



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 5.
UNA PAROLA BUONA.
RETORICA E VALORI
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

edited by
MAURIZIO MANZIN
FEDERICO PUPPO
SERENA TOMASI

2024



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

84

2024

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2024
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-074-8
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Luglio 2024

STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 5.
UNA PAROLA BUONA.
RETORICA E VALORI
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

edited by
MAURIZIO MANZIN
FEDERICO PUPPO
SERENA TOMASI

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

	Pag.
Maurizio Manzin <i>La buona parola della retorica</i>	1
Mauro Serra <i>Nomos Basileus: la retorica tra legge e violenza</i>	19
Tommaso Greco <i>Retorica, o della fiducia</i>	45
Fabio Macioce <i>Il rapporto tra retorica e valore nella attività della giurisprudenza..</i>	57
Thomas Casadei <i>La «retorica della giustizia» e il «pensare comune». Uno sguardo critico alle radici dell'esperienza giuridica (e al presente)</i>	77
Giovanni Bombelli <i>Retorica, senso comune, verità e diritti umani. Tracce per un percorso</i>	95
Claudio Sartea <i>Metafisici coraggiosi. Perché il futuro dei diritti umani o sarà metafisico o non sarà</i>	115
Serena Tomasi <i>Kairos: il trade-off dei diritti</i>	127
Angelo Pio Buffo <i>Dal desiderio dei diritti al diritto ai desideri. La difficile regolamentazione delle passioni d'attesa</i>	143
Paolo Ciccioi <i>Atti linguistici originari. Elementi per una teoria dell'argomentazione "al tempo giusto"</i>	167

INDICE

	Pag.
Silvia Corradi	
<i>Tecnologia e ius dicere: la decisione giudiziale tra algoritmi e desiderio</i>	209
Mario Riberi	
<i>"Mancini for the defence". Pasquale Stanislao Mancini avvocato penalista</i>	235
Notizie sugli Autori	255

KAIROS: IL TRADE-OFF DEI DIRITTI

Serena Tomasi

SOMMARIO: 1. Tempo e luogo dei diritti. 2. Dal mito di Protagora. 3. Il nesso tra kairos e phronesis. 4. Kairos dei diritti nella giurisprudenza costituzionale. 5. Conclusioni.

1. Tempo e luogo dei diritti

Nell'antichità i greci usavano due termini diversi per definire il tempo: *chronos* per indicare l'azione sequenziale e cronologica (che quantitativamente si può misurare) e *kairos* per indicare un momento di un periodo di tempo indeterminato (nel quale accade qualcosa di speciale). In questo saggio ci prefiggiamo di riflettere sulla dimensione temporale in rapporto alla questione di tutela dei diritti umani, in una stagione segnata, come evidenziato dal libro discusso in occasione del Convegno di cui questo volume raccoglie i principali atti, dal proliferare di nuove pretese e diritti. Le pagine introduttive di questo testo¹, pubblicato nel settantesimo anno della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, raccolgono le riflessioni del filosofo cattolico Vittorio Possenti a favore di una cultura realistica dei diritti umani²: con ciò egli intende l'esigenza di fondare una filosofia giuridica a base obiettiva e realistica (il riferimento è al realismo filosofico come quello di Tommaso d'Aquino e, in tempi più recenti, di Maritain), che non ceda alle derive del relativismo e del contestualismo. Questa tendenza, secondo la sua ricostruzione, è favorita dal fatto che parole come dignità, persona, libertà, diritti, veicolano significati diversi, magari divergenti; e ciò è dovuto alla pluralità dei punti di vista e, dunque, di culture che i diritti potenzialmente

¹ L. DI DONATO, E. GRIMI (a cura di), *Metafisica dei diritti umani. Per il 70° anniversario della Dichiarazione dei Diritti Umani*, Roma, 2020.

² L. DI DONATO, *Intervista a Vittorio Possenti*, in L. DI DONATO, E. GRIMI (a cura di), *Metafisica dei diritti umani*, cit., 15-34.

rappresentano: il fatto è, osserva Possenti, che la Dichiarazione dei Diritti Universali non va trattata come una lista di garanzie assolute, da cui scegliere i diritti che meglio fanno al caso nostro e al momento che torna più utile. Solo se i diritti umani sono intesi come un'esplicitazione della dignità della persona spettano a ognuno e non dipendono dal 'tempo', o dalle decisioni del potere politico in una certa società.

Le riflessioni di Possenti ci orientano, nello specifico, a una lettura della Dichiarazione Universale in un'ottica strategica che orienta l'azione politica e giuridica nella direzione di vivere il presente in funzione del futuro che si vuole creare. Scrive Possenti³:

Nella Dichiarazione universale del 1948 si incontra un documento basilare che va difeso da ermeneutiche devianti che lo avviano al declino. Il problema concerne il modo con cui aggiornare la Dichiarazione, ossia se attraverso un processo evolutivo in linea con le sue intuizioni di fondo, o eventualmente ricorrendo a una seconda Dichiarazione. Ritengo che la strada migliore sia quella di procedere a un'integrazione della Dichiarazione universale su alcuni punti, tra cui la ricerca di un più chiaro ed esplicito bilanciamento tra diritti e doveri. Occorre riattualizzare la Dichiarazione tenendo conto che la cultura occidentale di indirizzo individualistico e libertario non è condivisa in altri contesti di civiltà, e che sarebbe una sciagura insistere in tale direzione. Alcuni nuclei del processo integrativo dovrebbero riguardare il chiarimento del diritto alla vita dal concepimento alla morte naturale, i nuovi doveri verso il creato, una maggiore resistenza contro l'estensione dei criteri di eguaglianza e non-discriminazione fatti valere in maniera illimitata dalle ali radicali e libertarie. (...) Il diritto alla vita include il diritto al cibo e all'acqua, quale sua implicazione immediata. Il diritto all'acqua non è stato ancora riconosciuto come tale.

Il filosofo rende esplicito il rischio della dialettica contemporanea, cioè che singoli gruppi di interesse operino per includere nell'agenda dei diritti umani desideri e pretese che non sono propriamente diritti reali. In questo contesto, ricco di trade-off, che scivola verso un pericoloso individualismo collettivo e a inevitabili contrasti, appare ridotta l'importanza del tempo come *chronos* a favore del concetto di *kairos*.

³ V. POSSENTI, *Inflazione dei diritti e crisi dei doveri*, in *La Società*, 1, 2010, <https://www.vittoriopossenti.it/pace-e-diritti-umani/95-inflazione-dei-diritti-e-crisi-dei-doveri>.

Ciò che fa la differenza, suggerisce il filosofo, è la capacità di leggere l'evoluzione continua del contesto in cui ci si muove e individuare la cosa giusta da fare, intendendo i diritti in una dimensione anche sociale e guardando a un'integrazione della dichiarazione secondo queste linee:

un suo ampliamento in ordine ai doveri, quasi assenti allora; una specificazione per quanto concerne l'ecologia, la questione della responsabilità verso le generazioni che verranno, l'esaurimento delle risorse, il problema della pace e degli armamenti nucleari. Su tutti questi temi vale un imperativo fondamentale anteriore a qualsiasi dichiarazione di diritti, che si può formulare con le parole di H. Jonas: «Agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra, oppure, tradotto in negativo, "Agisci in modo che le conseguenze della tua azione non distruggano la possibilità futura di tale vita"»⁴.

A partire da queste riflessioni, lo scopo di questo saggio è quello di riflettere sulla dimensione temporale qualitativa espressa dal concetto di *kairos*, interrogandoci sulle abilità che sono richieste al giurista per stabilire, in condizioni di incertezza, quale sia l'azione giusta nel momento giusto. Presenteremo, in conclusione, lo studio argomentativo-retorico della sentenza n. 32/21 con cui la Corte costituzionale interviene sui temi della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, con un argomento propriamente *kairotico* che enfatizza il tempo nell'agenda politica dei diritti umani.

2. Dal mito di Protagora

Il mito con cui *Protagora*, nel dialogo platonico, spiega i fondamenti della democrazia ateniese mette a tema l'elemento del tempo: il titano Prometeo (il cui nome è esso stesso segnato dalla dimensione temporale, significando «colui che riflette in anticipo») ruba il fuoco agli dèi per correggere l'errore di suo fratello Epimeteo (letteralmente «colui che riflette dopo»), che aveva distribuito i mezzi di difesa agli animali e

⁴ L. DI DONATO, *Intervista a Possenti*, in L. DI DONATO, E. GRIMI (a cura di), *Metafisica dei diritti umani*, cit., 21.

non all'uomo. Con il fuoco l'uomo apprese tecniche per difendersi dagli animali, ma non la tecnica politica che, nel mito, è rappresentata come un dono, concesso da Zeus a ogni individuo ed esercitabile, perciò, da tutti, dal nobile e dal plebeo, dal ricco e dal povero.

Il mito di *Protagora*, secondo la lettura che ne fornisce James Andrews, cui ci riportiamo, eleva l'elemento del tempo nelle azioni degli dèi: dalla narrazione emerge che *kaiors* non è solo e semplicemente una questione di tempo, ma implica molto altro. *Kairos* è «the time or place at which, or degree in which, something is appropriate»⁵: il racconto mitologico fornisce il segno di una visione unitaria che ci induce a guardare al tempo e, insieme, al luogo e al riguardo in cui l'azione si colloca. L'azione è, infatti, frutto di una deliberazione che risulta appropriata se capace di adattarsi al tempo, al luogo e al merito di ciò che si tratta.

Dal racconto si rivela chiaro che, mentre Prometeo e Zeus agiscono cogliendo il tempo opportuno, Epimeteo è un mero «consumatore del tempo del quale perde lo spunto riflessivo»⁶. La distribuzione dei mezzi di difesa da parte di Epimeteo è un'allegoria che mette in luce l'inappropriatezza delle sue azioni: egli ha, infatti, distribuito i poteri “to the same degree” a tutte le specie. L'allocazione delle risorse è narrata in un lungo elenco comparativo, spiegato dall'uso delle particelle μέν e δέ: lo stile non è semplicemente affabulatorio, nel senso che rappresenta lo svolgimento continuativo e prolungato della storia, ma è più propriamente la rappresentazione dell'indugio, che si contrappone alla repentina presa d'atto dell'inefficacia dell'azione. Solo dopo aver equipaggiato ogni specie animale, Epimeteo si accorse che il genere umano rimaneva ancora privo di ordine e che non sapeva cosa fare. La struttura narrativa ripetitiva ci consegna l'estensione del tempo (*chronos*) impiegato da Epimeteo per distribuire i mezzi di sopravvivenza ed è costruita per contrapposizione alla fugace presa d'atto del suo fallimento.

⁵ J. ANDREWS, *Kairos: The Appropriate Time, Place and Degree in Protagoras' Myth of Origins*, in A. BIERL, M. CHRISTOPOULOS, A. PAPACHRYSTOMOU (a cura di), *Time and Space in Ancient Myth, Religion and Culture*, Boston, 2017, 267-284, spc. 267.

⁶ J. ANDREWS, *Kairos*, cit., 274, ns. traduzione.

Mentre era in difficoltà sopraggiunse Prometeo per esaminare la distribuzione: la sua disamina è istantanea, «a last-minute inspection»⁷, di chi sa riconoscere immediatamente il problema. Egli vide che gli altri animali erano forniti di ogni cosa in giusta proporzione, mentre l'uomo era nudo, scalzo, senza coperte e inerme. Nella difficoltà di trovare la soluzione al problema, Prometeo rubò l'abilità tecnica di Efesto e di Atena insieme col fuoco e ne fece dono all'uomo. Secondo il mito, l'uomo ottenne la sapienza per la vita, ma non la sapienza politica. Fu allora che Zeus, temendo l'estinzione totale della specie umana, inviò Ermes a portare agli uomini il rispetto e la giustizia.

Il tempo segna la cadenza delle azioni e la loro convenienza: la salvezza degli uomini, nei momenti di crisi, è affidata nelle parole di Protagora a due interventi «in the most timely way»⁸, quello di Prometeo e quello di Zeus. Prometeo riesce ad agire tempestivamente e a salvare la specie umana quanto al bisogno di protezione e sopravvivenza quotidiana; Zeus, invece, agisce per proteggere gli uomini dai predatori e dall'auto-distruzione. A ben vedere, è sempre il tempo la misura della bontà dell'azione: secondo la rappresentazione platonica, Prometeo non riuscì a rubare la sapienza politica perché essa si trovava presso Zeus e a Prometeo non era concesso di penetrare nell'Acropoli, abitazione di Zeus; inoltre le guardie di Zeus lo intimorivano. Ma, soprattutto, Prometeo agiva sotto la minaccia del tempo, sopraffatto dall'imminenza del giorno destinato in cui anche l'uomo doveva uscire dalla terra alla luce.

Il gesto risolutivo di Prometeo rappresenta in modo simbolico la capacità di valutare e di mettere in atto, con prontezza, azioni in risposta a particolari circostanze: ciò fa di Prometeo un modello di *eubulia*, intesa come *eukairia*, poiché la decisione giusta richiede «knowing the time or place at which, or degree in which, something is appropriate»⁹.

La narrazione fornisce una suggestiva immagine del tempo, nell'accezione particolare del *kairos*, che viene considerato all'interno della storia nel suo divenire.

⁷ *Ibidem*, 276.

⁸ *Ibidem*, 278.

⁹ *Ibidem*, 281.

La contrapposizione tra le gesta di Epimeteo e di Prometeo è tutta incentrata sul fattore temporale: *eubulia* è *eukairia* poiché l'azione manifesta il suo beneficio nell'essere un intervento situato, mirato e tempestivo, capace di stabilire la continuità degli eventi, con evidente risvolto nel quadro delle conseguenze.

Di più: il racconto fa avvertire tutta la densità del problema della deliberazione. Nessuno può astenersi dall'agire e dall'operare scelte, ma occorre misurare il significato delle proprie azioni (quello che, nel campo del diritto, è dominio della responsabilità). In quest'ottica, quella di Epimeteo si rivela un'autolatria di chi si compiace delle proprie azioni tanto da perdersi nell'osservazione del loro dispiegarsi e disperdere il loro senso finale. Tutta l'esperienza dell'azione di Prometeo converge, all'opposto, verso la fecondità dell'istante, dimostrando il suo valore nella capacità di essere protagonista di una decisione, di esporsi e giocare tutte le sue carte. Si percepisce chiaramente che il senso dell'azione non risiede in una mera fatticità e che la ricerca del *kairos* è essenziale poiché unifica ciò che altrimenti resta frammentario, orientando l'azione nel tempo e verso il suo fine.

Il mito mostra un altro aspetto del *kairos*: il momento opportuno non è dato dalle circostanze, ma dipende dal soggetto medesimo che, assumendo una decisione, affronta, inevitabilmente, il rischio e, con esso, il pericolo di fallire. Incisiva è l'analisi semantica che propone nel suo dizionario etimologico il filologo Giovanni Semerano a partire dal termine greco *kindunos*¹⁰, osservando che, intrecciandosi con il latino *cinis*, cioè cenere del fuoco, la parola *kairos* richiama la prova del fuoco, vale a dire il momento in cui l'uomo, per dimostrare le proprie capacità e il proprio valore, corre l'estremo rischio. Al pericolo, che la scelta di per sé implica, fa però da contrappunto la capacità di pensare e di riconoscere in concreto, il momento per agire: cioè la *phronesis*¹¹. Per in-

¹⁰ G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indeuropee, Tomo 1: Dizionario della lingua greca*, Biblioteca dell'Archivum romanicum, Firenze, 1994; vedi anche S. MASO, *Il Kairos come occasione di mettersi alla prova*, in *Thaumazein*, 10, 1, 2022, 22-44.

¹¹ Nella sua riflessione sulle caratteristiche dell'uomo retorico, la *phronesis* è ricostruita come una forza retorica che consiste nella capacità di figurare il reale, di agire e

dagare la componente umana del *kairos*, esploreremo nel prossimo paragrafo la nozione di *phronesis*, che dettaglieremo attraverso l'analisi del modello retorico.

3. Il nesso tra *kairos* e *phronesis*

Aristotele, soprattutto nelle opere etico-politiche e nella *Retorica*, definisce la *phronesis* come una disposizione pratica, accompagnata da ragione, intorno a ciò che è bene e male per l'uomo¹². Il nucleo centrale di questa capacità consiste nel saper adeguarsi alle circostanze e cogliere il senso dell'opportunità, con la peculiarità di non poter essere insegnata né teorizzata al di fuori della prassi.

Il riconoscimento di questa capacità di ragionamento viene discusso in quelle situazioni in cui possa emergere una tensione tra regole e casi ove l'ambiguità apre uno spazio di discrezionalità, oppure quando siano in gioco questioni indeterminate. Aristotele, nel cogliere questo divario, contrappone come due qualità alternative *akribeia* (rigore, rigidità) ed *epieikeia* (flessibilità).

Per Aristotele, un esempio di pensiero fronetico è quello dell'*epieikes*¹³ che esemplifica il tratto richiesto a «chi non è rigido nell'applicare la giustizia fino al peggio ma è disposto a rinunciare, sebbene possa invocare la legge» (EN, 1138a 1, cfr. anche EN 1136b 21 e Top. 141a 16). Il ragionamento fronetico deve rilevare maggiore sensibilità per i casi particolari, cioè saper comprendere tutti i fattori e adattarvisi, proprio come avviene nella pratica della misurazione messa a punto dai capomastri con il cosiddetto "regolo di Lesbo" che «si modifica in base alla forma della pietra e non rimane fermo» (EN 1137b 31-32).

Anche nell'accezione giuridica di *epieikes* (EN 1137b 17-20), la giustizia è definita in termini di flessibilità della legge che, formulata

reagire di fronte all'imprevisto e all'imprevedibile: E. DANBLON, *L'uomo retorico. Cultura, ragione, azione*, Milano, 2014.

¹² M. COSENTINO, *La phronesis dei moderni. Neoaristotelismo, post-hegelismo e la filosofia di Roediger Bubner*, Milano, 2017.

¹³ F. PIAZZA, S. DI PIAZZA, *Valutare il merito. Pistis ed epieikeia nella Retorica di Aristotele*, in *δπως - Ricerche di Storia Antica*, 9, 2017, 386-400.

per lo più dei casi, non contempla il particolare e che richiede, perciò, capacità di adattamento. *Epieikeia* non è, infatti, l'azione secondo legge, ma la sua correzione particolare:

(...) nei casi in cui è necessario pronunciarsi correttamente in forma universale, e d'altra parte non è possibile farlo correttamente, la legge tiene conto di ciò che accade per lo più, senza ignorare l'errore. Ciò nonostante essa è formulata correttamente dato che l'errore non sta nella legge, né nel legislatore, ma nella natura della cosa, infatti la materia dell'azione è senz'altro di questo tipo¹⁴.

La saggezza (*φρόνησις*) è quella capacità di valutare concretamente di volta in volta il senso delle circostanze e intervenire *ad hoc*.

La sensibilità per i casi particolari, tipica del *phronimos*, è un'abilità propria anche del giurista al quale è sottoposto un caso concreto: non basta possedere la teoria senza avere l'esperienza, né conoscere le norme, senza entrare nel particolare del caso, poiché la soluzione del caso richiede una forma di dialettica che associa il particolare e il generale in tutti i casi in cui non appaiono in sincronia e sembrano orientati in direzioni diverse:

Il compito del *technites* non consiste unicamente nel riconoscimento di un caso particolare come occorrenza di una certa regola generale. È possibile che egli sia tenuto anche a riconsiderare, fino a metterla in discussione, la stessa la regola in base alle specificità del caso particolare. Dal punto di vista aristotelico, infatti, nel dominio della *techne*, per quanto importante e necessario sia il bagaglio di conoscenze generali è, in ultima analisi, il particolare a condurre il gioco (Met. 981a 13-24). È in questa necessità di guardare allo stesso tempo al generale e al particolare che consiste quello che potremmo chiamare lo "strabismo" della *techne*¹⁵.

Questa abilità cognitiva si interseca con la capacità di cogliere il *kairos*: la soluzione giusta è quella che sopravviene al momento giusto, ove il giudizio di adeguatezza temporale non è astratto, ma concreto

¹⁴ *Ibidem*, 392.

¹⁵ S. DI PIAZZA, F. PIAZZA, *La retorica che cura. Per un approccio retorico alla psicoanalisi*, in *Lo Sguardo - Rivista di filosofia*, 17, 2015, 255-264, 260.

perché dipende dalla relazione con l'altro. Il giudizio sul momento giusto non si focalizza esclusivamente sull'in-sé, ma è necessariamente *ad alterum*¹⁶. Il tempo del discorso, per la sua costitutiva intersoggettività, funziona come un fattore di relazione, o meglio di comunicazione¹⁷. Il legame si coglie in diversi aspetti: nel discorso accade, infatti, che la temporalità di un soggetto, cioè la forma di organizzazione temporale del pensiero di un parlante, venga accettata come propria anche dall'interlocutore. Nel discorso, l'"oggi" usato dal parlante si converte nell'"oggi" dell'interlocutore, benché questi non vi abbia preso parte. Non solo: la parola, nel discorso con l'altro, è volta a innescare un cambiamento che dipende dal modo in cui il discorso viene costruito, detto, ascoltato e compreso. Il significato di una parola, di un sintagma o di una frase può, infatti, semplicemente agendo sui modi di comunicazione, risultare opposto a quello che si assume normalmente: il significato di una parola si realizza nell'interlocuzione. Basti pensare all'uso dell'antifrasi come esempio della costitutiva ambivalenza della comunicazione retorica, per cui può accadere che una particolare intonazione, in un certo momento, determini il rovesciamento di senso della parola stessa.

Secondo il triangolo comunicativo sviluppato da Breton sulla base del modello retorico¹⁸, l'opinione dell'oratore, intesa come un determi-

¹⁶ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2023: secondo Puppo, riscoprire che la retorica è al fondamento del diritto significa valorizzare la cura dell'altro da me e custodire quel rapporto che ci mantiene in società, cioè i valori su cui essa si fonda.

¹⁷ T. GRECO, *Diritto e legame sociale*, Torino, 2012, 6: «Se l'essere umano è *homo juridicus*, lo può essere in diversi modi, i quali dipendono dalla maniera in cui si concepiscono la natura dell'uomo e quella del diritto. Ciò vale in entrambe le direzioni: il modo di concepire la natura del diritto muta profondamente a seconda della maniera in cui si pensa la natura dell'uomo; ma, allo stesso tempo, il modo di concepire la natura dell'uomo muta a seconda di come si concepisce la natura del diritto».

¹⁸ La formulazione di Breton del triangolo retorico in chiave comunicativa integra le tre componenti tradizionali (oratore, argomento, uditorio) con altri elementi della relazione comunicativa, cioè l'opinione di partenza e il contesto di ricezione; questa riconfigurazione ha il pregio di mettere in evidenza che qualsiasi mossa argomentativa è sempre persuasiva, essendo rivolta a costruire, con le parole, intersezioni tra interlocutori. Cfr. P. BRETON, *L'argomentazione nella comunicazione*, Milano-Udine, 2008, spc. 26.

nato punto di vista, esiste già prima di essere formulata come un argomento e diventa tale solo quando è espressa a qualcuno, con lo scopo di orientarlo alla sua conoscenza e condivisione. La retorica è connaturata al gap che esiste tra l'opinione e la sua formulazione esplicita. È, infatti, possibile presentare la stessa opinione in modi diversi, rivolgendoci a persone diverse, senza che vi sia contraddizione tra ciò che si pensa e ciò che si dice: trasformare un'opinione in un argomento è un'attività retorica che consiste nel rendere un discorso accettabile per un destinatario preciso. Chiunque esprima un'opinione agisce affinché quel discorso si inserisca in un insieme di valori/credenze che caratterizzano l'uditorio considerato. Se l'argomentazione è persuasiva, il contesto di ricezione ne risulterà perciò cambiato.

Il filosofo canadese Tindale spiega l'abilità del retore di cogliere il *kairos* come capacità «to mind the gaps», di riconoscere gli spazi vuoti: «to see when to grasp the point»¹⁹. Il silenzio nella comunicazione serve retoricamente come spazio attivo, cioè come un invito a non agire (*akairos*) o a intervenire (*eu-kairos*).

Il silenzio può essere, infatti, un modo per dire qualcosa: non dicendo alcunché e creando uno spazio da colmare, il silenzio crea un invito per l'uditorio per riflettere, ricostruire il non detto e scegliere se intervenire o non intervenire. L'abilità di cogliere il *kairos* implica la capacità di penetrare la comunicazione intersoggettiva e riconoscere il momento opportuno (*eu-kairos*) o non opportuno (*a-kairos*) per agire.

La dialettica delle corti o quella tra potere legislativo e giudiziario, sul riconoscimento dei diritti, consegna traccia dell'abilità retorica di cogliere il *kairos* e di interpretare il significato del silenzio. Di ciò forniremo esempio nella prossima sezione prendendo in esame l'argomento della Corte costituzionale nella sentenza 28 gennaio 2021, n. 32 che considera il contesto del silenzio, il quadro delle norme e l'ambito del diritto, ricavando dal silenzio del legislatore una lacuna e indicando una precisa serie di ragioni per non lasciare aperta la questione e colmare il vuoto.

¹⁹ C.W. TINDALE, *Mind the Gap: Kairos in the Spaces of Silence*, in *Philosophy & Rhetoric*, 55, 1, 2022, 66-70.

4. Kairos dei diritti nella giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su ricorso per legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c., in quanto, secondo il giudice rimettente, tali disposizioni non consentirebbero al figlio nato nell'ambito di un progetto di PMA (procreazione medicalmente assistita), praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio²⁰.

Il rimettente premette di essere stato adito dalla madre intenzionale di due gemelle, nate a seguito del ricorso a tecniche di fecondazione assistita in un progetto familiare omogenitoriale, per ottenere, in via principale, l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge. In via subordinata, la madre chiedeva di essere autorizzata a riconoscere davanti all'ufficiale di stato civile le minori quali proprie figlie ovvero di accertare tale riconoscimento, pronunciando ai sensi dell'art. 250, quarto comma, cod. civ., una sentenza che tenga luogo del consenso da lei stessa prestato e rifiutato dalla madre che ne dichiarò la nascita e le riconobbe. In via ulteriormente subordinata, veniva chiesto al Tribunale remittente di ordinare all'ufficiale dello stato civile la rettificazione degli atti di nascita delle minori, affinché risulti che le stesse siano nate a seguito di fecondazione eterologa, sulla base del consenso prestato dalla madre biologica e dalla ricorrente, madre intenzionale.

Stando al tenore letterale delle norme e all'interpretazione sistematica della legge n. 40/2004, tuttavia, solo le coppie di sesso diverso possono legittimamente accedere alle pratiche di PMA e solo queste, dun-

²⁰ Per un'approfondita discussione, cfr. per es. F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2023, 217-244; G. VASINO, *Corte costituzionale e sfere eticamente sensibili: l'orientamento "sostanzialista" del giudice delle leggi fra tutela dei diritti fondamentali e rispetto della discrezionalità legislativa*, in *Federalismi.it*, 11/2023, 297-332; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della "familiarità sociale"*, in *Consulta online*, 3/2022, 1155-1164.

que, possono beneficiare delle previsioni di cui agli artt. 8 e 9 in materia di riconoscimento dei figli.

La Corte sviluppa un pre-argomento di carattere normativo-sistematico, fondato sulla normativa comunitaria e internazionale, che valorizza il legame di fatto tra figlio nato da PMA e genitore intenzionale, a tutela del diritto del minore all'identità personale, affettiva e relazionale e alla stabilità familiare e della cura. Tale inquadramento precede l'argomento *kairotico*: la Corte, infatti, nel giustificare le ragioni di tutela dei diritti dei minori, delimita il gap, definendo il vuoto di tutela esistente nei confronti dei figli nati all'estero, in Stati in cui la PMA è permessa alle coppie dello stesso sesso. Secondo la Corte,

i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi.

Nella società contemporanea si assiste a un'evoluzione del concetto di famiglia a favore di modelli familiari diversi, coppie omogenitoriali, monoparentali e ricomposte. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita PMA consentono di essere genitore senza aver generato o contribuito a generare il figlio. La lingua della giurisprudenza delle corti europee e internazionali attesta, con cura linguistica, il graduale abbandono di un solo modello di formazione sociale riconosciuta a favore di una genitorialità sociale e lo rappresenta scegliendo espressioni qualificative come "figlio di due madri", anziché figlio di due donne o impiegando l'espressione "genitore d'intenzione", che corregge la prerogativa generatrice insita nell'etimo della parola genitore. La retorica della lingua della sentenza mette in evidenza l'evoluzione della società e del diritto e del modo in cui uno influenza l'altro e viceversa. Il momento giudiziale emerge come punto di intersezione tra il diritto e la vita e tra

i linguaggi del diritto e della vita²¹, la sede ove l'interazione e la mutua trasformazione di lingua e diritto trovano più evidente espressione.

L'argomentazione della Corte mette a fuoco linguisticamente i rapporti e le relazioni tra gli individui di una società e pone l'attenzione su alcuni eventi che in qualche modo li riguardano. La Corte ritiene di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela normativa ed esorta il legislatore a intervenire. Sono numerose le espressioni temporali rimarcate dalla Consulta per connotare l'opportunità dell'azione rispetto alla lacuna presente: la Corte ritiene "di non poter *ora* porre rimedio"; richiede al legislatore a intervenire "al più presto", poiché «non sarebbe più tollerabile il *protrarsi* dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

La strategia retorico-argomentativa della Corte è chiara: dopo aver precisato il contenuto normativo positivo, svela, come preoccupante, lo spazio normativo aperto e assume il tempo come misura della buona azione. Conclude il suo ragionamento rivolgendosi direttamente al legislatore:

risulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo.

La sentenza si diffonde sul silenzio del legislatore: non v'è dubbio che la coerenza del ragionamento sviluppato permetta di cogliere la critica aperta al legislatore e l'inadeguatezza per questo caso di quelle soluzioni provvisorie già avanzate dalla giurisprudenza.

Benché tali passaggi siano contenuti in una sentenza di inammissibilità, con tutti i limiti che questo tipo di decisione comporta, il discorso è un'argomentazione *eukairotica*, un'ingiunzione al dovere, affinché il legislatore nazionale prenda sul serio i diritti umani, dando loro garanzia giuridica.

²¹ F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Firenze, 2016.

5. Conclusioni

Come abbiamo cercato di sottolineare sin dall'inizio, il paradigma dei diritti umani ha a che fare con il tempo, nella sua accezione di *kairos*, quel momento opportuno in cui la pretesa *si deve* trasformare in diritto.

Il riferimento alla giurisprudenza costituzionale ci consente di mettere in chiaro due ordini di riflessioni.

In primo luogo, la pronuncia esaminata è un esempio del processo di accertamento dei diritti a opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, disseminata di controversie che mostrano la necessità di contemperare esigenze opposte e ugualmente meritevoli di tutela, evitando una eccessiva frammentazione o una mera soggettivizzazione dei diritti²². Nella loro rilettura dei principi di giustizia emergenti nella società mitopoietica, Cartabia e Violante colgono il punto critico espresso dal *kairos* nel processo di trade-off dei diritti, ove osservano che:

i diritti individuali sono beni preziosi da porre a fondamento della convivenza civile, (...). Ma la loro tutela deve fare i conti con la loro strutturale imperfezione, a pena della negazione e dell'annientamento di sé stessi. La cultura dei diritti a tutti i costi, che ha dominato prima il continente americano e poi quello europeo nella seconda metà del XX secolo, oggi incontra severe critiche. E giustamente: si tratta di critiche volte non a mettere in discussione il valore inestimabile dei diritti individuali, ma a biasimarne gli eccessi²³.

Il giudizio ci mette di fronte all'imperfezione strutturale dei diritti: nelle società multiculturali, frammentate e plurali, i contrasti si moltiplicano, le legislazioni temporeggiano e le corti non possono non decidere.

La struttura complessa del diritto – tutto teso tra giustizia, legge positiva e vita sociale – ha radici antichissime: (...) *Nomoi umani*: il termine

²² M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018.

²³ *Ibidem*, 57.

viene usato al plurale, a indicare la pluralità delle sue espressioni nel tempo e nello spazio, cioè la sua relatività in rapporto al contesto²⁴.

In tal senso, la legge non basta: ci vuole la virtù della *phronesis* che, come discusso, secondo la definizione aristotelica (EN, VI) è una virtù da ascrivere alla sfera della conoscenza e garantisce la comprensione del gap, inevitabile, tra la legge (imperfetta) e le mutevoli circostanze del caso da decidere.

In secondo luogo, in via conclusiva, si intende osservare che questa riflessione sul *kairos* interessa propriamente il rapporto tra lingua e diritto, segnatamente tra lingua e processo. Il carattere fondativo della retorica emerge proprio nella cura linguistica delle sentenze: la razionalità giuridica non può essere distinta da quella del linguaggio nella misura in cui per comprendere in modo non approssimativo la dinamica di trasformazione della pretesa soggettiva in diritto occorre penetrare quella complessità linguistica e considerare il linguaggio non come un oggetto indipendente o come un sistema autonomo, ma come una concreta pratica che si intreccia con altre pratiche umane. La parola serve, in questo senso, non solo a esprimere la propria posizione, ma a esprimersi con l'altro; la cura per le parole consente la cura delle relazioni, nella loro complessa dinamica di interazione dei punti di vista. Cogliere il *kairos* significa, pertanto, cogliere parole e silenzi e custodire il senso proprio della relazione tra ciò di cui si parla e chi parla e, così facendo, tutelare l'intreccio della lingua del diritto e della vita.

²⁴ *Ibidem*, 134.