sotto Eligio Resta commentava: «senza il superamento del dogma della sovranità degli stati, non si potrà mai seriamente porre il problema del pacifismo».

Nel 1991 l'attenzione di Resta sulla sovranità era collegata all'argomento centrale dei rapporti tra violenza e diritto e, in particolare, ai modi, storicamente mutevoli, di mettere in condizione l'intera società di trovare rimedi alla sua stessa violenza.

A distanza di poco più di dieci anni Resta riprendeva il discorso in *Diritto fraterno* per rivolgerlo alle scarse speranze di assicurare all'Europa una Costituzione. Solo nel 2007 verrà firmato il Trattato di Lisbona che costituisce la presa d'atto dell'impossibile progetto di realizzare una Unione europea sovrana.

Oggi non solo si deve registrare il fallimento della costruzione di un'Europa sovrana ma si sta realizzando una progressiva frantumazione dello stesso spazio comune. Le spinte sovraniste si manifestano in forme diverse ma sono accomunate dalla negazione paradossale dell'elemento fondante l'Unione stessa: i diritti umani fondamentali.

Contro ogni logica che vuole la formazione degli Stati posta a tutela delle aggressioni da parte di un nemico esterno, pericoloso per la loro sovranità, oggi il nemico ha dismesso gli abiti di una potenza straniera armata (sia pure nelle forme di organizzazioni terroristiche) per assumere quelli del

---

\* Magistrato, Tribunale di Firenze.

migrante, trasformato dalle leggi degli stati sovrani in criminale per “statuto” e, dunque, minorato per definizione rispetto al cittadino. Le novità normative prodotte dall’attuale laboratorio governativo in Italia disegnano, addirittura, una cittadinanza precaria per lo straniero che l’abbia ottenuta, sempre revocabile per ragioni di sicurezza nazionale.

Così l’Europa è diventata un territorio che nega i presupposti su cui è stata costruita: nega i diritti umani fondamentali di chi vi approda e lacera sé stessa confliggendo nel suo interno tra chi deve assumersi la responsabilità del lavoro più sporco nel respingere il nuovo “nemico”.

## 2. *Pharmakon*

La lezione di Eligio Resta è stata fondamentale nella mia formazione di magistrato, ben prima di averlo potuto conoscere personalmente.

Il mio rapporto laico con il diritto, la totale assenza di illusioni missionarie così come di propositi moralistici nell’impegno professionale sono fortemente dipesi dal suo insegnamento sull’ambivalenza che lega il diritto, la scrittura e la violenza. È da lui che ho ricavato la consapevolezza di maneggiare, quotidianamente, il *pharmakon* nelle aree più delicate della giurisdizione: prima nella giustizia minorile e poi in quella penale. La comprensione di trattare, nello stesso tempo, la violenza come “malattia” e la violenza come “cura”, veleno e antidoto, nell’atto di istruire come nell’atto di decidere un processo, mi ha permesso – anche se non sempre – di partecipare a quel lungo processo della modernità di osservazione del rapporto legge-violenza. Oserei dire di auto-osservazione nella mia micro dimensione di dire il diritto. Non posso che riportare il brano che scolpisce il titolo del libro per me così fondamentale: si tratta del

«confine a volte sicuro, altre volte labile della differenza tra diritto e violenza; differenza, scrive J.P. Sartre nei suoi Cahiers pour une morale (1991, p. 169), tra il conosciuto e lo sconosciuto, tra una “certezza” e una “speranza”. Ricordandoci un sorprendente “ricorso alla magia”, Sartre scrive che “nella violenza c’è speranza, nell’operazione legale certezza”... La legalità allora è questo “limite”, questo confine tra speranza e certezza».

La consapevolezza di questa profonda ambivalenza tra diritto, scrittura e violenza purtroppo un tratto mancante della giustizia istituzionale. O, quanto meno, è profondamente limitata da una trasformazione della giurisdizione e dello stesso modello di magistrato che si va componendo nell’ultimo decen-

nio. Sul primo versante vale la pena di ridare la parola a Resta che, in *Diritto fraterno*, ha messo in evidenza a) il carattere onnivoro della giurisdizione, b) l'inflazione della litigiosità limitata, nell'accesso ai tribunali, solo dall'impo-  
verimento delle fasce medio-basse della popolazione, c) la ridondanza della cultura dei rimedi, d) il carattere monopolistico della giurisdizione e e) un confuso rapporto tra Stato, sfera pubblica e giurisdizione.

Sul secondo versante il modello di magistrato appare oggi fortemente condizionato dalla logica produttivistica imperante nella valutazione di professionalità anche nelle funzioni dirigenziali, nella preoccupazione della sanzione disciplinare o para-disciplinare per il mancato conseguimento dei risultati e degli obiettivi, dalla chiusura culturale dell'associazionismo dei magistrati a vantaggio di programmi di stretto contenuto sindacale e corporativo.

Questa parallela trasformazione della giurisdizione e del magistrato porta con sé, probabilmente in modo non diverso da altri settori, il dominio di quella che Resta definisce la logica "remediale". Sia sul piano processuale che su quello organizzativo l'analisi delle cause della conflittualità lascia costantemente il posto all'analisi dei rimedi, al loro perfezionamento, alla loro moltiplicazione, tutti costruiti a immagine e somiglianza del rimedio perfetto: non il governo del conflitto ma la manipolazione del procedimento che lo esamina.

Così negli anni più vicini a noi anche il tentativo di sospingere la giurisdizione ad avvicinarsi alla conflittualità privata attraverso lo schema sostanziale degli interessi contrapposti e non solo quello dei diritti contesi ha favorito dispute interminabili sugli aspetti procedurali del trattamento della conflittualità. Ancora una volta le cause sono state occultate per far luce sui rimedi possibili. D'altra parte la storia delle istituzioni giuridiche è, in fondo, la storia di una progressiva ricerca di forme sempre più specializzate di governare la violenza originaria delle relazioni umane assorbendola e minimizzandola mediante leggi e pratiche che si fondino sul consenso preventivo degli associati. Ma mi domando se questa ricerca non finisca per alimentare l'autoinganno nella conoscenza della violenza, un modo sempre più raffinato di renderla sopportabile sol perché, in realtà, la teniamo lontana dalla effettiva comprensione nelle sue mutevoli manifestazioni.

### 3. *Il legislatore*

Il giudice – deputato al governo dei rimedi – dice Resta, citando Derrida in *La certezza e la speranza*, non è altri che un lettore di una scrittura compitata dal legislatore.

Nei lavori successivi Resta si farà guidare nel lavoro di scavo tra diritto e violenza dalle *Leggi* di Platone per il quale il legislatore è, certamente, uno scrittore e il giudice il suo lettore: ma il vero “rimedio” (l'*alexipharmakon*) – si legge in *Diritto vivente* – sarebbe però contenuto nell’animo del magistrato. L'*Empsychon* – l’essere animato – non sarebbe custodito nella scrittura e neppure nell’interpretazione della legge ma nella “coscienza” che destina la vita del diritto.

Prima di affrontare il tema della “coscienza”, dell’anima che restituisce vita alla scrittura è però necessaria un’attualizzazione del nostro “scriba”.

La violenza incorporata nella legge scritta che la limita e la “anima” non è altro che la violenza fondativa del padre che la istituisce. Su questa premessa è, dunque, legittima la domanda sul ruolo attuale del padre. La crisi della legge è infatti la crisi della funzione e dell’autorità paterna.

Forse Platone non poteva prevedere gli sviluppi dell'*empsychon* nella modernità e l’affermarsi del pensiero psicanalitico di cui Resta fa, peraltro, ampio uso.

Ma è stata soprattutto la psicoanalisi a mettere in rilievo il legame, simbolico e reale, tra padre e legge, tra ruolo paterno e meccanismo normativo nonché il suo recente processo degenerativo. In questo senso si è parlato di “evaporazione” o di “sfaldamento” del padre. Jacques Lacan ne aveva parlato in occasione di un Congresso dell'*Ecole freudienne* di Parigi a Strasburgo nel 1968. Secondo lui «la traccia, la cicatrice dell’evaporazione del padre è quella che potremmo mettere sotto la rubrica e il titolo generale della segregazione». Dice Lacan: «[...] io penso che ciò che caratterizza la nostra era – e non possiamo non accorgercene – è una segregazione ramificata, rinforzata, che fa intersezioni a tutti i livelli e che non fa che moltiplicare le barriere».

La crisi del padre ha mobilitato l’interesse persino della teologia pratica e, a sua volta, l’esegesi biblica ha fornito spunti utili – su tutti quello proposto dalla *Lettera ai Romani* 7,7 – all’approccio psicanalitico.

Quanto alla legge, è invece totalmente mancato un collegamento tra il deterioramento della funzione simbolica delle norme e la crisi della giustizia e del diritto quale suo strumento elettivo.

Questo tema, in realtà, potrebbe essere sviluppato, oggi, attraverso una domanda piuttosto difficile ma ormai ineludibile: qual è il destino della legge nel tempo dell’evaporazione del padre?

È stato fatto notare come la *lex* trovi il suo corrispondente nel *nomos* greco il cui significato è strettamente associato all’esperienza della democrazia (sia pure quella dei maschi adulti) e della scrittura come veicolo

della comunicazione politica. *Nomos e lex*, in contesti storici e geografici totalmente diversi, segnano la fine dell'era del re-sacerdote e coniugano la legge con la scrittura e la laicità, separandosi completamente dall'arbitrio della regola religiosa.

Possiamo, dunque, dire che la paternità della legge ci riporta a un atto collettivo di fecondazione, iscritto nella volontà di un popolo e, in particolare, di quello più esposto all'arbitrio di un capo, al potere discrezionale del potenziale tiranno.

Ancora oggi – a distanza di più di due millenni dagli albori della funzione legislativa e nonostante periodici ritorni di forme autoritarie – la funzione paterna istitutiva della legge, in una democrazia costituzionale, è garantita da un corpo collegiale, da un'assemblea di eletti: in una parola, da quell'organismo che chiamiamo parlamento.

Non vi è dubbio che questo padre collettivo, in tutti gli stati contemporanei, ha perso gran parte della sua autorità, è diventato una figura ancillare nella produzione delle regole. L'elaborazione delle leggi avviene altrove, negli studi di consulenza dei potenti e delle segreterie di partito. Gli uffici legislativi di cui sono dotati i ministeri si affaticano, a loro volta, a soddisfare una bulimia normativa di cui gli stati moderni sono affetti. Le procedure di approvazione delle norme seguono scorciatoie istituzionali proprio per evitare il dibattito parlamentare, ritenuto ormai un'eredità onerosa nella formazione della volontà del legislatore. I riti d'eccezione sono diventati la regola. Indubbiamente la funzione genitrice della legge è profondamente cambiata.

Un nuovo padre si è insediato per elaborare e produrre la legge.

Chi è questo padre?

È un padre che ha certamente perso la saggezza del confronto assembleare, che rifiuta il dialogo trasparente, la mediazione faticosa. La ricerca dell'equilibrio non gli appartiene. D'altra parte un padre evaporato è un padre dissolto nel doppio significato etimologico: si è *disciolto*, è diventato liquido, sfuggente, ingovernabile ed è diventato al tempo stesso *dissoluto* perché si è voluto liberare delle regole.

Non è un padre autoritario come all'epoca dei totalitarismi quando era riuscito, con modalità diverse da quelle che riscontriamo oggi, a disfarsi del parlamento. Si tratta, però, di capire se, nella sua dissolutezza, non sia anche un padre altrettanto violento, divoratore e cannibalico quanto quello tirannico che ha visitato l'Europa nella prima metà del Novecento.

Nell'idea di evaporazione del padre è insito un concetto strategico: la rinuncia a esercitare il senso e il valore del limite. Ma sarebbe un grave

errore pensare che la perdita del senso del limite comporti semplicemente permissivismo, lassismo, noncuranza, mollezza e licenziosità. Il crollo del limite apre uno spazio infinito ai rapporti di pura forza, introduce la violenza come metodo risolutore dei conflitti. La prima vittima di questa dissoluzione è proprio la legge. Il nuovo padre produce una legge che è molto simile all'arbitrio perché nega, in fondo, i postulati che la sostengono.

La legge perde la sua funzione non solo perché non viene più rispettata ma anche perché se ne abusa: se ne abusa permettendo che essa proliferi a dismisura, senza progetti e orizzonti che la orientino; se ne abusa utilizzandola per fini diversi da quelli generali o collettivi; se ne abusa, infine, quando la si piega per perseguire consapevolmente obiettivi maligni.

#### 4. *Un giudice cosciente e emotivo*

Riprendiamo, però, il tema della coscienza che anima e che vive nel diritto. Cosa si deve intendere per questa presenza – o non è anche una irruzione? – dell'anima, dello spirito, della vita, della coscienza nel diritto?

A seguire il passo di Platone la coscienza che anima il diritto è quella che vive nel magistrato, non solo nel lavoro giudiziario quotidiano ma in quello di ogni autorità dotata di potere normativo, decisionale, applicativo di leggi.

Nelle parole di Resta la vita animata del corpo del diritto

«vive di pratiche, di sentimenti, di passioni eterne che vivificano il testo scritto della legge. Narra dell'origine della legge, della sapienza (*phronesis*) che una tradizione complessa, abitata anche dai giuristi, ha saputo consegnare a un testo, a parole capaci di evocare "norme" ...combinazioni di interessi e passioni, sentimenti e strategie, stabilità e incertezze, rischi e calcolabilità, scelte e destini...».

Nella lettura di Resta il diritto vivente si espone a diversi significati: innanzitutto documenta costantemente l'eccedenza della vita rispetto al diritto che la regola; in secondo luogo spiega la capacità del diritto di incidere sulla realtà per il solo fatto di essere detto (la sua performatività); infine è vivente il diritto capace di essere osservato, di imporsi, nel bene e nel male.

A me interessa un'ulteriore sfaccettatura del diritto vivente che si collega al nuovo volto di una legge dettata da un padre dissolto. Quale è la vita che il magistrato può insufflare in una norma incapace di dettare limiti equi, che è espressione di violazione di principi superiori, che si apre all'abuso o, addirittura, che promuove la morte?

Nella migliore delle ipotesi, che è quella di una legge espressione di una paternità assente che non si preoccupa dei vuoti normativi, la coscienza del giudice dischiude soluzioni che si richiamano a principi fondativi: ma a identità di casi concreti non è detto che le soluzioni siano informate a “certezza” perché per “coscienza” non possiamo che intendere l’attitudine del magistrato a tradurre dalle scritte le sue più profonde convinzioni personali purché poggino sulle basi di una Costituzione riconosciuta.

Le cose, però, si complicano quando le leggi entrano in frizione con principi superiori o consentono letture opposte o arbitrarie, siano – in sostanza – fonte di abuso. I campi del diritto in cui la coscienza del magistrato è divenuta arbitro della lettura della legge non sono più solo quelli tradizionali della famiglia, del diritto alla vita o alla buona morte. Riguardano il destino di milioni di persone coinvolte nei flussi migratori. Cosa c’è di più devastante per il diritto vivente se non cancellare per legge il principio umanitario nell’accoglienza dello straniero?

Accanto a queste sfide per la coscienza del magistrato poste dal legislatore del terzo millennio bisogna però fare i conti con una nuova consapevolezza nell’arte del giudicare.

Nel 2007 Barak Obama, all’epoca candidato alle elezioni presidenziali, definì l’empatia un requisito essenziale per un giudice. Nella scelta del giudice migliore per entrare a far parte della Corte Suprema l’empatia sarebbe stato uno dei criteri fondamentali:

«[We] need somebody who’s got the heart-the empathy-to recognize what it’s like to be a young [,] teenage[d] mom. The empathy to understand what it’s like to be poor or African-American or gay or disabled or old – and that’s the criteria by which I’ll be selecting my judges».

Non va infatti trascurata nell’analisi del diritto vivente l’esistenza di un vero e proprio movimento *law and emotion* a favore di una lettura empatica della Costituzione americana. L’interpretazione empatica della norma nella comprensione del caso concreto è, d’altra parte, uno dei tanti filoni del pensiero giuridico contemporaneo nella spasmodica ricerca di riflettere la realtà che si incorpora nella norma soprattutto nel suo momento applicativo: non a caso si parla di diritto riflessivo o, addirittura, di diritto frammentato e lo stesso Rodotà recupera tutta la corporeità del titolare di diritti parlando di un soggetto “di carne”.

Non possiamo più evitare il confronto con l’emotività del giudice perché ormai le scienze cognitive ci hanno spiegato come le emozioni – quale ineludibile aspetto della coscienza – lavorino alacremente, attraverso gli

inevitabili *biases*, nei processi decisionali degli operatori del diritto e dei magistrati in particolare.

### 5. *Dire il diritto: l'ultima parola o la penultima?*

Alla luce di queste argomentazioni non posso sottrarmi dall'esprimere un dissenso rispetto alla convinzione di Resta che al giudice spetti, oggi più che mai, il compito squisitamente normativo di "dire l'ultima parola", di decidere – in senso letterale – il conflitto quando ogni altra strada si è rivelata impraticabile nella sua soluzione o, più semplicemente, nel suo governo.

Non c'è dubbio che l'unico rimedio ad una giurisdizione onnivora sia una giurisdizione "minima" e che occorre relativizzare l'opera del giudice per ricreare una relazione ecologica tra società e giurisdizione. La famosa "supplenza" del giudice nella gestione della conflittualità sociale, nel governo della crisi economica, nell'affrontare gli abusi nella cosa pubblica ha esaltato funzioni non appropriate della giurisdizione e ha peggiorato anziché migliorare le capacità di autocontrollo della società e delle istituzioni.

Sono quindi perfettamente d'accordo sull'improcrastinabilità di una ridefinizione del ruolo del magistrato come *extrema ratio* rispetto alla conflittualità e alla violazione delle norme vitali per una accettabile convivenza civile. Il mio dissenso riguarda la funzione decisoria da riservare al giudice.

Il giudice, a mio avviso, ha perso, certo non definitivamente, il potere di "dire l'ultima parola" per almeno tre buone (o cattive) ragioni.

Nella relazione con il potere politico l'ordine della magistratura ha perso il potere specifico di "dire l'ultima parola" di fronte alla tendenza del primo (e non solo in Italia) di sostituirsi alla seconda – anche attraverso teorie complottistiche – nel "parlare in nome del popolo italiano". Il potere politico ha contrapposto alla verità giudiziaria pronunciata "in nome del popolo" la verità politica affermata "in nome dello [stesso] popolo".

In secondo luogo la giurisdizione sperimenta ormai quotidianamente il superamento del totem della irrevocabilità delle sentenze non più soggette ad impugnazione. L'autorità di cosa giudicata fino alla nascita della nostra Costituzione rappresentava la piena realizzazione della funzione statale (nel senso della "stasi" più volte indicata da Resta) dell'operazione decisoria del giudice. Proprio il rispetto dei diritti fondamentali e, in questa prospettiva, dell'opera dei giudici sovranazionali come la Corte europea dei diritti dell'uomo, rivelano, al contrario, una tendenza verso un giudicato "flessibile", aperto alla possibilità concreta di essere rivisto e revocato.

In terzo luogo le scienze cognitive hanno messo – qui davvero definitivamente – in discussione il primato della logica razionale nei processi argomentativi e decisionali costruiti sul modello del sillogismo giudiziale. I cambiamenti nella produzione normativa, nel ruolo, anche sociale, del magistrato e, non da ultimo, l'invasione mediatica nella definizione e nell'accertamento della verità dei fatti hanno favorito la scoperta della "fragilità" e della frammentarietà del processo decisionale dell'attività giudiziaria.

D'altra parte il giudice dice l'ultima parola nel processo che gli è assegnato né di più né di meno. Il conflitto non è mai riducibile a parole processuali. Come direbbe lo stesso Resta è il conflitto quell'eccedenza che rende vivente il diritto: così come è impossibilitato a incorporarlo completamente così il giudice non potrà mai dire la parola ultima sul conflitto ma solo la penultima.

## 6. *Predittività*

Contro la progressiva erosione della certezza giudiziaria e nel tentativo di fronteggiare la massa crescente degli "affari giudiziari" la magistratura è oggi alla ricerca di maggiori sicurezze affidandosi alle promesse dell'informatica e del *management*. Alle paure generate dai carichi di lavoro, dall'opinabilità delle decisioni, dalla frammentarietà dei percorsi giuridici si risponde con la nuova speranza riposta nell'algoritmo. Con l'algoritmo si possono ormai stabilire delle pene "esatte", si possono distribuire equamente i fascicoli tra i giudici, si possono prevedere decisioni nella litigiosità civili in base ad una buona banca dati sulla giurisdizione locale.

La predittività è il nuovo verbo che affascina molti dirigenti e gli organi apicali della magistratura spesso confondendola con la prevedibilità delle decisioni.

Non trovo parole migliori di Resta quando dice che la potenza

«dell'archivio ricorda la vicenda dell'etica religiosa all'epoca della Riforma: di fronte alla "predestinazione" – vicina alla moderna predittività – cade l'idea dell'impegno nelle opere del mondo e gli individui smettono di investire nell'ascesi intramondana; ma contro tale declino l'etica religiosa scopre l'incommensurabilità della "grazia", che re-immette incertezza e responsabilità».

## 7. *Dire il giusto*

Lontano dalle sirene della predittività, per ritrovare il senso della “prudenza” nel giudicare potrebbe bastare come programma del magistrato del terzo millennio la capacità di dire la parola penultima, la consapevolezza di ricoprire un ruolo fondamentale rispetto al conflitto senza arrogarsi un potere né definitivo né definitorio.

La decisione, il giudizio – in greco antico – erano definiti con il termine *krisis* derivato da *krino*, vale a dire “dividere”, “separare”. E *krités* non era altri che il giudice investito della funzione critica della divisione e della separazione. Voglio azzardare un superamento di questa radice critica del render giustizia e del prendere decisioni. Spero profondamente non solo in un nuovo modo di costruire le decisioni ma anche in una nuova figura di giudice. Un giudice che sappia unire e condividere, che leghi anziché sciogla. O che almeno non sia distruttivo. L'importante è che non lo si riduca ad un *ypo-krités*, una sottospecie di giudice, un ipocrita, che nella Grecia classica era per l'appunto una controfigura, un secondo attore che si limitava a scimmiottare il protagonista.

Sono sicuro che l'atto del decidere non può essere ridotto a puro risultato di uno scambio agonistico. Se il decidere implica una divisione, un'individuazione e una ripartizione di responsabilità non possiamo però pensare che il giudizio comporti la separazione definitiva tra le parti che hanno partecipato al processo. Non riesco a rinunciare all'idea che il giudizio costituisca uno strumento di governo positivo della violenza. Se non possiede questo requisito dobbiamo dedurne che lo strumento è nocivo o, tutt'al più, privo di utilità. Non voglio impiegare i concetti extra-giuridici della riconciliazione, del perdono o addirittura dell'amore. Però non voglio rinunciare all'idea che l'atto del decidere rappresenti, in fondo, un atto di riconoscimento. Se, infatti, la sentenza è l'esito di un percorso dialogante possiamo affermare che la divisione delle responsabilità statuita nel provvedimento è frutto di una condivisione. Paul Ricoeur scriveva:

«L'atto del giudicare ha raggiunto il suo obiettivo quando il vincitore è capace di dire il mio avversario rimane, come me, soggetto di diritto, aveva degli argomenti plausibili che sono stati presi in considerazione e quando lo sconfitto è capace di dire esattamente la stessa frase perché, appunto, la sentenza non sia vissuta come un atto di violenza ma come un atto di riconoscimento».

È solo in questa prospettiva che l'atto procedurale può riportare il conflitto nella dimensione autogovernata della comunità.

Stefano Anastasia\*

*I paradigmi dell'identità deviante*

Nella sua filosofia del diritto, Eligio Resta ha incrociato ripetutamente il sistema penale e di produzione della devianza, a partire dalla contestualizzazione della crisi della forma giuridica novecentesca nell'epoca della dismisura (1985), attraverso lo scavo della radice antropologica del diritto nel suo rapporto ambivalente, mimetico e alternativo alla violenza originaria (1992), fino allo studio delle tipizzazioni degli autori di reato (1997), delle pratiche disciplinari che vi sono applicate e delle alternative possibili (2002). Il debito di chi scrive nei suoi confronti è ben maggiore di quel che è reso evidente da un'antica amicizia, da un'affiliazione accademica o da una intensa collaborazione (che pure ci sono o ci sono state), ed emerge dal ricorso – a tratti finanche inconsapevole – di argomenti, termini o categorie del maestro. Così mi è capitato di intitolare un libretto dedicato ai mutamenti dei sistemi penitenziari contemporanei (Anastasia 2012) evocando le metamorfosi di Kafka e la continuità dell'essere sotto le spoglie del divenire senza ricordarmi di quella rilettura di Canetti che Resta pone all'inizio del suo saggio sulla dismisura dei sistemi penali, dove appunto esse sono definite «come trasmigrazione di forme e come incessante rivelazione del loro contenuto autentico» (1985: 475). E infiniti altri saranno i miei debiti inespressi nei suoi confronti, di cui – sono certo – saprò perdonarmi. Come nel caso di un accenno di riflessione sulle declinazioni dell'identità deviante, che introduceva una lettura delle potenzialità (purtroppo rimaste inesprese) della giurisprudenza umanitaria in materia penitenziaria (Anastasia 2015), che approfitto di questa sede per dedicare all'amico e al maestro.

1. *L'identità deviante nel discorso criminologico*

La questione dell'identità deviante è un topos della tradizione criminologica. Se la scuola classica del diritto penale ha potuto fare a meno della

\* Insegna filosofia e sociologia del diritto, Università di Perugia. Garante delle persone private della libertà nelle regioni Lazio e Umbria.

tipizzazione criminologica del deviante, identificandolo astrattamente con il cittadino cosciente, libero ed eguale dell'ideologia borghese, la svolta positivista di fine Ottocento ha associato stabilmente la criminalità al tipo d'autore. L'*Uomo delinquente* di Cesare Lombroso produce la prima compiuta identificazione dell'autore di reato (del suo essere) con la sua devianza. Il fuoco del diritto penale si sposta dal fatto all'autore perché il fatto non si darebbe senza autore e senza quella sua naturale propensione alla condotta deviante.

«La *Scuola positiva di diritto penale* – scrive Lombroso (1876: 45) – sostiene che i criminali non già delinquantano per atto cosciente e libero di volontà malvagia», come voleva – appunto – la tradizione liberale, «ma perché hanno tendenze malvagie, tendenze che ripetono la loro origine da una organizzazione fisica e psichica diversa da quella dell'uomo normale, per cui la Nuova Scuola studia, invece che il delitto astratto, il delinquente, e prende per base del diritto della società ad agire contro di esso, non già la sua malvagità, ma la sua pericolosità».

L'identificazione del deviante con il suo reato è quindi assoluta, perché essa è la testimonianza esteriore (relazionale) della sua natura, della sua congenita identità, appunto, di «uomo delinquente».

E dunque non ci sarà più ragione di “punire” la sua malvagità, quanto piuttosto di “controllare” la sua pericolosità.

A partire, dunque, dalla sua origine positivista, l'identità deviante non è il frutto di un'azione per il riconoscimento di sé, del singolo o del gruppo sociale che si qualifichi come tale. Né potrebbe esserlo, essendo una identità attribuita da altri e, per di più, connotata negativamente, in quanto difformità da uno standard qualificato come normale sia da un punto di vista quantitativo (perché appartenente alla maggioranza dei soggetti in un determinato contesto sociale), sia da un punto di vista qualitativo (perché determinato da una condivisione/accettazione di valori e modalità di comportamento socialmente o legalmente dominanti). L'identità deviante è dunque oggettivata dalla definizione che ne viene data da parte di terzi. Insomma, il «deviante» non afferma se stesso attraverso una rivendicazione di identità. Piuttosto subisce una qualificazione esterna che lo identifica con un comportamento o un modo d'essere deviante dalla norma condivisa. Nel processo di interazione simbolica con l'altro da sé, il soggetto definito come deviante corrisponderà o meno alla qualificazione di sé che gli verrà proposta, adeguandovisi o contestandola, ma è quell'etichettamento altrui che ne fonda l'identificazione sociale e relazionale.

Va da sé che la nozione di “identità” deviante ha uno spettro di denotazione assai più ampio della sua connotazione criminologica. Quest'ultima

si affianca e progressivamente sostituisce nel discorso pubblico le «devianze» fisica e morfologica, psicologica e psichiatrica, etnica e razziale, di genere e sessuale. Nell'universo culturale occidentale, infatti, quelle identità passano progressivamente dal campo delle devianze/minorità a quello delle differenze attraverso la rivendicazione soggettiva e – quando avviene – la loro valorizzazione nel contesto sociale di riferimento. Salvo il perdurare sotto forma di politiche e pratiche discriminatorie, l'universalismo giuridico ha introiettato normativamente le differenze soggettive come articolazioni della persona umana e dei suoi diritti. Sopravvive, però, anche dentro questo quadro, la devianza criminale, giustificata normativamente dal paradigma liberale della libera scelta del deviante di agire come tale e declinata poi effettivamente nella perdurante identificazione di stampo positivistic tra l'autore e il suo reato. Questo gancio offerto dalle dottrine criminologiche e gli stessi strumenti del diritto penale consentono poi di criminalizzare quelle stesse differenze quando la loro alterità viene proposta come fonte di una conflittualità sociale non altrimenti componibile entro i modelli politico-culturali dati (si pensi, recentemente, alla criminalizzazione dei migranti, dei rom, dei consumatori di sostanze stupefacenti o alla sopravvivenza dell'internamento della malattia mentale sotto forma di devianza criminale). Per questo, dunque, in ragione della sua residualità e, nello stesso tempo, della sua comprensività (proprio in quanto residuale essa tende a raccogliere sotto il suo manto ogni devianza che non si possa più definire come tale), la devianza criminale si presta a un discorso di carattere generale sulla cosiddetta identità deviante.

## *2. Catarsi e paranoia: oscillazioni dell'identità deviante*

Il positivismo criminologico fonda nello stesso tempo i due paradigmi dell'identità deviante visti all'opera nell'ultimo secolo: quello della catarsi e quello della paranoia. L'identificazione soggettiva dell'autore di reato con il suo crimine è all'origine del "paradigma paranoico-securitario": se l'autore è il suo crimine e il crimine ne qualifica la soggettività, il deviante viene ipostatizzato nella devianza e non può altrimenti esser trattato che attraverso la sua messa in sicurezza e l'impedimento a nuocere al prossimo, attraverso cioè tecniche di incapacitazione e di neutralizzazione. L'identificazione dell'origine della devianza in una patologia fisica, psichica o sociale apre però anche al "paradigma catartico-medicinale": l'autore è il suo reato, ma il reato è sintomo di una patologia come tale scientificamente trattabile attraverso

le tecniche curative e riabilitative della persona e delle sue relazioni sociali. Questi due paradigmi dell'identità deviante per ragioni di giustizia hanno visto contendersi la scena anche dentro il contesto contemporaneo degli ordinamenti di democrazia costituzionale.

Aveva ragione Enrico Ferri sulla lungimiranza del contributo della scuola positiva alla evoluzione della pena e della sua concezione:

«nell'esecuzione della condanna – scrive Ferri (1928: 203) – il delinquente, secondo la sua individualizzazione contenuta nella sentenza, viene assegnato a uno o altro stabilimento fra quelli della specie stabilita nella sentenza e quindi viene sottoposto al trattamento igienico, educativo, disciplinare, giuridico ed economico che meglio risponda alla sua personalità .... In ciò sta la profonda innovazione metodica e funzionale che ... ha portato e sempre più porterà la Scuola Criminale Positiva, realizzando le condizioni più favorevoli a una efficace difesa sociale contro la criminalità e a una più provvida rieducazione sociale del delinquente».

L'individualizzazione del trattamento penitenziario del condannato in un più ampio progetto di ingegneria sociale correzionalista – secondo il paradigma catartico-medicinale – tornerà nelle esperienze dello stato penale assistenziale (Garland 1985 e 2004: 104 e ss.) del secondo dopoguerra del Novecento. Mano a mano che si diffondevano i principi e le pratiche del welfare state universalistico, i suoi benefici sembravano naturalmente rivolti anche agli autori di reato, la cui pena in esecuzione veniva presentata come una sorta di corso di recupero di opportunità per il reinserimento sociale. In questo modo, la tradizione della scuola positiva approdava nelle culture e nelle pratiche della pena contemporanea, fino all'apoteosi normativa della Costituzione e dell'ordinamento penitenziario italiano, vincolato alla finalità rieducativa della pena e alla individualizzazione del trattamento attraverso la «osservazione scientifica della personalità»:

«per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione» (art. 13, co. 3, Ordinamento Penitenziario).

Nella concezione dello stato penale assistenziale del secondo Novecento, il penitenziario assume quindi la funzione di un nodo della rete di servizi sociali territoriali destinata al recupero delle opportunità dei ceti sociali svantaggiati.

Nello svantaggio sociale, del resto, le teorie eziologiche della criminalità di ispirazione sociologica individuavano la causa originaria del comportamento deviante. Si delinea così il *continuum* penitenziario secondo-novecentesco, fatto di carceri, comunità, servizi di *probation* e servizi sociali territoriali, le une connesse agli altri nella presa in carico del deviante per la sua riabilitazione sociale. Le vecchie case di lavoro correzionali della prima modernità si trasformano in servizi sociali coattivi, secondo lo spirito del tempo. Se la medicina sarà stata sapientemente somministrata, se il paziente avrà avuto cura di sé durante la terapia, la catarsi nell'uomo nuovo, in un soggetto che non abbia più nulla a che fare con il deviante di un tempo si sarà compiuta, inverando le premesse (e le promesse) scientifiche di Enrico Ferri.

L'ottimistico modello catartico-medicinale ha però sempre conservato una nicchia destinata agli incurabili, agli incorreggibili per natura. Nell'epoca dello stato penale assistenziale hanno avuto diverse incarnazioni: dai delinquenti professionali, abituali o per tendenza, *naturaliter* destinati a misure di sicurezza successive alla esecuzione della pena, ai malati di mente sottoposti a internamenti potenzialmente (e frequentemente) interminabili, ai condannati che – anche in Paesi occidentali che pur aderivano al modello dello stato penale assistenziale – continuavano a subire esecuzioni capitali. La svolta penale di fine Novecento ha trasformato questa nicchia nel modello penitenziario dominante, riportando al centro delle politiche e delle pratiche penali il paradigma paranoico-securitario fondato sull'esclusione e la neutralizzazione della devianza criminale.

Il ritorno in grande stile del controllo sociale coattivo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di questo si è basato su politiche penali orientate alla massima severità penale e su pratiche penitenziarie indirizzate alla neutralizzazione dei condannati, identificati con il loro reato e da esso non disgiungibili, secondo gli assiomi del paradigma paranoico-securitario. Un nuovo modello di coesione sociale, opposto a quello inclusivo e universalista del welfare e fondato invece sul principio di esclusione delle fasce marginali e devianti (Pavarini 2014: 9-10 e, ivi citato, Young 1997), ha alimentato, prima negli Stati Uniti e poi – seppure in misura più contenuta – il cd. fenomeno della incarcerazione di massa<sup>1</sup>. All'origine c'è un diverso

<sup>1</sup> A partire dall'analisi dei sistemi di cultura anglosassone (Stati Uniti e Gran Bretagna, in primo luogo), D. GARLAND (2001) ha scritto di un fenomeno di *Mass Imprisonment* che sarebbe avvenuto nell'ultimo quarto del secolo scorso e nei primi anni di questo. SIMON (2012) ha quindi proposto l'adozione della contigua, ma più comprensiva, locuzione di *mass incarceration*, con l'intento di rendere conto di forme di incarcerazione non riconducibili alla reclusione nelle prigioni americane. L. WACQUANT (2013) contesta invece l'una e l'altra espressione perché l'aggettivazione «di massa» evoca una dimensione estensiva dell'incarcerazione che non dà

bilanciamento del rapporto tra sicurezza e libertà nelle società contemporanee e la reazione sociale conseguente<sup>2</sup>. Gli strumenti più diffusi della incarcerazione di massa sono stati l'introduzione di nuovi titoli di reato, l'aggravamento penale di quelli esistenti e l'irrigidimento della pena in fase esecutiva fino alle preclusioni legali alle alternative al carcere. Sempre e comunque dominante si rivela lo *screening* sul tipo d'autore, capace di costruire percorsi penali totalmente diversi sulla base di valutazioni prognostiche di pericolosità sociale fondate sulle carriere devianti dei condannati. Una giustizia penale attuariale (Feeley e Simon 1994) è stata definita quella che ha accompagnato l'incarcerazione di massa: la dismissione del paradigma ottimistico, catartico-medicinale, ha lasciato spazio a quello pessimistico, paranoico-securitario, secondo cui l'identificazione del deviante con il suo reato non dà spazio a mutamenti possibili del sè. Se dal punto di vista dogmatico il cambio di modello presuppone un mutamento di prospettiva del sistema, da un'ottica orientata alla prevenzione speciale positiva (il reinserimento sociale del condannato) a una orientata alla prevenzione speciale negativa (la neutralizzazione dell'autore di reato), da un punto di vista politico-pragmatico esso ne sposta il fuoco dalla fase esecutiva (ormai fine a se stessa nella incapacitazione del deviante) a quella preventiva dei fattori di rischio (l'individuazione dei devianti per tipo d'autore) e delle procedure di loro neutralizzazione. La giustizia penale attuariale dismette così la sequenza formale che vede il bene costituzionalmente rilevante tutelato giuridicamente da una minaccia sanzionatoria a esso commisurata e assume l'identità deviante come parametro sia della criminalizzazione primaria (*in the books*) che di quella secondaria (*in action*).

#### Riferimenti bibliografici:

S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma, 2012.

S. ANASTASIA, *I paradigmi dell'identità deviante e la nuova giurisprudenza sui diritti umani dei detenuti*, 2015, in «Ragion pratica», 45, 481-492.

---

conto della sua dimensione intensiva, e cioè della selettività del sistema di repressione penale, a tutto svantaggio di una minoranza etnicamente e socialmente individuata, più efficacemente definita – a suo dire – nella espressione «iperincarcerazione». Pur condividendo l'obiezione di WACQUANT, per comodità e diffusione d'uso, continuiamo a usare l'espressione contestata.

<sup>2</sup> È questa la tesi più volte proposta da Z. BAUMAN (p. es. in *Id.* 1997), a proposito del disagio della civiltà post-moderna in cui l'ansia di libertà avrebbe causato una penuria sociale di sicurezza ontologica che si riversa nella domanda diffusa di punizione e controllo penale.

- Z. BAUMAN, *Postmodernity and Its Discontents*, Polity Press, Cambridge, 1997.
- M. FEELEY, J. SIMON, *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, in Nelken, D. (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, pp. 173-201.
- E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, UTET, Torino, 1928.
- D. GARLAND, *Punishment and Welfare*, Gower, Aldershot, 1985.
- D. GARLAND, *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage, London, 2001.
- D. GARLAND, *The Culture of Control* (2001), tr. it. *La cultura del controllo*, il Saggiatore, Milano, 2004.
- C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente* (1876), Hoepli, Milano, 1984.
- M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bologna, 2014.
- E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, «Dei delitti e delle pene», 1985, 3, 3, pp. 475-491.
- E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- E. RESTA, *La secolarizzazione della colpa. Note sugli autori del reato*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 121-155.
- E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- J. SIMON, *Mass Incarceration: from Social Policy to Social Problem*, in Petersilia, J., REITZ, K.R. (eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 23-52.
- J. YOUNG, *The Exclusive Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, Sage, London, 1997.



Dario Ippolito\*

*Leggere i classici (che leggono i classici): Michel Foucault  
e l'Illuminismo penale*

1. *Premessa*

È il dialogo la forma classica della riflessione filosofica. È il dialogo con i classici a informare la riflessione filosofica di Eligio Resta. Le sue pagine scritte aprono squarci tra le pagine lette; e verso di esse ci attraggono. Ogni testo è un tessuto: di svelamenti, di immagini, di quesiti inattesi (e risposte mai quiete). Generosa è la prosa, repleta di seducenti giochi di stile; esigente l'indagine, con i suoi vertiginosi attraversamenti, le sue vorticose evoluzioni, il suo lavoro di scavo tra le parole e le cose; tra i fatti e le norme. Elevati sulle possenti spalle di Platone ascoltiamo il martello di Nietzsche che manda in frantumi gli *idola theatri*. Dai ponteggi dei cantieri kelseniani guardiamo in basso la carcassa arenata del moderno Leviatano; mentre in alto, con le ali distese nel vento, corre l'angelo della storia di Benjamin. (O è forse dell'angelo la carcassa arenata?)

Sono molti e diversi gli "autori" di Resta. Come molti e diversi sono i temi intorno ai quali egli si è interrogato in oltre quarant'anni di attività scientifica. In queste pagine – piccolo segno della mia gratitudine per la benevolenza con cui mi accolse nella nostra Università – ho scelto di occuparmi di uno di questi autori: Michel Foucault; e di uno di questi temi: la questione penale. Più precisamente, ho scelto di occuparmi della rappresentazione foucaultiana della stagione intellettuale in cui la questione penale emerge, per la prima volta, nella sua piena politicità e in tutta la sua tragicità: l'Illuminismo, con le sue radicali istanze di riforma della *civitas*. Del resto, tra gli autori scelti da Eligio quali suoi interlocutori, figurano da tempo anche Voltaire e Beccaria. In particolare, ne *La certezza e la speranza*, ci imbattiamo proprio nel Beccaria di Foucault e siamo condotti a ponderare le ambivalenze «dell'illuminismo giuridico continentale»<sup>1</sup>.

\* Insegna Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

<sup>1</sup> E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza* (1992), Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 48.

## 2. *Sostiene Foucault*

Secondo il paradigma interpretativo di *Surveiller et punir*, il riformismo penale settecentesco nasce dalle esigenze borghesi di disciplinamento della società e accompagna lo sviluppo di una nuova politica di contrasto alla delinquenza, improntata a criteri di efficienza preventiva ed economicità repressiva. Sotto la superficie smaltata dell'intonaco umanitario, Foucault ci invita a osservare la ruvida consistenza del discorso dei riformatori: il cui scopo «n'est pas tellement de fonder un nouveau droit de punir à partir de principes plus équitables»<sup>2</sup>, bensì di estendere e rafforzare la presa del potere punitivo sul corpo sociale, rendendone l'esercizio più efficace, più ordinato, più puntuale, più pervasivo e meno costoso. «[F]aire de la punition [...] des illégalismes une fonction régulière, coextensive à la société; non pas moins punir, mais punir mieux; punir avec une sévérité atténuée peut-être, mais pour punir avec plus d'universalité»: sono questi, sostiene Foucault, gli «objectifs premiers»<sup>3</sup> dei teorici della modernizzazione penale: strateghi e architetti della «punition généralisée»<sup>4</sup>.

Nel quadro di questa originale rappresentazione del profilo ideologico del Settecento riformatore, il problema della sanzione penale campeggia in rilievo. Alla «technologie du pouvoir de punir»<sup>5</sup> è sottesa una sofisticata «sémio-technique»<sup>6</sup> del *modus puniendi*. Esaminandone la portata normativa, Foucault ne enuclea e ne espone le «règles majeures»<sup>7</sup>. La prima è la “regola della quantità minimale”, secondo cui il male minacciato dalla legge penale deve essere il minimo necessario a distogliere dall'azione criminale. La seconda è la “regola dell'idealizzazione sufficiente”, in base alla quale il legislatore deve perseguire l'obiettivo dell'effettività dei divieti facendo leva più sulla «“peine” de l'idée de la “peine”» che non sulla sua «réalité corporelle»<sup>8</sup>. La terza è la “regola degli effetti laterali”, per cui la sanzione associata all'infrazione deve mirare alla deterrenza generale. La quarta è la “regola della certezza perfetta”, che prescrive la chiara previsione legale dei castighi ed esige la loro puntuale irrogazione ai colpevoli dei correlativi delitti. La quinta è la “regola della verità comune”, che, riguardando la disciplina delle prove nel processo, non attiene alla deontologia

<sup>2</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 83.

<sup>3</sup> Ivi, p. 84.

<sup>4</sup> È il titolo, pregnante, del primo capitolo della seconda parte di *Surveiller et punir*.

<sup>5</sup> Ivi, p. 92.

<sup>6</sup> Ivi, p. 96.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Ivi, p. 97.

della pena. La sesta è la “regola della specificazione ottimale”, che richiede (oltre alla codificazione delle fattispecie di reato) l’«individualisation des peines» sulla base dei «caractères singuliers de chaque criminel»<sup>9</sup>.

Superando il disorientamento per l’inconsueta nomenclatura, proviamo a ordinare gli elementi di questo catalogo per mettere a fuoco l’immagine della nuova «économie du pouvoir de punir»<sup>10</sup> di cui ci parla Foucault. In base ai dettami di essa, (1) la pena dev’essere (1a) stabilita dalla legge e (1b) dotata di vigore intimidatorio; (2) il legislatore deve perseguire l’obiettivo dell’osservanza delle sue norme proibitive non con l’esasperazione dell’afflittività delle punizioni, bensì attraverso (2a) la massimizzazione della loro capacità di rappresentazione del male, (2b) la più esigua eccedenza marginale del bene leso dalla reazione penale rispetto al bene atteso dall’azione criminale, (2c) la minimizzazione dell’area dell’impunità. Infine, (3) la pena dev’essere calibrata sulla personalità del reo.

### 3. *Aporie ermeneutiche*

Prima di considerare altre caratteristiche della «cité punitive»<sup>11</sup> progettata dai riformatori, soffermiamoci sulle linee di questa planimetria. Indubbiamente troviamo in essa rappresentati alcuni connotati tipici delle dottrine della pena di matrice beccariana. Con la circolazione internazionale delle idee veicolate da *Dei delitti e delle pene*, infatti, i principi di legalità penale e di economia punitiva diventano dei *tòpoi* nel dibattito sul diritto di punire. Lo stesso può dirsi della tesi secondo cui il fine della prevenzione generale (*i.e.* la dissuasione dei consociati dalla commissione di delitti) non si consegue inasprendo la severità delle sanzioni, bensì incrementando l’effettività delle norme sanzionatorie: ovvero, aumentando l’efficienza della giustizia penale.

Assai meno condivisibile, per contro, appare l’inserimento, in questo orizzonte culturale, dell’istanza dell’individualizzazione della pena. A un’osservazione ravvicinata, del resto, il procedimento euristico seguito da Foucault nella formulazione della “regola della specificazione ottimale” risulta alquanto sgheμπο.

Le posizioni dottrinali a cui essa viene rapportata sono due: a) l’idea secondo cui la legge deve stabilire pene differenziate in base agli *status* soggettivi, giacché la minaccia di un medesimo male non ha lo stesso effetto deterrente su individui di condizione differente (una pena infamante, ad

<sup>9</sup> Ivi, p. 101.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Ivi, p. 115.

esempio, spaventa un nobile ma non un plebeo); b) l'idea per la quale il giudice, nel sanzionare la medesima specie di reato, deve irrogare pene di diversa gravità in considerazione del diverso grado di colpevolezza del delinquente (chi ruba per fame, ad esempio, non merita la stessa pena di chi ruba per avidità).

Orbene, mentovare queste due tesi per affermare che accanto alla esigenza della «codification du système délits-châtiments»<sup>12</sup> si profila quella della «modulation de la peine» in rapporto all'«infracteur lui-même, à sa nature, à son mode de vie et de penser, à son passé»<sup>13</sup>, è fuorviante. La tesi *sub a*) non collega il tipo di punizione all'identità individuale del reo, bensì alla sua appartenenza cetuale. È una giustificazione utilitaristica della disuguaglianza penale nel contesto di una società di ordini: non un incunabolo della dottrina dell'individualizzazione della pena. La tesi *sub b*) non attiene all'ideale di un «code exactement adapté», in cui la tassonomia dei reati e delle pene sia integrata dalla «modulation du couple criminel-punition»<sup>14</sup>. Come emerge chiaramente dalla pagina di Marat su cui Foucault puntella il suo discorso, essa stabilisce un principio di giustizia equitativa relativo alla connotazione giudiziaria dei reati: «la justice doit toujours avoir égard aux circonstances où le coupable est placé, circonstances qui ne peuvent qu'aggraver ou exténuer son crime»<sup>15</sup>.

Occorre rimarcare, peraltro, che né la tesi *sub a*) né la tesi *sub b*) possono essere considerate pienamente rappresentative delle idee di riforma circolanti nell'età dei Lumi. La prima, di tutta evidenza, è una tesi conservatrice che avalla un tratto tipico del diritto d'antico regime: il rilievo delle distinzioni di *status* nella regolazione giuridica dei rapporti sociali e dei comportamenti individuali. Ciò non significa che essa non abbia trovato sostenitori anche tra gli esponenti del movimento dei Lumi. Tuttavia, è proprio nel dibattito illuministico che si afferma la sua antitesi: il principio di uguaglianza di fronte alla legge e alle sanzioni penali: «le pene», prescrive Beccaria, «esser debbono le medesime pel primo e per l'ultimo cittadino»<sup>16</sup>; e Pierre Louis de Lacretelle, il cui *Discours sur le préjugé des*

<sup>12</sup> Ivi, p. 101.

<sup>13</sup> Ivi, p. 101-102.

<sup>14</sup> Ivi, p. 101.

<sup>15</sup> J.-P. MARAT, *Plan de la législation criminelle* (1780), chez Rochette, Paris, 1790, p. 34. Su quest'opera di Marat si vedano J. LLOBET RODRÍGUEZ, *Jean Paul Marat y la Ilustración penal*, in «Revista CENIPEC», 2006, 25, pp. 275-306; e il bel libro di L. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007, pp. 163-174.

<sup>16</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ed. par PH. AUDEGEAN, ENS Éditions, Lyon, 2009, XXI, p. 210. Sulla filosofia della pena di Beccaria, si vedano i fondamentali studi di G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, Milano-Bari, 1990, pp. 69-87; M. PORRET, *Beccaria*.

*peines infamantes* è (fallacemente) richiamato da Foucault proprio in rapporto alla valorizzazione del nesso tra differenze cetuali e leggi penali, si schiera risolutamente sullo stesso fronte: «S'il est un point dans lequel les lois doivent rendre egaux tous les citoyens c'est celui-ci: sans cela il ne peut y avoir ni sûreté, ni bonheur»<sup>17</sup>.

Quanto al principio metagiurisdizionale *sub b*), benché espressivo di una sensibilità diffusa nella letteratura dei Lumi, esso entra in contrasto con altre istanze coeve, *de iure condendo*, tutt'altro che trascurabili: come la dottrina beccariana che ancora l'entità della pena all'entità del danno sociale causato dal reato, escludendo la ponderazione dell'elemento soggettivo della colpevolezza; o come il principio della rigida soggezione del giudice alla legge, che, rafforzato dalla generale predilezione dei riformatori per l'istituzione della giuria, si impone nel primo codice penale della Francia rivoluzionaria: «pour chaque délit une peine fixe et déterminée»; «toute nuance du fait est étrangère au juge»; «[i] faut qu'il ouvre la loi, et qu'il y trouve une peine précise applicable au fait déterminé»<sup>18</sup>.

Queste ultime considerazioni mettono in luce quello che, a mio modo di vedere, è il limite maggiore dell'analisi di Foucault. Trascurando la polifonia dialettica del movimento de Lumi, egli restituisce un'immagine unitaria, compatta, monocroma del riformismo settecentesco. La sua proposta ermeneutica, giusta la quale «[l]a réforme du droit criminel doit être lue comme une stratégie pour le réaménagement du pouvoir de punir»<sup>19</sup>, si traduce nella costruzione di un canone ideologico: un canone ottenuto per selezione ed amalgama di principi ritenuti funzionali allo scopo di «régulariser, affiner, universaliser l'art de châtier»<sup>20</sup>.

L'amalgama tra i principi selezionati, per giunta, non sempre riesce; e, quando riesce, produce uniformità al prezzo della distorsione della realtà. Un esempio, per ciascuna di queste due aporie, può essere utile a chiarire la critica.

---

*Le droit de punir*, Michalon, Paris, 2003 (pubblicato in traduzione italiana con il titolo *Beccaria*, Il Mulino, Bologna, 2014; e PH. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris, 2010 (pubblicato in traduzione italiana con il titolo *Beccaria filosofo europeo*, Carocci, Roma, 2014).

<sup>17</sup> P.L. DE LACRETELLE, *Discours sur le préjugé des peines infamantes*, Cuchet, Paris, 1784, pp. 143-144.

<sup>18</sup> L.M. LE PELETIER, *Rapport sur le projet de code pénal fait au nom des comités de Constitution et de législation criminelle*, in Archives parlementaires, t. XXVI (séance du lundi 23 mai 1791), p. 322.

<sup>19</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller* cit., p. 83.

<sup>20</sup> Ivi, p. 92.

#### 4. *Ingredienti non amalgamabili*

Nel canone del pensiero riformatore, Foucault include due tesi antinomiche. La prima è enunciata a partire da una citazione di Filangieri:

«La proportion entre la peine et la qualité du délit est déterminée par l'influence qu'a sur l'ordre social le pacte qu'on viole. Or cette influence d'un crime n'est pas forcément en proportion directe de son atrocité; un crime qui épouvante la conscience est d'un moindre effet souvent qu'un méfait que tout le monde tolère et se sent prêt à imiter pour son compte. Rareté des grands crimes; danger en revanche des petits forfaits familiers qui se multiplient. Ne pas chercher par conséquent une relation qualitative entre le crime et sa punition [...]. Calculer une peine en fonction non du crime, mais de sa répétition possible»<sup>21</sup>.

Al di là dello scarto sorprendente tra la tesi di Filangieri (per cui «[il]delitto, col quale si viola un patto, che ha maggiore influenza sull'ordine sociale, deve [...] avere una pena maggiore, di quello, col quale si viola un patto, che ha un'influenza minore»<sup>22</sup>) e l'interpretazione che ne dà Foucault (per la quale l'entità della pena deve essere commisurata all'influenza del crimine: ovvero all'effetto imitativo che produce), ciò che interessa evidenziare è la conclusione («par conséquent») del ragionamento: la negazione – attribuita ai promotori della nuova *ars puniendi* – del principio di corrispondenza qualitativa tra delitto e castigo.

Sottolineo questa conclusione perché nel prosieguo della disamina foucaultiana quel principio è invece annoverato tra le massime della nuova *ars puniendi*: «Tirer le délit du châtement, c'est le meilleur moyen de proportionner la punition au crime»<sup>23</sup>, scrive Marat riecheggiando Montesquieu; «[i]l faut des rapports exacts entre la nature du délit et la nature de la punition»<sup>24</sup>, afferma Le Peletier dinanzi all'*Assemblée nationale*. «Que le

<sup>21</sup> Ivi, p. 95.

<sup>22</sup> G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione* (1780-1791), ed. critica diretta da V. Ferrone, I. III, parte II (1783), a cura di G. TOCCHINI, A. TRAMPUS, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", Venezia, 2009, cap. XXXIX, p. 141. Sulla dottrina penalistica di Filangieri sono imprescindibili gli studi di F. BERTI, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2003, pp. 473-502; e *Diritto penale e diritti dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. IPPOLITO, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 115-147.

<sup>23</sup> Cit. in M. FOUCAULT, *Surveiller*, cit., p. 107.

<sup>24</sup> Cit. in *ibid.*

châtiment découle du crime»<sup>25</sup>, epitoma Foucault.

Ora, se l'idea che si debba «calculer une peine en fonction non du crime, mais de sa répétition possible» non ha cittadinanza nella *République des Lumières* (il che non deve sorprendere, considerate le sue aberranti implicazioni), tanto l'affermazione del principio della corrispondenza tipologica tra la pena e il reato quanto la sua negazione sono presenti nel dibattito sul diritto di punire. Se questa è rarissima, quella, invece, è corrente: giustificata con argomenti teoretici o pragmatici, trova spazio sia sullo sfondo di dottrine giu-snaturalistiche sia nel contesto di dottrine utilitaristiche. Ciò vale a confermare l'inadeguatezza di ogni declinazione al singolare delle *Lumières du pénal*.

### 5. La distorsione come prezzo dell'uniformità

Nella «techno-politique de la punition»<sup>26</sup>, a cui Foucault riduce la scienza della legislazione penale coltivata dai riformatori, non c'è spazio per valori diversi da quelli inerenti a un ordinato governo della società: efficienza, legalità, disciplina, obbedienza... Una volta postulato che l'obiettivo delle riforme è quello di «insérer le pouvoir de punir plus profondément dans le corps social»<sup>27</sup>, ogni criterio assiologico estraneo – *prima facie* – alla logica di questo progetto governamentale, va mondato del suo belletto retorico e compreso nella sua valenza strumentale.

Così la battaglia illuministica contro le pene disumane viene interpretata da Foucault in chiave prettamente utilitaristica e spiegata in funzione degli interessi di chi esercita il dominio sociale:

«Les souffrances que doit exclure l'adoucissement des peines sont celles des juges ou des spectateurs avec tout ce qu'elles peuvent entraîner d'endurcissement, de férocité induite par l'accoutumance, ou au contraire de pitié induite, d'indulgence peu fondée [...]. Ce qu'il faut ménager et calculer, ce sont les effets en retour du châtiment sur l'instance qui punit et le pouvoir qu'elle prétend exercer»<sup>28</sup>.

Per gli effetti che ingenerano, insomma, le pene crudeli sono controproducenti: controproducenti per gli amministratori dell'ordine pubblico. «C'est cette rationalité "économique" qui doit mesurer la peine et en prescrire les

---

<sup>25</sup> Ivi, p. 108.

<sup>26</sup> Ivi, p. 100.

<sup>27</sup> Ivi, p. 84.

<sup>28</sup> Ivi, p. 94.

techniques ajustées»<sup>29</sup>. Qui, nella necessità di regolare l'esercizio del potere per assicurarne la capacità regolativa, si radica il principio di umanizzazione delle pene: «“Humanité” est le nom respectueux donné à cette économie et à ses calculs minutieux»<sup>30</sup>.

Demistificato e risemantizzato, il riferimento valoriale all'umanità è dunque riassorbito nell'ideologia dell'ottimizzazione punitiva. Punire crudelmente non è conveniente: avvezza alla violenza; produce connivenza. Punire crudelmente è dannoso, criminogeno. I teorici della riforma lo dicono e lo ripetono; continuamente. Ma – occorre domandarsi – lo dicono e lo ripetono per aumentare le *performances* dell'impresa penale («punir mieux»<sup>31</sup>) o per accreditare e corroborare un'istanza di giustizia (la mitigazione delle pene)?

Vedere in «chi dice umanità» un oculato calcolatore dei profitti del «théâtre des châtements»<sup>32</sup> e leggere la filosofia delle riforme come una sorta di *speculum principis* rivolto a un potere impersonale significa, a me pare, obliterare tutto il discorso politico, *ex parte civium*, che va da Beccaria, secondo cui «non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili»<sup>33</sup>, a Kant, il cui rigorismo retributivistico, nel momento stesso in cui giustifica la pena capitale, esige che la sua esecuzione «sia spoglia[ta] [...] di ogni malizia che potrebbe, nella persona del paziente, rivoltare l'umanità»<sup>34</sup>: l'umanità di chi è stato giudicato colpevole, non quella dei suoi giudici; l'umanità di chi subisce la punizione, non quella di chi assiste allo spettacolo penale.

Nel canone ideologico costruito da Foucault, questi principi di deontologia della pena non sono contemplati. Vi rientra, invece, quale espressione tipica della nuova «technique des signes punitifs»<sup>35</sup>, tutto l'arsenale penale preconizzato da François-Michel Vermeil nel suo *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*: dall'umiliazione per i delitti di vanagloria, al rogo per l'incendio, fino al «genre de supplice» ideato per i parricidi:

«Ce serait de crever les yeux au parricide; de l'enfermer dans une cage de fer, élevée de terre à une assez haute distance; dans laquelle

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 84.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 108.

<sup>33</sup> C. BECCARIA, *Des délits* cit., XIX, p. 206.

<sup>34</sup> I. KANT, *Metafisica dei costumi* (1797), in *Id.*, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO e V. MATHIEU, UTET, Torino 1965, parte I, 49 E 1, pp. 522-523.

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller* cit., p. 96.

le coupable nu, à l'exception d'une ceinture formée de fer maillé, serait nourri au pain et à l'eau jusqu'à la fin des ses jours; et se montrerait ainsi, exposé à toutes les rigueurs des saison, tantôt le front couvert de neige, tantôt calciné par un soleil brûlant»<sup>36</sup>.

Collocare nella medesima cornice ideologica l'ideatore di questo «supplice énergétique, présentant plutôt la prolongation d'une morte douloureuse que celle d'une vie pénible»<sup>37</sup> e autori come Beccaria, Filangieri e Marat è un'operazione assai discutibile. Non tutte le proposte di riforma mirano agli stessi obiettivi. Per capire bisogna distinguere. Perciò, se vogliamo conoscere davvero l'Illuminismo penale, dobbiamo resistere al fascino letterario di *Surveiller et punir*, tornando a coniugare filosofia e filologia. Foucault è un grande classico, ma non è un grande interprete dei classici<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> F.-M. VERMEIL, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Savoye et Delalain, Paris, 1781, pp. 148-149.

<sup>37</sup> Ivi, p. 149.

<sup>38</sup> Per un'acuta critica del paradigma foucaultiano si veda A. PUNZI, *Sorvegliare per non punire? Note su sicurezza e garanzie*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2014, 4, pp. 621-636.



Giovanni Serges\*

*Tempo, ragionevole durata, processo: qualche spunto a margine  
di una riflessione di Eligio Resta*

Proprio in occasione della legge di riforma costituzionale che introduceva nel nostro ordinamento i principi del “giusto processo” Eligio Resta si soffermava sul significato da attribuire alla riforma, mettendone in evidenza taluni aspetti in qualche misura paradossali. Egli assumeva che inserire principi di un processo giusto poteva, per un verso, voler asserire che, fino ad allora, il processo praticato non poteva ritenersi “giusto” e che, dunque, immettere proprio nel testo della norma fondamentale un nucleo di principi che riconducevano il processo ad una dimensione “giusta” significava ammettere come nell’ordinamento avessero trovato spazio «pratiche e principi processuali non in linea con i criteri della norma fondamentale» [l’espressione, così come le altre contenute nei virgolettati che seguono, si riferisce a E. RESTA, *Il tempo del processo*, in <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Halfbaked/Resta.htm>>]. In altri termini – e qui risiedeva il primo e forse più evidente aspetto paradossale – l’immissione dei principi di giustizia del processo sembrava potersi ricondurre all’esigenza di rilevare e sanare «l’incostituzionalità dei precedenti principi costituzionali», o forse, più esattamente, di ricondurre l’intelaiatura dei principi che devono ispirare tutti i processi giurisdizionali all’ispirazione di fondo della Carta costituzionale. Non un’ingiustizia dunque dei principi già racchiusi nella costituzione, quanto piuttosto un’insufficienza o anche solo la necessità di rendere esplicito, di irrobustire, ciò che i principi originari già contenevano in *nuce*.

Per altro verso, Resta osservava come l’introduzione del principio del processo svolto nel contraddittorio delle parti, da un lato, e di quello concernente l’imparzialità e terzietà del giudice, dall’altro assumesse in realtà una connotazione tautologica, una sorta di ripetizione nel testo della Costituzione di una esigenza tanto ovvia quanto imprescindibile perché possa seriamente parlarsi di processo. Per il resto la legge di revisione, dedicandosi poi a sviluppare e precisare (nelle parti corrispondenti agli attuali terzo, quarto e

---

\* Insegna Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, di cui è Direttore.

quinto comma dell'art. 111) i principi del contraddittorio e della terzietà con specifico riferimento al solo processo penale non sembrava aggiungere sostanziali novità, chiamando in causa il legislatore, ma soprattutto (come poi l'esperienza ha dimostrato) affidando all'opera del giudice delle leggi una più puntuale precisazione dei principi nel loro impatto con la legislazione vigente.

Questa assenza di una sostanziale novità – osservava Resta – non poteva, invece riferirsi al principio della ragionevole durata del processo, un principio dietro il quale, Egli osservava, si nasconde un «problema teoricamente paradossale, ma praticamente l'unico vero e degno di attenzione».

Qui Resta coglie acutamente un punto essenziale perché se è vero che, rimanendo sul piano più spiccatamente teorico, ci si trova dinanzi ad un paradosso in quanto «il diritto si trova, rispetto al tempo, nella condizione in cui il termostato si trova rispetto al calore atmosferico», ossia «lo regola essendone regolato» (E. RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. Dir.*, 2004, p. 371), non può negarsi che sul piano positivo il vero problema risieda nel dare consistenza a quel precetto costituzionale, nel tradurre la questione del tempo nel processo in strumenti concreti che si diano carico di risolvere, o quanto meno di rendere accettabile e non irragionevole, quella sfasatura inevitabile tra la dimensione temporale delle esigenze della vita di ciascun individuo e le esigenze temporali del diritto che regola il processo giurisdizionale.

È difficile negare che l'introduzione esplicita del principio della ragionevole durata in una Costituzione come la nostra nella quale, forse, una esigenza di un tempo ragionevole del processo poteva implicitamente farsi derivare dal più generale principio del buon andamento dell'amministrazione sia figlia, soprattutto, degli effetti che il parallelo principio del diritto di ciascun individuo ad ottenere giustizia entro un termine ragionevole (sancito dall'art. 6 della CEDU) aveva già prodotto nel nostro ordinamento.

La straordinaria quantità di condanne inflitte allo Stato italiano dalle sentenze della Corte Edu che, sotto più profili, avevano riconosciuto la violazione reiterata di quel principio nel nostro ordinamento costituisce l'*humus* sul quale cresce e si sviluppa l'esigenza di tradurre in un precetto di rango costituzionale un principio già affermato sul piano convenzionale, con pesanti ricadute nell'ordinamento interno.

Ma tra i due principi inseriti rispettivamente nella Convenzione europea e nella Costituzione vi è una sensibile differenza. Mentre il primo, infatti, si muove sul piano del diritto soggettivo – configura, in altri termini, il diritto di ciascun soggetto ad ottenere che qualunque decisione lo riguardi giunga in un tempo ragionevole, contestualmente, fa discendere da questo diritto

conseguenze sul piano della concreta possibilità di ottenere una condanna del singolo Stato a risarcire il danno prodotto – la norma introdotta nella nostra Costituzione si muove sul diverso piano della garanzia oggettiva.

Il principio convenzionale, insomma, afferma un diritto che il singolo individuo può concretamente azionare, seppure il contenuto di quel diritto dovrà poi essere costruito, in riferimento ad ogni singolo ordinamento statale, secondo una valutazione che implica la fissazione di *standard* entro i quali determinare un perimetro non superabile della “ragionevole durata” rimessa per intero alla Corte di Strasburgo.

La norma costituzionale italiana, invece, si muove sul piano del limite al legislatore, un limite tutto da costruire, da una parte, attraverso gli interventi legislativi diretti ad incidere sul rapporto tra tempo e processo e, dall'altra (e soprattutto), mediante il controllo della legittimità costituzionale sulle scelte complessivamente operate, ed in particolare sulla loro ragionevolezza misurata in rapporto alle finalità ed alla struttura di ogni singolo ordinamento processuale.

Un compito, dunque, difficile per il legislatore che ha di fronte un principio che, per un verso, sembra guardare, in primo luogo, ad una esigenza di efficienza complessiva del sistema giurisdizionale, ad un bisogno di speditezza dell'accertamento giudiziario in funzione di certezza della posizione dei singoli quale riflesso di una oggettiva necessità dell'ordinamento e, per altro verso, è inserito in un reticolo di principi costituzionali che si muovono nella direzione delle garanzie del singolo. Diritto di difesa, principio del contraddittorio, terzietà ed imparzialità del giudice rappresentano certamente la scelta di fondo del testo costituzionale, l'impronta culturale indelebile impressa dal Costituente alle quali il principio della ragionevole durata deve necessariamente essere rapportato.

Ed è, allora, proprio su questo fronte che il principio di un tempo ragionevole del processo mostra in pieno le difficoltà di una sua traduzione in termini concreti. Concepire il processo facendo prevalere le esigenze di speditezza rischia di compromettere il sistema delle garanzie, di mortificare (specie nell'ambito del processo penale) le potenzialità del diritto di difesa a scapito dell'individuo in nome di un superiore, ma per volti versi generico, interesse della società intera ad una giustizia che riconosce nella celerità del rito processuale il valore primario. Il tempo rapido del processo può mostrare così il suo aspetto paradossale quando si compromettono le possibilità concrete di difesa effettiva sacrificandole sull'altare di una cronologia scandita dalla prevalente esigenza della solerte definizione della vicenda processuale (in questi senso v. P. GAETA, *Durata ragionevole del*

*processo e giurisprudenza costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2003, 1139). Ma effetti non meno paradossali può comportare la concezione inversa, quando esaltandosi il profilo soggettivo delle garanzie difensive si rischia di costruire processi che prestano il fianco ad un uso strumentale del tempo fino a giungere al vero e proprio abuso della forma processuale. Una concezione del tempo processuale che si traduca nella vanificazione della funzione cognitiva del processo rischia, in realtà, di offendere l'idea di una durata ragionevole non meno di quella che sacrifica le garanzie difensive in favore di una celerità a tutti i costi.

Tra questi due poli estremi e con effetti decisamente paradossali va ricercato, dunque, il punto di equilibrio per evitare che il problema del tempo del processo resti senza soluzione, sostanzialmente vanificando il senso di una garanzia alla quale si è inteso riconoscere valore costituzionale. In questo senso una prospettiva feconda – seppur carica di difficoltà per un legislatore che, specie, in tempi recenti, sembra guardare alle riforme processuali con disinvolta leggerezza – è quella di ammettere che una nozione di ragionevole durata non sopporti una definizione *a priori*, una delimitazione svincolata dal sistema delle garanzie che devono caratterizzare ogni processo. Si tratta, insomma, come è stato esattamente osservato di «definire il rapporto tra la ragionevole durata e le altre garanzie del giusto processo» (così P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. Giust.*, 2017, 111), di ragionare della ragionevole durata una volta che si sia individuato il modello di processo al quale fare riferimento.

In questo senso la ragionevole durata può essere definita solo in relazione ad un processo che rispetti l'intero arco delle garanzie costituzionali del processo, nel quale la definizione temporale deve tener conto che nessuna di quelle garanzie può essere compressa ma, al tempo stesso, che nessuna di quelle garanzie può essere dilatata fino al punto di compromettere la funzione del processo. L'individuazione della ragionevole durata comporta, dunque, un'operazione di attento bilanciamento tra esigenze costituzionali che deve realizzarsi, di volta in volta, all'interno del modello processuale definito dal legislatore e tenendo conto che quel modello deve essere costruito con tutti gli elementi che la Costituzione impone, senza mai dimenticare che «la congruità dei tempi di amministrazione giudiziaria rappresenta un modo irrinunciabile di declinazione del processo» (così G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013, 220).

Di certo la ricerca del punto di equilibrio è una operazione che esige una grande attenzione, una attenta ponderazione di tutti gli elementi in gioco, tanto più difficile se si tiene conto che il legislatore si trova di fronte ad un elemento

– il tempo – che è, insieme, sfuggente e terribilmente concreto, inafferrabile e perennemente incombente, un mistero, per molti versi, ed anzi «il mistero forse più grande» (Così, C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Milano, 2017, 14).

Ma a questo compito il legislatore non può sottrarsi. Osserva esattamente Resta che spetta al legislatore «passare dal principio alla regolazione del tempo nei processi», tenendo conto di «connessioni con legislazioni precedenti, incastri sistemici, competenze da spostare, transitorietà da governare», perché «il legislatore è lì per quello, per decidere e argomentare, piuttosto che per negoziare e legittimarsi» (E. RESTA, *Il tempo del processo*, cit., 12).

Una lezione – quella di Eligio Resta – che conserva inalterato il suo valore, specie di fronte alla inerzia di un legislatore che sembra muoversi proprio al solo scopo di «negoziare e legittimarsi».



QUARTA PARTE  
LA PACE E LA GUERRA. LA VIOLENZA E LA NON VIOLENZA



Gaetano Azzariti\*

*La guerra globale e la pace come politica*

Cambia la guerra in epoca globale. Sono mutate le forme, i metodi, l'idea stessa di guerra. Due date segnano questo passaggio: il 9 novembre 1989 e l'11 settembre 2001.

La prima, con la caduta del muro di Berlino, ha posto fine ad ogni equilibrio e stabilità internazionale garantite sin lì dalla cosiddetta "costituzione di Yalta", sostituita da pure ragioni di potenza di Stati neo-imperiali, mascherate dalla retorica strumentale dei diritti umani e della pretesa di poter "esportare" la democrazia. Entro quest'orizzonte si sono definiti i diversi conflitti armati, dalla guerra del Golfo del '90 alla guerra in Libia nel 2011.

La seconda, con l'attacco alle torri gemelle, ha posto fine al collegamento tra guerra e territorio. Il terrorismo ha, infatti, sostanzialmente, de-territorializzato la guerra sia perché il terrore non ha nazione (tant'è che la guerra seguita all'11 settembre non fu ingaggiata tanto contro lo Stato dell'Afghanistan, quanto per combattere le organizzazioni terroristiche insediate o disseminate in alcuni territori nascosti), sia perché il terrorismo colpisce dappertutto e non ha cittadinanza (le stragi di Tolosa, Bruxelles, Parigi, Monaco, Rouen, Berlino, Londra, San Pietroburgo, Stoccolma, Manchester, Nizza Barcellona sono la dimostrazione tanto della capacità del terrore di colpire "ovunque", quanto della perdita di ogni possibile configurazione nazionale del "nemico", spesso autoctono).

Di fronte a modifiche della realtà così profonde le nostre analisi non sono state all'altezza. La politica – ma anche la dottrina – ha pensato di potersela cavare distorcendo il significato delle parole. Confidando sulla ipocrisia del linguaggio, abbiamo chiamato le «nuove guerre» missioni di polizia internazionale, per poi confondere quei pochi concetti teorici, di diritto internazionale, che devono essere tenuti fermi: *peacekeeping*, *peace-building*, *peace-enforcement* non sono la stessa cosa.

Dinanzi a questo scenario, si deve tentare un'analisi realistica delle disposizioni costituzionali in materia di guerra, per verificare come salvaguardare – nel nuovo contesto – il principio pacifista che innerva il nostro

\* Insegna Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

sistema costituzionale. A rigore il ripudio della guerra – di cui all’articolo 11, interpretato in combinato disposto con gli articoli 52, 78, 60 e 87 – conduce a legittimare esclusivamente la guerra difensiva di tipo tradizionale. Precludendo, pertanto, in qualsiasi caso l’utilizzazione delle nostre forze armate all’estero per la risoluzione di controversie internazionali. A rigore ne discende che nessun obbligo di partecipazione dell’Italia ad organizzazioni e alleanze sovranazionali (ONU, Nato) è in grado di legittimare dal punto di vista della nostra Costituzione l’uso delle forze armate per azioni militari contro obiettivi nemici in contesti di guerra civile. Le “limitazioni di sovranità”, di cui all’articolo 11 (spesso richiamate per giustificare i vincoli di alleanza internazionale), non mi sembra possano essere intese come idonee a legittimare l’invio di truppe in scenari propriamente bellici. Non tanto perché l’articolo 11 lega le “limitazioni” alle “condizioni di parità con gli altri Stati”; quanto per il vincolo teleologico chiaramente indicato da questo stesso articolo e che rappresenta il presupposto per ogni valutazione in merito: assicurare «la pace e la giustizia fra le Nazioni».

Può dirsi che rispondano a tale vincolo le attuali guerre non dichiarate? Per rispondere affermativamente alla domanda posta non bastano le ragioni umanitarie che sempre mascherano gli interventi militari. Tanto più nei casi in cui la violenza armata sia rivolta contro nemici senza un territorio, senza confini, senza governi, senza eserciti riconosciuti. Se si vuole dare un senso concreto ai limiti costituzionali alla guerra diventa necessario porre dei punti fermi che devono condizionare la politica italiana anche a livello internazionale.

Anzitutto è opportuno ricordare le ragioni originarie che indussero il nostro costituente ad ammettere le limitazioni di cui all’articolo 11. Esse furono previste per permettere la partecipazione dell’Italia all’Organizzazione delle Nazioni Unite: era quella l’organizzazione internazionale rivolta ad assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni. Dunque, non ad uno Stato, né a gruppi di Stati tra loro alleati è rivolta la norma. Ciò deve indurre a ritenere che nessun impegno di *peacekeeping* possa essere contratto tra Stati, non essendo neppure sufficiente – come attualmente si ritiene – una indeterminata “copertura” ONU. Appare, invece, necessario operare nel pieno rispetto delle disposizioni della Carta ONU, in particolare seguendo quanto imposto dall’articolo 46, che afferma che l’impiego delle forze armate sono stabilite dal Consiglio di Sicurezza in base a decisioni assunte ai sensi dell’articolo 27 (con almeno nove voti su quindici, tra cui tutti i membri permanenti). Secondo quanto previsto dalla Carta delle Nazioni Unite vi sono anche altri articoli che dovrebbero essere fatti valere, tra cui quelli che assegnano la direzione di queste missioni direttamente al

Consiglio di sicurezza (articoli 43 e 53). Norme, queste ultime, che non hanno trovato applicazione.

Ma anche volendo prendere atto della debolezza dell'ONU, non penso che ciò possa legittimare la riassunzione delle decisioni sulla guerra da parte degli Stati. Non ritengo cioè che possano ritenersi sufficienti generiche coperture ONU, dovendosi, invece, pretendere quantomeno una esplicita delibera del Consiglio di Sicurezza. Si afferma che in tal modo si rischia la paralisi, soprattutto a seguito della regola dell'unanimità dei membri permanenti. Ebbene è questa una buona ragione per pensare ad una riforma delle Nazioni Unite che sia in grado di rilanciare il ruolo di una istituzione sovranazionale che ha come sua propria finalità quella di "salvare le future generazioni dal flagello della guerra".

D'altronde, la crisi del modello ONU non può rendere legittimo ciò che non è tale ai sensi della nostra Costituzione. Nessun pregio costituzionale, dunque, può avere la condizione "politica" posta nel caso della crisi libica: l'intervento diretto degli Stati – tra cui quello italiano – è stato subordinato (esclusivamente) alla richiesta di intervento da parte del governo libico. Pur non volendo considerare che un "governo" libico in realtà non esiste (in quel paese è in corso una guerra civile, pertanto nessuna autorità è pienamente legittimata in quelle aree), in ogni caso, anche ove fosse richiesto da una delle fazioni in lotta (quella prescelta dall'ordinamento internazionale, che abbia sede a Tripoli ovvero a Tobruk o altrove non rileva), non perciò l'intervento militare potrebbe diventare legittimo.

A ben vedere il sistema costituzionale fornisce indicazioni ed indirizzi precisi in ogni situazione di crisi internazionale. Al di là della loro classificazione – se siano guerre in senso tradizionale o manifestazione di una diversa tipologia di "nuove guerre" – appare necessario il confronto tra le diversificate missioni militari all'estero e la più drammatica situazione della guerra dichiarata. Dal complessivo sistema costituzionale (i già richiamati articoli 11, 52, 60, 78, 87) non solo emerge un quadro di grande cautela, ma soprattutto una volontà di coinvolgimento di tutti gli organi di vertice del nostro ordinamento costituzionale. Nessuno nel nostro ordinamento costituzionale può pretendere di prendere una decisione concernente la pace e la guerra in solitudine. Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono i poteri necessari al governo; esse, inoltre, rimangono in carica – è l'unico caso di *prorogatio* (articolo 60) – in caso di guerra proprio al fine di continuare ad esercitare le proprie prerogative anche nelle più drammatiche situazioni belliche. Il Presidente della Repubblica non solo dichiara la guerra, ma ha anche il comando delle forze armate e presiede

il Consiglio supremo di difesa. Dunque, in qualità di garante del sistema costituzionale, svolge un ruolo di assoluto rilievo, sebbene non eserciti poteri effettivi di comando. Infine, certamente anche il governo, il quale ottiene i “poteri necessari”, ma questi sono conferiti dal Parlamento che ne definisce l’ambito e che dunque non si affrancano dal controllo del Parlamento (il quale “non sciolto” può sempre modificare il conferimento dei poteri). D’altronde, il governo non può che rimanere in raccordo, in sintonia, con il Presidente della Repubblica, non solo perché il Presidente è il garante della Costituzione, non solo perché firma tutti gli atti del governo più rilevanti, ma anche perché, in qualità di rappresentante dell’unità nazionale (articolo 87), deve garantire i rapporti internazionali.

È interessante rilevare che nei casi estremi di guerra e di difesa della Nazione, la nostra Costituzione non definisce i ruoli solo degli organi di vertice, ma è la Repubblica nel suo insieme che viene chiamata in causa. Sui cittadini incombe un dovere “sacro”, quello di difendere la patria (articolo 52), da qui la loro suprema legittimazione a partecipare alle decisioni ultime sulla pace e sulla guerra.

Questa sistematica ritengo racchiuda lo spirito pacifista della nostra Costituzione. Credo che essa debba trovare una sua specifica definizione anche nei casi di guerre non dichiarate, in ogni caso di uso all’estero delle forze armate italiane, ogni volta che impegni internazionali spingano a partecipare a conflitti armati. Purtroppo, invece, si registrano comportamenti, fatti, atti, che spingono il sistema politico italiano in opposta direzione. La tendenza di fondo è quella della progressiva “governamentalizzazione” delle decisioni sulle politiche di guerra. Il dominio degli esecutivi appare palese se si pensa alla progressiva emarginazione del Parlamento, alla sua irreggimentazione entro le logiche proprie della maggioranza di governo.

Più in generale, è la indeterminatezza dei rapporti Parlamento-governo che deve essere denunciata. I passaggi del governo in Parlamento non possono essere lasciati al caso, alla bontà dei governi, alle più o meno estemporanee mozioni e interpellanze dei parlamentari, alla richiesta eventuale della Commissione difesa, alle generiche informative. Io credo che sia opportuno stabilire un obbligo del governo di trasmissione di atti, di interlocuzione con la Commissione, in ogni caso di preparazione prima e dopo l’invio dei militari all’estero, al fine di permettere al Parlamento, alle Commissioni competenti quantomeno, di adottare gli atti di indirizzo, che il governo dovrà tenere in sede europea e internazionale.

In fondo null’altro che un meccanismo analogo a quello già adottato in situazioni molto meno drammatiche: è ad esempio il sistema adoperato

per garantire la partecipazione parlamentare alla fase ascendente di formazione del diritto europeo (legge 234 del 2012). Non vedo ostacoli per l'utilizzazione di un simile meccanismo nei casi, ben più delicati, legati alle missioni militari all'estero. Un sistema, in sostanza, che obblighi il governo ad andare in Parlamento, non lasciando alla sua discrezionalità la decisione di far partecipare l'organo legislativo, stabilendo così il coinvolgimento nelle decisioni di altri soggetti oltre all'esecutivo.

Vero è che c'è anche bisogno di un Parlamento geloso delle sue prerogative. Se questi – il Parlamento – è il primo a spogliarsi delle proprie responsabilità e a non rivendicare un suo ruolo, delegando all'esecutivo tutte le decisioni che esso già assume, magari attribuendogli ulteriori compiti, non riusciremo mai a riequilibrare i rapporti tra organi, tra governo e Parlamento.



Favorita Barra\*

*“Le regole vogliono sacrifici”*

1. *L'ambiguo diritto*

La vita del diritto dalla sua genesi alla sua conservazione è simbioticamente legata al fenomeno della violenza.

Il pensiero filosofico-politico moderno ha ricostruito l'ordine sociale in termini di prerogativa dello Stato di diritto. La possibilità dell'ordine, come è noto, è la chiave di volta attorno alla quale Thomas Hobbes edifica la sua grande costruzione teorica: il *Leviatano*<sup>1</sup>.

L'inclinazione dell'uomo alla violenza e alla guerra, condizione dello stato di natura, è il presupposto del *pactum subiectionis*. Attraverso il patto sociale gli uomini si sottomettono ad un potere comune; tale decisione comporta la rinuncia all'esercizio della violenza individuale.

La teoria hobbesiana sulla fondazione dello Stato moderno pone la violenza non tanto quale presupposto logico del patto sociale, quanto piuttosto come connotato strutturale del potere sovrano che la monopolizza.

Far emergere lo stretto legame tra diritto e violenza equivale ad affermare che il carattere dominante del diritto è l'ambiguità<sup>2</sup>.

Nel saggio del 1921, intitolato *Per la critica della violenza*, Walter Benjamin, si sofferma sulla “problematicità del diritto”, derivante dall'impossibilità di comporre i conflitti, con mezzi che siano diversi dalla violenza. La natura “ambigua” del diritto

«ci obbliga anzitutto a constatare che un regolamento di conflitti privo affatto di violenza non può mai sfociare in un contratto giuridico. Poiché questo, per quanto sia stato concluso pacificamente dai contraenti, conduce, in ultima istanza, a una possibile violenza. Poiché esso conferisce ad ogni parte il diritto di ricorrere, in qualche

\* Dottoressa di ricerca in Filosofia del diritto, Dipartimento di giurisprudenza, Università Roma Tre.

<sup>1</sup> T. HOBBS, *Leviatano* (1651), Editori Riuniti, Roma, 1982. Si veda anche Id., *Elementi di legge naturale e politica*, La Nuova Italia, Firenze, 1985; interessante la lettura data da: C. SCHMITT, *Sul Leviatano*, il Mulino, Bologna, 2011; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990; Id., *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

<sup>2</sup> E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli, Milano, 1984.

forma, alla violenza contro l'altra, nel caso che questa dovesse violare il contratto»<sup>3</sup>.

Su un piano soggettivo se viene meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in ogni istituto giuridico esso decade<sup>4</sup>.

Il periodo in cui Benjamin dà alla luce la sua penetrante riflessione, è caratterizzato da una preoccupante condizione di guerra, tuttavia il suo messaggio non è circoscritto alla situazione drammatica in cui versava la Germania del suo tempo, né ad un preciso contesto storico, ma attiene al carattere immanente del diritto. Sul punto, il filosofo tedesco osserva con estrema lucidità che la critica della violenza si definisce nel suo rapporto costante con il diritto e con la giustizia<sup>5</sup>.

Proprio nel legame inestricabile tra diritto e violenza risiede il paradosso fondativo del diritto.

La critica della violenza, se da un lato attiene ad una indagine sui presupposti, sulle condizioni del suo esercizio e sulle forme in cui essa si manifesta, dall'altro, ha a che fare con un'acuta osservazione circa le modalità attraverso le quali il sistema giuridico ne attua la comunicazione<sup>6</sup>.

Walter Benjamin, nella sua analisi, distingue la violenza che pone il diritto *rechtsetzend* dalla violenza che conserva il diritto *rechtserhaltend*. Più specificamente: «Ogni violenza, è come mezzo potere che pone o che conserva il diritto. Se non pretende a nessuno di questi due attributi, rinuncia da sé ad ogni validità»<sup>7</sup>. La duplicità del tipo di violenza corrisponde ad una duplicità di funzione: la creazione e la conservazione di diritto, quest'ultima intesa come strumento di difesa degli ordinamenti.

Creazione di diritto, spiega Benjamin è creazione di potere, ma anche «atto di immediata manifestazione di violenza»<sup>8</sup>. La distinzione tra violenza *rechtsetzend* e *rechtserhaltend* è seguita dalla distinzione tra violenza mitica e violenza divina. A titolo esemplificativo lo scrittore presenta il regolamento di confini, modalità di attuazione della pace, come *archetipo* della violenza creatrice di diritto. Nell'atto di apporre confini c'è distruzione e perdita per la parte soccombente, ma nello stesso tempo, riconoscimento di pari diritti

<sup>3</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* in *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 2007, pp. 16-17.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 5.

<sup>6</sup> E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 8: «La comunicazione del sistema sociale sulla propria violenza è il nostro problema e c'è stato un momento nella storia dei sistemi sociali in cui la violenza ha visto ridursi e incanalarsi la comunicazione intorno ad essa in un sistema specifico, creato per fornire risposte specifiche e spesso esclusive».

<sup>7</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit. p. 16.

<sup>8</sup> *Ivi.* p. 24.

in capo ai confliggenti. Nella formale parità giuridica risiede «la mitica ambiguità delle leggi» e il carattere “demonicamente ambiguo” del diritto<sup>9</sup>.

La violenza che pone il diritto, precisa Benjamin è violenza mitica, l’antitesi di quella divina.

Più specificamente:

«Se la violenza mitica pone il diritto la divina lo annienta, se quella pone limiti e confini, questa distrugge senza limiti, se la violenza mitica incolpa e castiga, quella divina purga ed espia, se quella incombe, questa è fulminea, se quella è sanguinosa, questa è letale senza sangue»<sup>10</sup>.

La pura violenza divina si pone sopra ogni vita in nome del vivente, diversamente, la violenza mitica si scaglia sulla nuda vita in nome della violenza.

Sul punto Judith Butler sottolinea che il potere divino può compiere il suo atto distruttivo, solo se il potere mitico ha individuato il soggetto colpevole e statuito la punizione per la violazione posta in essere. La filosofa nota che per Benjamin il dio ebraico non induce la colpa e non annichilisce l’anima dell’essere vivente, che invece viene messa a repentaglio dalla legge, attraverso la colpa<sup>11</sup>.

La critica della violenza di Benjamin fa emergere la possibilità del dissolvimento della violenza mitica. La motivazione di questa presa di posizione finale deve essere rintracciata nel riferimento alla “colpevolezza della nuda vita naturale”, resa evidente dall’azione delle “forme mitiche del diritto”. Tuttavia sullo «spodestamento del diritto insieme alla forze a cui esso si poggia (come esse ad esso), e cioè in definitiva allo Stato, si basa una nuova epoca storica»<sup>12</sup>.

La lettura del saggio di Benjamin, precedentemente citato, ruota attorno all’idea che il diritto legittima la violenza compiuta in nome della legge, in base agli iter procedurali statuiti dalla stessa, e che allo stesso tempo, la violenza diventa il modo attraverso cui il diritto instaura e legittima se stesso.

La visione di Benjamin trova il suo termine di contrapposizione nella teoria di Hannah Arendt.

<sup>9</sup> Ivi. p. 25.

<sup>10</sup> Ivi. p. 26.

<sup>11</sup> J. BUTLER, *Critica, coercizione e vita sacra in “Per la critica della violenza di W. Benjamin”* in *Aut Aut*, il Saggiatore, Milano, 2009, p. 82.

<sup>12</sup> W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit. p. 29

## 2. Sulla violenza

Emblematica è l'affermazione della Arendt: «Chiunque abbia avuto occasione di riflettere sulla storia e sulla politica non può non essere consapevole dell'enorme ruolo che la violenza ha sempre svolto negli affari umani»<sup>13</sup>. Tuttavia la questione della violenza necessita di un approfondimento, in quanto in certa misura, resta oscura<sup>14</sup>.

Tra i teorici della politica vige un consenso diffuso: la violenza è la chiara manifestazione del potere. In tal senso memorabile è la definizione di Stato, formulata da Max Weber, come «dominio di uomini su uomini basato sul mezzo della violenza legittima (cioè considerata legittima)»<sup>15</sup>.

La filosofa tedesca critica l'assunto per cui il potere politico corrisponde all'organizzazione della violenza, in quanto tale tesi sarebbe secondo lei accettabile solo considerando lo Stato, alla stregua di Marx, come strumento di oppressione delle classi dominanti<sup>16</sup>. Il ragionamento della Arendt si spinge oltre. Considerando le istituzioni e le leggi come «sovrastrutture coercitive» e di conseguenza la violenza come essenza intimamente connessa al potere, si potrebbe affermare che venendo meno la prima, si assisterebbe alla fine del potere?

La risposta dipende da ciò che intendiamo per potere. Se il potere è mero strumento di comando e se «l'essenza del potere è l'efficacia del comando», allora non c'è potere più forte di quello prodotto dalla canna di un fucile<sup>17</sup>.

Tuttavia, come scrive Passerin D'Entrèves, il potere è forza qualificata, che viene esercitata «in nome della legge» e secondo procedimenti che le norme stabiliscono.

La forza perde nella regolarità la sua qualità<sup>18</sup>. In altre parole per il filosofo il potere è un tipo di violenza regolarizzata. Se non può essere posto in dubbio il legame intimo e necessario tra violenza, potere e diritto, deve però essere riconosciuta la differenza tra i concetti di violenza e forza.

Hannah Arendt intercetta nella forza «l'energia sprigionata da movimenti fisici e sociali»; la violenza è invece mezzo di coercizione<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> H. ARENDT, *Sulla violenza*, Guanda, Cuneo, 1996, p. 10.

<sup>14</sup> G. SOREL, *Considerazioni sulla violenza*, Laterza, Bari, 1970.

<sup>15</sup> M. WEBER, *Politik als Beruf*, Hofenberg, Berlin, 2016, p. 4. Si veda altresì: Id., *Economia e società*, Comunità, Milano, 1974.

<sup>16</sup> H. ARENDT, *Sulla violenza*, Guanda, Cuneo, 1996, p. 32.

<sup>17</sup> Ivi, p. 33.

<sup>18</sup> P. D' ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 13.

<sup>19</sup> H. ARENDT, *Sulla violenza*, cit., p. 41. Interessante la ricostruzione della differenza tra forza

La filosofia promuove una definizione di potere, che ha a che fare con l'esercizio della facoltà di agire. Più precisamente il potere è un fine in sé, «non ha bisogno di giustificazione, essendo inerente all'esistenza stessa delle comunità politiche; quello che invece gli serve è la legittimazione», che deriva dal fatto stesso per i consociati di trovarsi insieme e di agire di concerto<sup>20</sup>.

Siamo di fronte ad una grammatica politica, che cerca di purificare la fondazione dello Stato di diritto dalla violenza, fenomeno, che per usare le parole della Arendt, «non promuove cause, né la storia né la rivoluzione, né il progresso né la reazione; ma può servire a drammatizzare le ingiustizie e a sottoporle all'attenzione dell'opinione pubblica»<sup>21</sup>.

### 3. *Misconoscimenti*

I paradossi del diritto si nutrono di certe dinamiche dell'osservazione.

Joseph De Maistre, nello scritto *Le serate di Pietroburgo*, riflette sulla curiosa circostanza dell'uccisione che l'uomo perpetra nei confronti dell'uomo e introduce un tema rilevante ai fini del discorso sulla violenza: il «diritto di uccidere senza commettere un delitto è affidato, fra noi, al boia e al soldato»<sup>22</sup>.

Un'osservazione del sistema giuridico, che non si sottrae a se stessa, è capace di coglierne gli auto-inganni. René Girard, attento studioso della violenza e dei meccanismi sacrificali, precisa che le società moderne attuano un vero e proprio misconoscimento nei confronti della violenza.

In altre parole si attua un nascondimento della violenza, che dimora nell'invisibilità e una incapacità di comprendere la funzione di ogni ritualizzazione del sacrificio. Ogni violenza può essere descritta in termini di sacrificio<sup>23</sup>, che dalle manifestazioni più eclatanti e cruento, proprie dei rituali di alcune comunità arcaiche, è amministrata monopolisticamente dallo Stato.

Il sacrificio rituale e il sistema giudiziario hanno in realtà la medesima funzione: neutralizzare la violenza. Tuttavia l'azione del sistema giudiziario poggia su una potente dissimulazione: si ha poco coscienza del fatto che tutti i procedimenti utilizzati per interrompere la violenza sono radicati in essa.

---

e violenza data da: J. P. SARTRE, *Quaderni per una morale*, Associate, Roma, 1991, p. 99.

<sup>20</sup> Ivi, p. 47.

<sup>21</sup> Ivi, p. 72.

<sup>22</sup> J. DE MAISTRE, *Le serate di Pietroburgo*, Rusconi, Milano, 1986, p. 377.

<sup>23</sup> R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, pp. 13-14. Sulla tema della sacertà si veda: L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Cedam, Padova, 2005; G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Einaudi, Torino, 1995.

«Il sistema giudiziario sottrae agli sguardi la propria funzione»<sup>24</sup>, precisa Girard; i meccanismi rituali di prevenzione religiosa e il sistema giudiziario dissimulano ciò che li rende identici alla vendetta. A differenza dei sistemi primitivi, che deviano la violenza dell'intera comunità su una vittima innocente, operando una sorta di transfert collettivo, il sistema giudiziario controlla e manipola la vendetta. Si assiste ad una razionalizzazione della mimesi violenta. La decisione ultima e inoppugnabile dell'autorità giudiziaria è cogente chiude la lite, spezzando il circuito della vendetta.

L'ordinamento giuridico attua un monopolio coercitivo della forza, determinando le condizioni in presenza delle quali deve essere dispiegata la forza. Tuttavia per dirla con le parole di Hans Kelsen: «La pace del diritto è solo una pace relativa, non pace assoluta»<sup>25</sup>, in quanto il diritto non esclude l'uso della costrizione fisica di un uomo da parte di un altro uomo.

Se il "modello curativo" proprio dei sistemi giudiziari è organizzato attorno al principio della colpevolezza e alla logica della retribuzione, il "modello preventivo" gravita attorno al sacrificio di una vittima innocente. Si potrebbe anche affermare che nelle comunità primitive il colpevole non esiste come entità autonoma; i componenti sono legati ad un filo sottile, che Émile Durkheim, chiama solidarietà meccanica. Questa coesione è spiegata da una certa conformità di tutte le coscienze particolari ad un tipo comune, cioè il tipo psichico della società.

In altre parole le volontà degli individui si muovono verso la stessa direzione, conformemente<sup>26</sup>.

Un ulteriore misconoscimento regola le dinamiche di neutralizzazione della violenza. Il filosofo francese nota come, sia i procedimenti curativi, sia quelli curativi della violenza, siano permeati del religioso. Più precisamente:

«Il religioso in senso lato fa certo tutt'uno con quella oscurità che in definitiva avvolge tutte le risorse dell'uomo contro la sua stessa violenza, curative o preventive che siano [...]. Tale oscurità coincide con l'effettiva trascendenza della violenza santa, legale, legittima, di fronte all'immanenza della violenza colpevole e illegale»<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Ivi. p. 38.

<sup>25</sup> HANS KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1975, p. 50. Si veda sul tema: Id., *Il problema della sovranità*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>26</sup> EMILE DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Ed. Comunità, Roma, 1971, p. 124. Si veda altresì: Id., *Le forme elementari della vita religiosa*, Ed. Comunità, Milano, 1963; F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Kurumuny, Bologna, 2009; P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Boringhieri, Torino, 1990. Sulla dimensione religiosa arcaica si rinvia a K. KERÉNYI, *La religione antica nelle sue linee fondamentali*, Astrolabio, Roma, 1951.

<sup>27</sup> R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, p. 40. Sul tema del sacrificio

Solo una trascendenza, effettivamente riconosciuta, Dio o le istituzioni, in base al diverso contesto, storico, culturale, politico, può garantire l'efficacia preventiva e curativa della mimesi della vendetta, proclamando una violenza, santa, legittima, legale.

L'ambiguità del diritto si è detto ruota proprio attorno all'auto-trascendimento della violenza, che fonda la propria legittimità nel patto sociale.

#### 4. *Immunizzazione*

Interessante notare come attraverso il sacrificio la comunità arcaica si divide da se stessa per limitare la sua energia contaminante: separa da sé un punto sul quale indirizzare il male collettivo in modo che sia allontanato dal resto del corpo<sup>28</sup>. Il sistema giuridico, può essere descritto come un sistema immunitario. È noto che secondo la logica immunitaria la vita combatte ciò che la nega: l'inoculazione di quantità non letali di virus porta alla produzione di anticorpi capaci di combattere gli agenti patogeni<sup>29</sup>. Se si sposta il focus dell'osservazione dal corpo del singolo al corpo sociale, e se si considera la violenza come un agente patogeno, la sua neutralizzazione avviene iniettando nella società quantità non letali di tale "veleno".

In tale processo il sistema giuridico deve costruire la differenza tra la violenza prodotta dalla società e quella che utilizza e amministra al fine di controllare le "perturbazioni", prodotte al suo interno<sup>30</sup>. L'efficacia dell'ordinamento ruota sulla validità di tale differenza.

A tal riguardo, come René Girard sottolinea, se la trascendenza giudiziaria perde la sua efficacia, o diviene incapace di farsi rispettare, viene meno il limite tra violenza e diritto e riaffiora il carattere imitativo e ripetitivo della violenza.

Come è noto, l'ordinamento normativo e l'apparato giudiziario sono sistemi di controllo sociale, che attraverso decisioni politico-amministrative regolano gli squilibri sistemici.

La violenza è amministrata in una complessa rete di comunicazione,

---

nelle società primitive si fa riferimento a: Id., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987; Id., *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, Adelphi, Milano, 1983; M. MAUSS, H. HUBERT, *Saggio sul sacrificio*, Morcelliana, Brescia, 2002.

<sup>28</sup> R. ESPOSITO, *Communitas*, Einaudi, Torino, 1996, p. 46; sul punto si veda anche: Id., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002.

<sup>29</sup> *Ivi.*, p. 10.

<sup>30</sup> N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 58. Sulla teoria dei sistemi sociali si rinvia a: Id., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990.

che si articola in mille pratiche di azione. La spinta incontrollabile della vendetta è sempre in agguato e il sistema sociale elabora continuamente strategie in grado di contenerla.

Nella violenza è quindi possibile rinvenire una “via regia”: nel momento in cui svela il suo carattere umano e la sua inerenza alla società, suggerisce anche vie di fuga e aggiustamenti.

Sul punto icastiche sono le parole di Eligio Resta: «La fredda razionalità delle istituzioni giuridiche e politiche ne sarà una involontaria custode, costretta a porsi come rimedio della violenza che le sta all'esterno ma costretta a giocare, in maniera forse più sottile, con la sua stessa violenza, in un confine incerto, difficile, che la stessa legge crea ma che è anche l'unico luogo dove la sua identità può «validamente» affermarsi in quanto differenza»<sup>31</sup>.

### 5. *Il sacrificio della legge*

Le forme attraverso le quali la questione del sacrificio riaffiora dalle maglie del diritto positivo sono le più varie e inattese; esso si presenta sotto le vesti meno visibili.

La pena di morte è forse l'esempio più eclatante di indifferenziazione tra forza amministrata e violenza regolata.

Un altro caso paradigmatico di tale distorsione si inserisce nella crisi profonda in cui è piombata la comunità internazionale in seguito agli attacchi terroristi avvenuti l'11 settembre 2001.

L'11 gennaio 2005 fu emanata dal governo federale tedesco la Legge sulla Sicurezza Aerea, poi dichiarata incostituzionale. Più specificamente l'art. 14 regolava l'ipotesi in cui un aeromobile stesse per essere utilizzato come mezzo per realizzare attentati contro persone. In questa circostanza la norma prevedeva l'abbattimento del velivolo da parte delle forze armate, considerando, questa soluzione, l'unica possibile per arginare l'attentato.

Il 15 febbraio 2006 il *Bundesverfassungsgericht* ne dichiarò l'incostituzionalità. Nel caso in cui un aereo venisse dirottato, le autorità statali e le forze armate, autorizzandone l'abbattimento, avrebbero determinato non solo il sacrificio della vita dei terroristi, volontariamente e consapevolmente coinvolti nell'azione delittuosa, ma anche la vita dei passeggeri, vittime innocenti e inconsapevolmente coinvolte nel tragico avvenimento.

Alla luce di questa considerazione, la Corte Federale tedesca non ha esitato a ribadire che la vita umana deve essere considerata come principio

---

<sup>31</sup> E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit. p. 91.

fondamentale e valore costituzionale di cui nessuno può essere privato.

La norma infatti avrebbe violato l'art. 1 in combinato disposto con l'art. 2 del *Grundgesetz*. L'art. 1 comma 1 stabilisce che: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». L'art. 2, comma 2 sancisce che: «Ognuno ha diritto alla vita e alla incolumità fisica [...]». Lo Stato autorizzando il sacrificio di vite per salvarne altre, avrebbe considerato i passeggeri e l'equipaggio un'arma impropria, spersonalizzandoli e privandoli dei diritti inalienabili della vita e della dignità.

Riaffiora alla mente il pensiero kantiano. Per il filosofo gli esseri razionali sono chiamati persone; è proprio «la loro natura che li contraddistingue già come fini in se stessi, ossia come qualcosa che non può essere usato semplicemente come mezzo, e in conseguenza limita ogni arbitrio»<sup>32</sup>.

Il diritto vive nella costante oscillazione tra limite e arbitrio, regolarità e caso, forza e violenza.

“Le regole vogliono sacrifici” in ogni istante in cui la vita viene incorporata nel linguaggio burocratico delle liti giudiziarie, nell'impossibile *com-pensatio* della pena, nel carattere tragico di alcune decisioni giudiziarie, nel rischio continuo di ricadere nell'arbitrio, poiché si sa la legge è il prodotto della deliberazione dell'uomo e viene applicata ed eseguita dall'uomo<sup>33</sup>.

Da questa consapevolezza, sempre aperta è la sfida del diritto di riaffermarsi quotidianamente *katèchon*, limite solido e condiviso.

<sup>32</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 2003, p. 91. Sul punto si rinvia a: Id., *Kant Critica della ragion pratica*, Bompiani, Milano, 2000.

<sup>33</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 35. Sul rito si rinvia a: F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981; M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002. Sul tema delle “scelte tragiche” si veda: G. Calabresi, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006; Id., *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano, 1996; sul tema si fa altresì riferimento alla lettura data da: G. COLOMBO, G. ZAGREBELSKY, *Il legno storto della giustizia*, Garzanti, Bergamo, 2017, p. 68-71.



Patrizio Gonnella\*

*La forza esemplare delle microstorie. Aldo Capitini ed Eligio Resta*

La vita non è un blocco unico di sentimenti, passioni, scelte. La vita fluisce nel tempo, scorre tra momenti, fatti, decisioni, pensieri, azioni che non sempre è facile ricondurre a unità biografica. La vita è qualcosa di più rispetto a una sequenza ciclica di eventi biologici. La vita è una dinamica interazione sociale.

Il diritto non è un totem. Il diritto offre una delle possibili chiavi di lettura della vita. Sarà la peggiore tra le chiavi di lettura possibili qualora il diritto si presenti come un monolito. Il diritto costruito e imposto come formazione granitica non produce trasformazione sociale ed è fattore di probabile sofferenza individuale in quanto incapace di far stare comodi uomini e donne nelle loro esistenze, contribuendo viceversa a renderle tragiche. Il diritto monolitico non sarà mai capace di interpretare la vita vera. Può illudersi di giudicarla, ma se si impone con la forza, non potrà mai comprenderla né mettersi al servizio delle vite umane. Queste ultime vanno sempre lette, rispettate, sostenute nella loro irrimediabile complessità. Tutti siamo uno. Ma ognuno è differente dall'altro.

Non è con il solo diritto che si riuscirà mai ad imporre la pace. La pace è un mosaico la cui composizione richiede pazienza. Il diritto, direbbe Eligio Resta, ha invece fretta, una fretta inconciliabile con i tempi della costruzione della pace. La pace non è assenza temporanea di guerra. La pace non è assimilabile a un periodo più o meno lungo di tregua. Questa non è pace, come non era un periodo di pace quello che ha caratterizzato i lunghi decenni di guerra fredda. I missili venivano costruiti, venduti, messi sulla rampa di lancio, anche se non è mai stato premuto il bottone da uno dei tanti dottor Stranamore americani o sovietici presenti nella scena politica internazionale di quegli anni. La pace è un processo che si costruisce con fatica, tassello per tassello, momento per momento. La pace è una scommessa così come lo è la nonviolenza. «La pace è una virtù che nasce dalla forza dell'anima». Così scrisse Aldo Capitini in *Antifascismo tra i giovani* (Edizioni Célébes, 1966 Trapani), riprendendo un brano di Baruch Spinoza tratto dal *Tractatus Theologico-Politicus*.

\* Ricercatore. Insegna Sociologia del diritto, Dipartimento di Scienze Politiche, Università Roma Tre. È presidente dell'associazione Antigone.

C'è un legame forte di pensiero (e di conseguenza anche di azione) tra Aldo Capitini ed Eligio Resta. Un legame culturale, filosofico, politico, etico espresso in modo nitido in *Marciare per la pace. Il mondo non violento di Aldo Capitini* (E. RESTA, Alarico Mariani Marini, Edizioni Plus Pisa University Press, 2007). *Azione nonviolenta* era il mensile del movimento nonviolento per la pace fondato da Aldo Capitini nel 1964. Come recitava sulla sommità della prima pagina, la rivista era costituita da pacifisti integrali, che rifiutavano in ogni caso la guerra, la distruzione degli avversari, l'impedimento del dialogo e delle libertà di informazione e di critica. L'obiettivo era la trasformazione sociale secondo il metodo non-violento. Obiettivi, parole, riflessioni presenti massicciamente anche nella produzione scientifica e filosofica di Eligio Resta che al binomio diritto/trasformazione sociale sul finire degli anni '70 (*Diritto e trasformazione sociale*, Laterza, 1978) dedicava un suo importante e anticipatorio volume.

Il rifiuto della guerra è prima di tutto un atto etico individuale e non-violento che si fonda sulla capacità di indignarsi. Ci ha insegnato Eligio Resta che l'indignazione individuale è il motore primo di una valanga anti-belligera. Ad Eligio Resta dobbiamo la valorizzazione di quel dialogo straordinario sulla pace e sulla guerra tra Sigmund Freud ed Albert Einstein. Il rifiuto della guerra è prima di tutto un gesto di indignazione personale. L'indignazione passa da persona a persona ed ha la forza per trasformarsi da sentimento di una sola persona a forza morale che salda le coscienze dei singoli all'interno di un grande movimento collettivo. La sommatoria delle indignazioni individuali verso la guerra, dunque, è finanche più forte del diritto internazionale quale strumento di *peace building*. Se il *peace enforcement* o il *peace keeping* hanno bisogno del diritto che deve costringere le parti in guerra ad accettare uno stato di non ostilità armata, il *peace building*, ovvero una pace durevole, richiede tempo, dovendo progettare la riconciliazione. La costruzione della pace è esito di un lavoro etico, culturale, politico. Agli inizi di questo percorso richiede, al fine di imporre la conclusione della guerra, anche un intenso e complicato lavoro giuridico.

La marcia della pace voluta da Aldo Capitini era, ed è ancora, una marcia per la fratellanza dei popoli. Non è una marcia per la libertà delle nazioni o per la sovranità degli Stati o per l'amor patrio. Non è un caso che sia nella filosofia morale e politica di Aldo Capitini che in quella giuridica (e morale) di Eligio Resta compaiano i concetti di fratellanza e fraternità. Non c'è posto nel loro pensiero (che è anche azione nonviolenta) per la retorica escludente e dividente del nemico. La fratellanza universale si fonda sulla nozione ontologica

di dignità umana. Tutti siamo uno, tutti siamo fratelli e il diritto deve seguire la logica dell'unione fraterna piuttosto che inseguire quella della separazione violenta fra persone, popoli, nazioni, patrie. Non poche volte nella sua lunga produzione intellettuale Eligio Resta si è interrogato intorno al dramma del diritto che include ed esclude, unisce e divide, proibisce e condanna la violenza chiedendo per sé il monopolio della stessa. Un diritto ambiguo che per costruire fraternità deve farsi leggero, deve essere discreto, deve lasciare spazio all'umanità. La fraternità non si impone, la si riconosce e poi la si difende pazientemente. Per riconoscerla, e difenderla, non è necessario disporre di un afflato religioso. La fratellanza come prodotto di una visione religiosa o specificatamente cristiana è solo una delle spiegazioni possibili. È una banalizzazione quella secondo cui solo una visione cristiana consentirebbe e legittimerebbe, su basi dunque non razionali, la costruzione di una società fraterna ed umana. Ben si può argomentare in modo laico che la dignità umana, kantianamente intesa come non degradabilità dell'uomo a cosa, sia un bene ontologico di ogni persona, che non sia parte della sfera dei doveri, ma fondi quella dei diritti, che non si perda a seconda del proprio comportamento nella società o a seconda se si è parte di una o di un'altra nazione.

Occuparsi con dedizione e amore nei confronti di ogni singola persona, proteggere la dignità umana di ciascun essere umano usando il metodo nonviolento è il cuore di un programma politico olistico pacifista di largo respiro. Il diritto deve essere servente rispetto all'obiettivo primario della fratellanza tra gli uomini e tra i popoli. Un diritto dunque che deve demitizzarsi e sottrarsi al servizio di quei padroni che vogliono dividere i fratelli in amici e nemici. Si è fatto largo, negli ultimi tempi, in modo volgare nella dottrina un diritto penale del nemico che giustifica la disuguaglianza giuridica sulla base della ragion di Stato. Il diritto fraterno di Eligio Resta, nel solco del metodo nonviolento di Aldo Capitini, è l'esatto opposto del diritto penale del nemico.

Eligio Resta sembra rispondere perfettamente a quella che Papa Francesco chiede che sia la missione del giurista nel contrapporsi alla deriva anti-fraterna in corso. In un discorso del 2014 rivolto all'associazione internazionale dei penalisti papa Francesco, dopo avere stigmatizzato la costruzione di un diritto penale a vocazione repressiva e intrinsecamente violento, scriveva:

«La missione dei giuristi non può essere altra che quella di limitare e di contenere tali tendenze. È un compito difficile, in tempi nei quali molti giudici e operatori del sistema penale devono svolgere la loro mansione sotto la pressione dei mezzi di comunicazione di massa, di alcuni politici senza scrupoli e delle pulsioni di vendetta

che serpeggiano nella società. Coloro che hanno una così grande responsabilità sono chiamati a compiere il loro dovere, dal momento che il non farlo pone in pericolo vite umane, che hanno bisogno di essere curate con maggior impegno di quanto a volte non si faccia nell'espletamento delle proprie funzioni».

È dunque missione del giurista non assecondare le conseguenze belligene della scomposizione giuridica dell'umanità in amici e nemici. A questa missione Eligio Resta ha dedicato tanto del suo tempo e parte significativa delle sue riflessioni. È dunque riduttivo identificarlo come un filosofo del diritto. Piuttosto e meglio sarebbe corretto definirlo un filosofo (della politica, della morale, della conoscenza) che ha lavorato alla decostruzione del diritto. D'altronde il diritto ha bisogno di sguardi critici, profondi, capaci di svelarne contraddizioni e ambiguità, altrimenti si ridimensiona a mezzo posto al servizio del potere.

Sono le microstorie a fare la storia, così come sono gli esseri umani a fare l'umanità e l'indignazione di uno a dar vita all'indignazione di molti. Scrive Resta che ogni microstoria appare «come un episodio racchiuso nelle sue vicende, nei suoi processi, nelle sue dinamiche». La Marcia della pace per la fratellanza dei popoli voluta da Capitini è una microstoria. Una microstoria che Pier Paolo Pasolini nel 1962 definì come l'evento più importante degli ultimi tempi. Una microstoria che ha cambiato la storia del movimento italiano per la pace. A sua volta il movimento per la pace è una microstoria che ha cambiato la geografia dei movimenti sociali e che negli anni '80 del secolo scorso non di poco ha influito sulle scelte di disarmo nucleare. Senza la microstoria messa in piedi da Aldo Capitini probabilmente non ci sarebbe stato il movimento ecologista con tutte le sue ambizioni e speranze di cambiamento.

*Marciare per la pace* non è probabilmente l'opera più nota di Eligio Resta. Essa è un omaggio a una figura come quella di Aldo Capitini che il mondo accademico italiano non ha nel tempo valorizzato quanto avrebbe meritato. Il pensiero ecologico e garantista di Eligio Resta affonda evidentemente le sue radici nell'elogio della nonviolenza di Capitini. C'è tra Capitini e Resta una straordinaria continuità che merita di essere studiata dalle nuove generazioni nonché posta a fondamento teorico dell'azione militante pacifista da parte delle organizzazioni sociali e dei movimenti. In epoca di neo-nazionalismi e di rivincita della sovranità sui diritti umani, la fratellanza di Resta e la fratellanza di Capitini, legate da un filo rosso fuoco, costituiscono una speranza. È questa la speranza dei singoli, delle minoranze contro la dittatura egocentrica delle maggioranze.

Si sente un intenso e gradevole profumo ghandiano nel pensiero di Aldo Capitini e di Eligio Resta. La parola Satyagraha ha avuto varie traduzioni in italiano: “forza vera”, “forza dell’amore”, “fermezza della verità”, “forza che dà vita”. Evoca la “fermezza senza nuocere”. La verità non sta nella legge. Chi lo crede compie un tragico e autolesionista atto di fede o eccede in un rischioso passivo realismo politico. Non è il diritto a potersi arrogare l’onere di definire ciò che è vero o ciò che non lo è. La verità di tre gradi di giudizio è pur sempre soltanto una mera verità processuale che non necessariamente coincide con la verità storica. Un giudice e uno storico molto potrebbero dirsi su questa sovrapposizione impossibile. Scrive Eligio Resta che, a un certo punto, il diritto deve mettere la parola stop ai processi e decidere, per mancanza di tempo, ciò che è vero o che non è vero. Dunque quella del diritto non sarà mai la verità ghandiana.

La forza vera non è anch’essa nella sola legge, sia nelle democrazie che nei regimi totalitari. La forza vera è quella dell’amore, spiegava Ghandi ai suoi discepoli. La microstoria di gesti individuali nonviolenti e di amore può fare la storia perché porta con sé la forza dell’umano-centrismo. In una terra vissuta da donne e da uomini solo chi lotta per tutte le donne e tutti gli uomini dispone di una forza vera, in quanto legittimata dallo scopo alto di ridurre il tasso di sofferenza nel mondo.

Il diritto fraterno di Eligio Resta è un diritto consapevole dei suoi limiti, che vuole fare meno danni possibili. Il suo non è un diritto etico o mono-valoriale, la sua forza è nella sua leggerezza, la sua fermezza è nel suo essere un luogo gentile messo a disposizione per tutti gli uomini e le donne aldilà delle differenze di etnia, nazionalità, sesso, orientamento sessuale, religione, censo, status.

Con un fratello si cresce insieme, si litiga, si gioca. Due fratelli hanno una storia comune che li legherà per sempre. La fraternità di Eligio Resta e la fratellanza di Aldo Capitini sanno di francescanesimo, odorano di pensiero ghandiano, hanno in comune una visione ecologica, comunitaria, utopica e socialista. La fraternità e la fratellanza costituiscono la via maestra della pace, sono una chiave di lettura del passato e un faro di azione (dentro e fuori dal diritto) per il futuro.



Patrizio Gonnella<sup>1</sup>

*Intervista a Eligio Resta su violenza, nonviolenza e diritto*

d. *Partiamo dalla nozione di violenza. La nozione prevalente di violenza è composta da quattro elementi. Si deve cagionare morte o sofferenza, intenzionalmente, mediante l'uso della forza fisica, senza il consenso della vittima. Norberto Bobbio ha aggiunto un quinto elemento, ovvero che l'atto di violenza deve essere moralmente ingiusto, illegittimo e illegale. Un'aggiunta che è stata evidentemente pensata per sottrarre dalla nozione di violenza l'uso legittimo della forza da parte delle autorità pubbliche nonché l'intero sistema sanzionatorio. La violenza così come connotata da Bobbio perde la sua identità di violenza? La violenza resta violenza anche se il diritto la coopta?*

r. Innanzitutto la distinzione tra violenza e forza è una distinzione molto problematica. Io non sono d'accordo con Norberto Bobbio quando distingue l'illiceità o illegalità della violenza per giustificare la forza legittima. Anche la forza legittima può essere resa come violenza legittima. Voglio fare un esempio che è tratto dai *Quaderni per una morale* di Jean Paul Sartre il quale affronta direttamente il tema della violenza molto dibattuto negli anni trenta e quaranta del secolo scorso. La differenza è tra chi pianta un chiodo e lo fa correttamente usando la forza e chi invece non riuscendoci tira martellate a casaccio. In questo secondo caso lui dice viene esercitata violenza. La forza sarebbe una violenza organizzata. La tradizione della violenza è una tradizione che nasce con il grande pensiero occidentale. Nel Prometeo incatenato di Eschilo ci sono gli dei che perseguono Prometeo; nella fucina di Efeso questi chiede a Kratos e Bia, coloro che praticano il supplizio di Prometeo, quali siano le ragioni di questo tormento. Kratos, che simboleggia il potere, cerca di giustificarsi in qualche modo. Bia, che simboleggia la violenza, continua imperterrita a perseguire Prometeo. La differenza è che Kratos, la forza legittima, si auto-justifica. Bia, ovvero la violenza, non si auto-justifica e continua senza tentennamenti in questa tradizione. Una volta fatto l'ingresso nella storia il

---

<sup>1</sup> L'intervista era stata pubblicata sulla Rivista Antigone, anno 2014, che gentilmente ha concesso assenso alla ri-pubblicazione in questo volume.

meccanismo della violenza diventa la cifra di un'intera civiltà. Ricordo un bellissimo saggio di Simone Weil su l'Iliade come poema della forza che probabilmente deve essere letto come l'Iliade come poema della violenza. Nella tradizione eroica ed epica del mondo greco la violenza veniva letta come forza che a sua volta è elemento di eroismo, ma comincia già allora a intravedersi la giustificazione di una violenza che dunque diventa forza.

d. *Altri concetti che possono essere evocati oltre a violenza e forza sono ordine e potere. In che modo sono correlati l'uno all'altro?*

r. Sono correlati ma non sono sovrapponibili. Nel senso che l'ordine è tanto l'azione dell'ordinare quanto il prodotto di un intervento sulla vita e sul reale. Ordine viene dalle parole trama e ordito, che indicano l'attività del ricamo la quale a sua volta consiste nell'isolare fili e riconnetterli. La trama, l'ordito sono tanto l'azione quanto il risultato. L'ordine può essere un ordine di varia natura. Per esempio ci può essere un ordine temporale, ci può essere un ordine religioso, ci può essere un ordine inteso come comando. La gamma semantica è molto importante. Potere è invece una dimensione che nella grande tradizione occidentale si differenzia sempre dalla potenza. La potenza è qualche cosa che non chiede e non ha bisogno di legittimazione. È il puro esercizio coercitivo di qualcosa. Il potere per essere tale deve essere una potenza legittimata, nel senso che in essa la gente ci crede. Le forme di legittimazione del potere sono state tradizionalmente diverse. C'è un potere tradizionale che fonda sull'autorità della tradizione. Un potere carismatico che fonda sul carisma. Un potere che fonda sulla legalità nel quale troviamo il monopolio legittimo della forza fisica. Io continuo a sostenere che non c'è possibilità di distinguere, per cui noi abbiamo un monopolio legittimo della violenza che spesso assume il carattere della decisione monopolistica e unilaterale. Dunque i confini tra violenza e forza sono sempre molto labili. La storia del diritto è una storia di incorporazione dentro di sé della violenza. Del resto la storia nasce dal grande pensiero greco. È Platone che per la prima volta ricorda che bisogna che il legislatore trovi un *pharmakon* per i vizi della città. *Pharmakon* è il rimedio attraverso il male. È antidoto e veleno. Per cui il diritto che dovrà governare la violenza dovrà usare la violenza, e lì nasce il grande paradosso della violenza legittima che cerca di differenziarsi dalla violenza illegittima senza poterlo fare.

d. *Scrivi Hannah Arendt che la violenza ha sempre bisogno di strumenti. Quindi il diritto è uno di questi strumenti?*

r. La risposta è affermativa, allorché il diritto si trasforma o autogiustifica in violenza legittima. La violenza ha come caratteristica quella di tendere sempre a un fine. Nel più bel libro sulla violenza che la cultura occidentale possa ricordare, quello di Walter Benjamin, *La critica della violenza*, lui dice che la giustizia stabilisce un rapporto privilegiato con la violenza considerandola come mezzo o come fine. La violenza come mezzo è quella che trasforma l'ordine delle regole in un ordine fondato sulla violenza legittima. Dice Walter Benjamin che soltanto nel mondo degli dei, dove non ci sono l'infelicità e la colpa, si può pensare a una giustizia priva di violenza. Nel mondo terreno lui dice che la violenza si presenta in modo demoniaco e ambiguo sotto forma di diritto e sotto forma di antitesi al diritto.

d. *Questo meccanismo si ripropone fedelmente anche nei casi di violenza strutturale, ovvero di violenza prodotta oggettivamente da una condizione di sfruttamento e ingiustizia? Ci sono modelli di produzione economica che determinano sofferenza. In questo caso tiene la nozione di violenza di cui abbiamo finora parlato oppure perde di significato?*

r. Ancora una volta Walter Benjamin, proprio ragionando su cosa è l'oppressione, la definisce come un rapporto tra un prepotente e una vittima che non sono collocati sempre nella stessa posizione o identità. Essi cambiano di volta in volta. C'è una violenza strutturale dell'economia che vede alcuni soggetti opposti ad altri, sono gli oppressori e le vittime. Ci può essere una relazione intrinsecamente violenta anche nelle relazioni umane quotidiane ad esempio all'interno del rapporto tra il medico e il paziente. È chiaro che nonostante la bonomia dei medici il rapporto tra il medico e il paziente è un rapporto sicuramente violento nonostante le buone intenzioni del medico. Così come un rapporto sicuramente violento è quello tra i mezzi di comunicazioni di massa e gli utenti, tanto è vero che è necessario intervenire sul modo in cui i mezzi di comunicazione di massa parlano della violenza. Questa è una sottospecie del problema cui accennavo prima. I mass-media devono dare oppure no la notizia immediata della violenza? Compito dell'informazione di massa è mediare la violenza. Cosa vuol dire? Non significa negare la violenza ma narrarla attraverso la sua circostanziazione, cioè porla in rapporto storico rispetto a certi soggetti. È esattamente la stessa cosa che si chiede agli adulti di fare nei confronti dei bambini quando essi assistono a episodi di violenza. Tali episodi non vanno negati ma raccontati in modo che i bambini non

abbiano la tabuizzazione della violenza né si facciano condurre immediatamente verso la violenza. Dunque la violenza è sempre mediata. Il rapporto con il diritto è il rapporto di mediazione della violenza. Per cui il diritto sarà violenza a giuste dosi.

d. *Luigi Ferrajoli attribuisce al diritto penale una funzione di minimizzazione della violenza, quella prodotta dai crimini e quella prodotta dalle pene. Scrive:*

*«Il paradigma meta-teorico del diritto penale minimo designa una dottrina che giustifica il diritto penale se e solo se è in grado di realizzare due scopi: la prevenzione negativa o almeno la minimizzazione delle offese ai beni e ai diritti fondamentali, la prevenzione e minimizzazione dei pene arbitrarie. In una parola se e solo se è uno strumento di minimizzazione della violenza e dell'arbitrio che in sua assenza si produrrebbero».*

*Quindi sostanzialmente Luigi Ferrajoli riconosce che la pena – e si riferisce implicitamente a quella carceraria – ha una sua intrinseca natura violenta. Può quindi avere il diritto penale un'aspirazione nonviolenta oppure è un ossimoro?*

r. Sì, è un'aspirazione possibile. Essa è il tentativo rispetto al quale molti di noi hanno speso gran parte della loro esistenza intellettuale. Ora c'è da dire che è sempre meglio una pena carceraria certa rispetto al linciaggio, ma non possiamo dimenticare che la pena carceraria è una violenza che insiste sul corpo. La storia della penalità è una storia di una trasformazione, di una metamorfosi da pene che incidono sul corpo a pene che incidono sull'anima senza poter mai dimenticare che la base minima della nuda vita è una base corporale. Quindi il diritto penale continuerà a insistere con il supplizio del corpo anche nelle forme più edulcorate. Per esempio mi è capitato di discutere con David Garland, lo studioso della pena di morte, di quello che io chiamo il garantismo ipocrita, per cui gran parte degli sforzi della teoria garantista americana si rivolgono al modo indolore di far morire, e questo è il paradosso da cui non ci si libera. Il diritto penale minimo usa la minimizzazione della violenza, nel senso che è minimo ma violento, violento ma minimo. In tutti e due i sensi possibili. C'è possibilità di un'assenza della violenza? C'è quando c'è. Teoricamente è un richiamo costante al gioco, ancora una volta farmacologico, del veleno e dell'antidoto. Si usa la violenza come antidoto della violenza; questo è il paradosso del diritto.

d. *Introduciamo il tema della nonviolenza. Nel "satyagraha" ghandiano devono ricorrere cinque condizioni: 1) assenza di violenza (anche se è difficile*

*che non vi sia un residuo di violenza psichica, difficilmente misurabile); 2) disponibilità personale al sacrificio; 3) motivi di ordine morale superiore rispetto a quelli posti a base di comportamenti violenti personali o strutturali; 4) l'impegno costruttivo e trasparente. Mai la nonviolenza deve operare all'oscuro e clandestinamente come fa invece la massoneria; 5) la nonviolenza usa la gradualità dei mezzi e tutte le tecniche possibili di persuasione. Un lessico dove troviamo parole chiave come sacrificio e persuasione. Se questa è la nonviolenza pare non vi sia spazio per la sua compatibilità con il diritto penale e allora non resta che la prospettiva abolizionista fondata sulla mediazione e sulla terapia?*

r. La prospettiva abolizionista è una prospettiva che dimentica il dato di realtà, nel senso che abolire il diritto penale significa abolire non soltanto le pene ma anche i crimini. Ma abolire i crimini si realizza soltanto quando si realizza. Quando il crimine c'è, l'abolizionismo è già in sé teoricamente negato. Per quanto riguarda l'abolizione delle pene è un altro discorso ma non si può abolire la violenza con l'abolizionismo, cioè non si può abolire la violenza per decreto. La violenza sarà abolita soltanto quando sarà abolita, ma non possiamo dirlo in anticipo. Veniamo dunque alla questione della nonviolenza. Io oltre che Ghandi suggerirei di prendere in considerazione un altro grande filosofo italiano Aldo Capitini sul quale ho anche lavorato nel volume scritto insieme ad Alarico Mariani Marini *Marciare pe la pace. Il mondo non violento di Aldo Capitini*. Capitini diceva che nel movimento nonviolento non c'è nessuna speranza, ci sarà soltanto la croce. Chi si occupa della nonviolenza non dovrà mai essere leggero, non dovrà mai pensare che sia una via dolce da percorrere senza difficoltà. Capitini dice che dalla nonviolenza non ti potrai aspettare altro che la croce ovvero quella che è l'idea vera del sacrificio. Però sulla questione del sacrificio bisogna riflettere in maniera più profonda. Non credo ad esempio che Ghandi parlasse della nonviolenza attraverso il sacrificio. Ne parlava attraverso un'altra cosa che chiamerei "la scommessa". Essa in sintesi vuole dire che "io mi stendo per terra e gli inglesi non avranno la forza di passarmi addosso". È questa la scommessa dell'altrui debolezza che sarà vinta dalla forza della nonviolenza. Si assiste così a un ribaltamento molto forte. Torniamo al sacrificio. In cosa io credo non ne sia corretto l'uso in questi ragionamenti? Il gioco della violenza è un gioco paranoico per cui ogni violenza chiede reazione. È questa la legge ferrea della violenza. La violenza è mimetica nel senso che ogni violenza porta violenza. Il gioco della violenza consiste nella perpetrazione degli opposti. Come si esce allora da questa perpetrazione? Non negando la violenza ma riconoscendola fino in

fondo ovvero aggirando la violenza. È un po' come nella storia del pensiero occidentale, la pensosità che aggira, che indugia, che fa perdere tempo e che evita il percorso della tecnica che si ripete, della tecnica come profilo vano della ricerca della soluzione. Dunque uscire dalla violenza significa interrompere la paranoia. Perché? Quale è il sentimento che viene fuori attraverso la violenza? È il gioco dell'invidia, nel senso che se la violenza la possiedo io è buona, se la possiede l'altro è cattiva. Del resto ricordo che gli Stati canaglia vengono definiti così da Stati che si auto-affermano detentori della bontà e sono detentori della bontà in quanto intervengono violentemente sulla violenza. È questo il problema dell'esportazione violenta della democrazia. La stessa sequenza si ripropone anche nelle singole relazioni umane, per ciascuno dei singoli uomini. Dunque si esce dalla violenza non misconoscendola ma ingannandola. Per ingannare la violenza bisogna fare in modo che si interrompa il circuito ripetitivo della violenza. Esistono esempi significativi nella storia. Quando Gesù dice di porgere l'altra guancia interrompe il ciclo della violenza; quando Ghandi si sdraia per terra interrompe anch'egli il circuito della violenza. In questo modo Gesù e Ghandi ribaltano il meccanismo della violenza. È ancora una volta io mi riconosco nell'idea razionalista francese di Blaise Pascal per cui bisogna scommettere sulla nonviolenza ma non bisogna credere nella nonviolenza. La fede nella nonviolenza è auto-ingannatrice esattamente come le altre, ripropone il gioco guerra-pace in cui la pace è esattamente il contrario della guerra ma non è l'assenza della guerra.

*d. È corretta dunque l'affermazione che la violenza sta alla guerra come la nonviolenza sta alla pace? È logicamente e giuridicamente ammissibile configurare un diritto individuale alla pace?*

r. Sì, se non fosse che ritorna il paradosso secondo cui il diritto alla pace dovrà essere esercitato attraverso una coazione legittima. Siamo tornati ancora una volta al punto di partenza. Quando nel famoso dibattito tra Sigmund Freud ed Albert Einstein, quest'ultimo si definisce un militante pacifista, a Freud non sfugge il paradosso perché non si può fare guerra alla guerra se non perpetuandola. Dunque bisogna aggirare sia la violenza che la guerra. Quello dell'aggiramento è un gioco serio. Bisogna sempre prendere sul serio le altre dimensioni della vita. Se non prendiamo sul serio l'inganno della violenza ricadremo sistematicamente nella violenza. L'inganno della violenza è la scommessa sulla nonviolenza. È una sorta di operazione in cui ci si mette a disposizione totale, con tutta la propria

cultura. La violenza non è mai solo quella degli altri, la violenza è dentro di noi. È questo un punto che nel pensiero occidentale viene introdotto grazie alla consapevolezza aristotelica.

d. *Alla luce di quanto finora detto chi è dunque il nonviolento? Non è un riformista né un rivoluzionario. Per dirla con Norberto Bobbio il nonviolento può definirsi un mite?*

r. Se la mitezza significa la consapevolezza di non dover usare la violenza allora sì il mite è il nonviolento. Io ritengo che valga per la violenza e per il diritto la famosa affermazione di Jorge Luis Borges in *Storia universale dell'infamia* dove l'infamia è tanto quella della pena quanto quella del delitto, ovvero è tanto quella del delitto quanto quella della pena. Mai separare l'uno dall'altra. Per cui il nonviolento è colui che non pensa in termini di violenza e nemmeno di resistenza fisica o psichica ma pensa solo in termini di inganno della violenza. Il nonviolento cambia piano.

d. *Esiste un modello di produzione e di regolazione sociale che inganna la violenza. Il modello ecologico, non quello banalizzato dalla attualità politica degli ecologisti, ha la forza per costruire il cambio di paradigma? E perché la prospettiva ecologica è fallita?*

r. Il modello ecologico è la condizione di una convivenza del bene e del male, della pena e del delitto, della violenza e della nonviolenza. Averne una consapevolezza significa non farsi rendere paranoici dalla violenza. Facciamo un esempio: il perdono è sicuramente nonviolento ma non quando viene esercitato dall'alto verso il basso o dalla vittima nei confronti del colpevole. Il perdono è nonviolento quando esso è il frutto di un lavoro su se stessi, quando non stiamo lì ad aspettare che il cadavere del nemico dovrà un giorno passare nel fiume. Essere consapevoli della violenza che è in noi stessi significa essere capaci di elaborare il lutto che abbiamo subito. Solo in questo caso saremo capaci di essere lontani dalla violenza grazie alla nostra forza. Ci sono dimensioni che hanno la caratteristica di non poter essere imposte. Perché se le imponi dovrai comunque supportare tali imposizioni attraverso la violenza. Per esempio i beni comuni sono quelli che non potranno mai essere tali perché se noi istituimo il diritto ai beni comuni ci dovrà essere una forza legittima capace di togliere, oppure o di reprimere oppure di concedere i beni comuni, ci sarà bisogno dunque di una forza legittima. Il bene comune è un paradosso. La prospettiva ecologica è fallita per un problema della

fallacia della prospettiva dell'osservazione. Noi osserviamo il mondo standoci dentro per cui non potremo mai avere una dimensione ecologica *tout court*. Ragionare in modo ecologico significa operare un forte auto-trascendimento che è quello che si chiede rispetto alla violenza. Se l'auto-trascendimento, che non è trascendenza, continua a elaborare il sé della violenza e la violenza del sé, si è già sulla buona strada, ovvero quando si comincia a guardare a sé stesso come portatore della violenza. Non c'è religione che tenga, la religione parla della violenza, il sacro è violenza. E non potrebbe che essere così. Il sacro è racconto quotidiano della violenza; si pensi al sacrificio cristiano e al rito che lo deve ricordare, quello dell'agnello di Dio, *agnus dei*, dove l'agnello è la vittima sacrificale della violenza. E quello attraverso la quale si devia la violenza dagli uomini agli animali ma sempre violenza è.

Il pensiero filosofico, l'argomentare giuridico, la cultura letteraria e il garantismo di Eligio Resta costituiscono i pilastri di una visione ecologica e olistica della politica, del diritto e della società. Una visione cosmopolita, ricca di suggestioni e intuizioni, di cui oggi la contemporaneità è drammaticamente priva.

Il volume è una raccolta selezionata di saggi in suo onore scritti da studiosi appartenenti a generazioni differenti, segno della capacità del suo pensiero di attraversare il tempo.

La parola *paradosso*, più di altre, caratterizza la sua straordinaria e ricca produzione scientifica e di pensiero. Una parola che ci riporta ai grandi dilemmi della storia. Ha scritto Eligio Resta: «tutte le volte in cui la comunità fraterna arriva a misurarsi con la questione dell'universalismo il tema della fraternità giunge alla soglia massima della sua esperibilità e dei suoi paradossi». Senza avere coscienza dei paradossi del diritto si fa male non solo il lavoro di giurista ma anche quello di difensore dei diritti umani.