



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

Facoltà di  
Giurisprudenza

STUDIES ON ARGUMENTATION  
& LEGAL PHILOSOPHY / 4

RAGIONI ED EMOZIONI  
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

MAURIZIO MANZIN  
FEDERICO PUPPO  
SERENA TOMASI  
(eds.)

2021





**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**50**

**2021**

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

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche  
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2021  
*by Università degli Studi di Trento  
Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-939-0  
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>

*Marzo 2021*

STUDIES ON ARGUMENTATION  
& LEGAL PHILOSOPHY / 4

RAGIONI ED EMOZIONI  
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

MAURIZIO MANZIN  
FEDERICO PUPPO  
SERENA TOMASI  
(eds.)



## INDICE

	Pag.
Maurizio Manzin Gran cosa non avere una mente? <i>Il giudizio fra ragione e sentimenti</i> .....	1
Federico Puppo <i>Oltre la diarchia. Alcune riflessioni sul rapporto fra ragione ed emozioni. E sullo statuto di queste</i> .....	7
Gaetano Carlizzi <i>I principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio nel processo penale</i> .....	19
Fabio Ciaramelli <i>Implacabilità della legge ed esigenza del diritto. A partire dall'Antigone di Sofocle</i> .....	35
Vito De Nardis <i>La prova: la ragionevolezza nei sentimenti. Semantica e diritto</i> .....	53
Sara Dellantonio, Luigi Pastore <i>Cognizione, affetti, giudizi: un resoconto problematico</i> .....	83
Francesca Delvecchio <i>Probatio vs praesumptio: il ritorno del giudice ventriloquo?</i> .....	103
Flora Di Donato <i>Il giudice emotivo. Note per una lettura interdisciplinare</i> .....	125
Andrea Favaro <i>Ruolo del giudizio nella 'in-venzione' del diritto</i> .....	139
Ida Ferrero <i>Formazione della prova ed emozioni del giudice in «The Children act»</i> .....	163
Mattia Garavaglia <i>Appunti e spunti su onere della prova e «comune sentire»</i> .....	181

INDICE

	Pag.
Carlo Vittorio Giabardo <i>Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare) .....</i>	211
Gaetano Insolera <i>Legge ragione ed emozione nella giustizia penale .....</i>	235
Claudio Luzzati <i>"Ontologie". Teoria del diritto e retorica. Un'analisi strutturale sottile.....</i>	251
Umberto Manzo <i>Le decisioni giuridiche: dalla ragione all'emozione .....</i>	261
Riccardo Perona <i>Trascendere il conflitto. Spunti sul superamento dell'Antigone negli argomenti dell'Edipo a Colono.....</i>	289
Dorella Quarto <i>Tempi del processo e retorica colpevolista della giustizia mediatica .....</i>	321
Mario Riberi <i>«Chi opera il male è fatto della stessa carne di chi opera il bene». Il coinvolgimento emotivo del giudice nella narrativa di Franco Vegliani .....</i>	347
Alessandro Serpe <i>Façade legitimation? Argomentazione e decision making nell'on law and justice .....</i>	369
Serena Tomasi <i>Valori e limiti dello storytelling forense: il racconto tra persuasione e realtà.....</i>	387
Lorenzo Zoppellari <i>Tv Justiça, le alterazioni della retorica giudiziale. Il caso del supremo tribunale federale brasiliano.....</i>	407
<i>Notizie sugli Autori .....</i>	435

*GRAN COSA NON AVERE UNA MENTE?*  
IL GIUDIZIO FRA RAGIONE E SENTIMENTI

*Maurizio Manzin*

The great thing  
is not having  
a mind. Feelings:  
oh, I have those; they  
govern me. I have  
a lord in heaven  
called the sun, and open  
for him, showing him  
the fire of my own heart, fire  
like his presence.  
What could such glory be  
if not a heart? Oh my brothers and sisters,  
were you like me once, long ago,  
before you were human? Did you  
permit yourselves  
to open once, who would never  
open again? Because in truth  
I am speaking now  
the way you do. I speak  
because I am shattered

Louise Glück, *The Red Poppy* (da *The Wild Iris*, 1992)

Louise Glück (New York 1943) è la vincitrice del Premio Nobel 2020 per la letteratura: una scrittura scarna come un graffito metropolitano, una voce che grida dall'abisso, il "dono tremendo di parole" (S. Quasimodo) scontato nella solitudine più lacerante. La sua *Red Poppy*, qui riportata in epigrafe, è tratta da una raccolta che le aveva già guadagnato il Pulitzer nel 1993. A mio avviso, i versi di Louise si attagliano perfettamente al tema di questa raccolta di saggi, cogliendone i profili filosofici di maggior rilievo.

Innanzitutto, la stridente opposizione fra *mind* e *feeling* – ragione e sentimento – spinta sino all'estremo: che gran cosa sarebbe "non avere

una mente”! Quella mente che, tanto tempo fa, ci avrebbe reso umani (*human*), spegnendo però, una volta e per sempre, il calore dei sentimenti, generatore di vita. L’uomo razionale ha cessato, dunque, per Louise, di essere *zoon*: spirito vitale che si dischiude come un papavero al sole, condannandosi a un’esistenza inautentica.

Nella *mystica visio* della poetessa newyorkese, l’“inferno” degli *autres* (J.-P. Sartre) – quello che rompe il beato isolamento del papavero, e che costringe alla sofferenza quotidiana della *Gerede*, in cui nulla di cui “ne vada di noi stessi” è comunicato (M. Heidegger) – è, semplicemente e drammaticamente, il frutto di una resistenza all’abbandonarsi, a dismettere i propri pensieri in cambio del “governo” dei *feelings*.

E se lei stessa, Louise, è infine costretta ad usare il linguaggio come *mind*, ad essere umana, insomma, ebbene, si tratta di un esito estremo della propria condizione: “parlo, perché sono distrutta” (*shattered*).

Se ho infilato una piccola sfilza di citazioni, non è per vanità o per ornare il discorso. Vorrei, invece, mostrare come la sofferente Louise si situi lungo una linea costante della sensibilità filosofica occidentale, che va, almeno, da Torquato Tasso all’esistenzialismo contemporaneo: la linea dello “scacco”. Stagiato dal pensiero moderno e cartesiano come *individuo*, come monade pensante (tutti quegli omini che, simili a *pixel*, formano la veste del sovrano nel frontespizio originale del *Leviatano* di Hobbes), il soggetto umano non trova un modo di coesistenza con l’altro (non più il “prossimo”, ma l’altro da sé – un sé *mensura omnium rerum*), che non sia entro la dimensione del *potere*. La razionalità dei rapporti, la ragione-*raison*, esemplata *more geometrico*, costringe, infatti, a una finzione di *égalité*, che stride con l’annunciata unicità assoluta del sé. Ragione e natura, “mente” e “sentimento”, reclusi in due culture indipendenti – quella del “contare” e quella del “raccontare” (C. Bernardini, T. De Mauro) – producono lo straniamento che spinge l’animo poetico a preferire l’abbandono e l’oblio del papavero, a rifiutare una razionalità che si esprime massimamente nel potere e nella tecnica – alla fine, nella sopraffazione.

Certo, il termine *feeling* è problematico: sensazione, istinto, emozione? Cosa “sento” (*to feel*) dentro me stesso che mi fa aprire, forse per una volta sola, alla divinità solare, al *lord in heaven* scritto senza le maiuscole? Cos’è quel “cuore glorioso” il cui fuoco è il mio stesso fuo-

co? Perché, se è quello del papavero rosso, *rosso* come la passione, ha poco a che vedere con il freddo *blu* della mente.

E, tuttavia, in una chiusa paradossale, ciò che mi “distrugge” è anche ciò che mi fa parlare agli umani *the way they do* – con la mente, quindi.

La linea dello “scacco” non è altra da quella che divide le *two cultures* (C.P. Snow): la linea della separazione fra soggetto e oggetto, io e mondo, neutralità e soggettività, scienza ed arte, ragione e volontà, essere e dover essere, eccetera eccetera. Non è una novità che l’età attuale si dibatta tra una tarda-modernità, ancora dominata dall’individualismo scettico e dalla tecnica, e una post-modernità che si è, almeno, accorta dell’esigenza di trovare una sintesi, nel segno di un umanesimo autentico. Se non altro perché, nel “secolo breve”, ci siamo bruscamente accorti di quanto sia illusorio credere che *un jour tout ira mieux*, o che saremmo alla fulgente “fine della storia”.

Se n’è accorto – infine – anche il giurista, che non assume più, aporematicamente, il modello sillogistico-formale del ragionamento decisorio, prodotto di successo (assieme al legalismo) dell’astrattismo illuminista. Così, tra l’abbandono realista-cinico ai *sidera* della ‘creatività’ giurisprudenziale e l’insistente pretesa vetero-scientista di un’applicazione automatica (magari informatica) delle norme al caso, molte altre voci si levano oggi a difesa di un “*commitment* argomentativo” che sia capace di gestire, nella teoria e nella prassi, le diverse componenti del giudizio. Le quali – come c’insegnano anche le più recenti scoperte nell’ambito delle scienze cognitive – dipendono, in modo complesso e congiunto, tanto dai *feelings* (“Sistema 1”) quanto dalla *mind* (“sistema 2”): ovviamente D. Kahneman).

A cancellare l’“errore di Cartesio” (A. Damasio) si provano ormai in molti, nella schiera dei giuristi, soprattutto dopo le “svolte” (linguistica, pragmatica e argomentativa) del Novecento, le quali hanno portato la società e i suoi usi dentro la cittadella dei ragionamenti esperti.

In un recente e fortunato saggio (*Il giudice emotivo*, 2017), apprezzato tanto dagli specialisti della dottrina quanto dai giuristi pratici, Antonio Forza, Giulia Menegon e Rino Rumiati hanno esplorato l’intersezione fra ragione ed emozioni nella formazione del giudizio, mostrando, per un verso, la velleitarietà di un modello ‘neutralista’, ormai inso-

stenibile anche in ambito epistemologico (per tutti, N. Bohr e la meccanica quantistica), e per l'altro, le "bonnes raisons des émotions" (C. Plantin).

Un tema che introduce alla questione dell'argomentazione giuridica e alle modalità della c.d. giustificazione interna ed esterna della decisione giudiziale. Su un piano meta-teorico, le ormai numerose 'famiglie' delle teorie argomentative (convenzionalmente distinte da M. Beltrami, *Gli strumenti della persuasione*, 2009 in "sintattiche", "semantiche" e "pragmatiche") si dividono sul ruolo da assegnare al fattore *pathos* nei processi di *decision making*. Fallacia logica, al limite decettiva (p. es. nella c.d. "retorica nera"), ovvero elemento connesso alla credibilità (*ethos*) dell'oratore?

In fondo, è pur sempre un'emozione quella che spinge alla ricerca della verità, nel processo come altrove; che guida la volontà a perseverare nell'indagine dopo l'iniziale stupore (*thaumazein*), dovuto alla consapevolezza di non sapere (*reasoning under uncertainty*); che induce piacere per un'azione giusta, dolore per un'ingiustizia. E, forse (sperabilmente?), è ancora un'emozione che spinge a scegliere una facoltà, una professione, una teoria, fra altre. Perché, se sia stato un mero calcolo, avrà vita difficile e, probabilmente, breve.

Non si tratta, allora, di inseguire la finzione di un dualismo assoluto fra sistemi cognitivi che operano invariabilmente connessi, ma, piuttosto, di sceverare l'opportuno dall'inopportuno funzionamento – di disegnare uno schema in cui i sistemi possano cooperare allo scoperto e in maniera controllabile, piuttosto che sotteraneamente e ingovernabilmente.

A parere di chi scrive, la soluzione sta nel ri-orientamento retorico delle pratiche argomentative, secondo una lezione che proviene dal pensiero classico (Aristotele *in primis*, ma anche Petrarca, Vico ed altri), per il quale la qualità d'*antistrophe* della retorica non si esplica nell'ausiliare i ragionamenti con strategie captative del consenso, ma nel creare le condizioni per una comunicazione fra parlanti e uditorio basata sulla condivisione logica, etica ed emotiva. Una retorica profondamente 'antropologica' e radicata nella realtà dei rapporti sociali, che solo in ordine a ciò include anche tecniche e strategie.

Ecco perché, a seguito di numerose iniziative di ricerca, seminari e convegnistiche (da ultimo la diciannovesima edizione delle *Giornate Tridentine di Retorica*, svoltasi a Trento il 13 e 14 giugno 2019, intitolata *pour cause* “Onus probandi. La formazione della prova tra ragioni ed emozioni”), il CERMEG - Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica - e il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Trento, hanno qui raccolto e pubblicato una serie di contributi che, da angolature diverse per ampiezza e natura, ispezionano lo stato del ragionamento giudiziale in materia di prove, inferenze, giudizio. Dall’*Antigone* di Sofocle alle trasmissioni televisive di *Tv Justiça* in Brasile, dalla giustizia penale a quella costituzionale, con uno sguardo che congiunge teoria del diritto, logica e neuroscienze, gli Autori del volume offrono una panoramica stimolante al lettore giurista, fornendo una discreta serie di spunti critici per ripensare la complessità cognitiva sottesa alla decisione, che nella motivazione della sentenza (dove ancora la si vorrebbe negare) può soltanto essere indovinata in filigrana.

La posta in gioco non è dappoco, come s’intravede anche nella stretta finale della poesia con cui ho esordito, quella sul “papavero rosso”. Soprattutto, s’intravede nel fatto che, quella stretta, c’è. Louise, infatti, non chiude al verso precedente, quello sull’umanità come inautenticità, ma tradisce apparentemente la sua stessa premessa: essere solo *feeling*. E alla fine del canto, proprio perché “distrutta”, decide d’essere *mind*, per poterci parlare della sua – che è anche la nostra – sofferenza.

Un’ammissione palese della nostra natura invincibile di *zoon*, ma “razionale” e “parlante”, come già Aristotele aveva insegnato, la quale ci consegna al non facile (e, allo stesso tempo, non eludibile) rapporto tra queste due caratteristiche costitutive.

Un equilibrio che andrebbe cercato anche nel *logos* che giudica – nel “ius dicere” – portando a un livello di significato condivisibile, ossia ragionevole, l’allineamento dei processi etici, emotivi e logici.

Per dirla con Dante: *quando Amor spira, e a quel modo ch’e’ ditta dentro, andar significando.*



# OLTRE LA DIARCHIA

## ALCUNE RIFLESSIONI SUL RAPPORTO FRA RAGIONE ED EMOZIONI. E SULLO STATUTO DI QUESTE

*Federico Puppo*

SOMMARIO: *1. Premessa. 2. Emozioni e ragione: verso il superamento della diarchia. 3. Conclusione.*

### *1. Premessa*

A volte succede che un tema, ancor prima che essere oggetto di uno studio specifico, goda di un ampio retroterra, vorrei quasi dire ‘culturale’, che rende problematico tematizzarne il contenuto. In buona sostanza, e in altri termini, in taluni casi accade che si possa dare quasi per scontata una certa idea – in termini più esatti: una precomprensione – che in qualche modo fornisce già una precisa e tralaticia immagine, una sorta di ‘grande narrazione’ di ciò di cui ci si appresta a discutere (che poi quella sia fondata o meno è un altro discorso).

Il rapporto fra emozioni e ragione, su cui qui vorrei provare a dire qualcosa, è uno di questi casi: e poiché siamo figli del nostro tempo, va da sé che tra i due ambiti qui evocati siamo stati normalmente abituati a vedere o concepire una distanza se non, più di frequente, una vera e propria diarchia, uno scontro in cui – questa normalmente era, e in certa parte ancora è, la conclusione – è bene che le emozioni escano mitigate o, meglio ancora, assopite dalla ragione che, in tema di scelte (e nel diritto si sceglie sempre), è bene che abbia, se non la prima, di certo l’ultima parola.

In effetti, così mi pare si sia (stati?) soliti pensare, le emozioni (al plurale) sono molte, soggettive, irregolari, ingovernabili e inaffidabili; mentre la ragione (al singolare) è una, auspicabilmente ‘oggettiva’, governabile, verificabile e affidabile, al punto che in nome di essa è per

esempio possibile mettere ordine fra le ragioni (stavolta al plurale) che ciascuno di noi può essere capace di vantare laddove si dialoghi o discuta (e nei contesti giuridici si discute sempre).

Certo, come ben si sa (ecco un'altra «grande narrazione», per dirla con Lyotard, del nostro tempo) oggi la ragione non gode di ottima salute, giacché le onde della post-modernità – qualunque cosa significhi ormai questo termine – hanno via via eroso le fondamenta razionalistiche su cui la modernità aveva costruito le proprie architetture di pensiero: ma se, da un lato, questo non ha risolto il contrasto di cui prima dicevo – in sostanza: le emozioni oggi si contrappongono a, e a volte vincono su, le ragioni che si possono oramai però solo debolmente vantare –, dall'altro lato, proprio per arginare questa deriva, si riafferma la necessità di quanto in precedenza dato per scontato, ossia il primato della ragione e il controllo che essa dovrebbe garantire – proprio per far fronte alla sopravanzata delle emozioni.

In ogni caso, a me pare che quella distanza non sia venuta meno ma abbia al più mutato aspetto; e che, quindi, a tale riguardo, non si farebbe molta fatica a sentire nuovamente l'eco degli auspici del Beccaria, che istruiva come il giudice avrebbe dovuto fare della propria decisione un «sillogismo perfetto» per, aggiungerebbe Cartesio, «ben condurre la propria ragione» (stavolta nuovamente, non a caso, al singolare).

Qui il ruolo giocato dalla pretesa oggettività della ragione contro il soggettivismo delle emozioni è chiaro e risaputo: ma non sarà privo di rilievo ricordare come in precedenza, seppur in altro ambito del sapere giusfilosofico, le emozioni hanno pesato in modo diverso. Quando fu scritto l'atto di nascita dello Stato – l'entità senza cui il diritto modernamente inteso (quello stesso diritto che si affida alla ragione di Cartesio e Beccaria) avrebbe avuto ragion d'essere – la speculazione del giusnaturalismo moderno trovò, infatti, proprio nelle emozioni una parte della giustificazione dei modelli che andava via via proponendo. La creazione dello stato assoluto nei termini propri dell'impostazione hobbesiana perderebbe in effetti molto mordente se si togliesse (ma come si potrebbe?) la diffidenza e, con questa, la paura che ciascuno prova nel *bellum omnium contra omnes* e che il Leviatano ben si guarda di eliminare, perché ne ha bisogno per governare; d'altro canto, il valore dell'opera del puritano Locke è a pieno apprezzabile solo non dimentican-

do il ruolo che vi gioca la legge della reputazione, che contribuisce a regolare i nostri modi di essere nello stato di natura e quindi anche nello stato liberale che ne conserva l'esistenza; e non c'è bisogno, credo, di dire molto sul ruolo della nostalgia in Rousseau, cardine fondamentale per giustificare l'utopia dello stato di natura e, insieme, della fino in fondo inattuabile uguaglianza democratica che da esso dipende.

Ma, si dirà, in fondo tutto ciò potrebbe avere a che fare con una discussione di natura più politica che strettamente giuridica: e si sa che la politica, essendo il campo in cui si manifesta il potere, è anche quello in cui è più presente, rispetto alla ragione, la volontà – e, non a caso, una delle costanti del giusnaturalismo moderno è proprio il ricorso al contratto sociale, ossia uno strumento di squisita espressione della volontà individuale.

Ed è così che incontriamo l'altra grande diarchia che permea di sé la discussione intorno alla natura del diritto – se cioè esso sia frutto di ragione o di volontà – tratto tipico della antica diatriba fra domenicani e francescani: tappa intermedia di un cammino millenario che inizialmente vide l'affermazione dell'alternativa razionale (si pensi, ad esempio, ad Aristotele), in seguito sconfitta da quella volontaristica (si pensi, ad esempio, all'imperativismo), con il presente che fa fatica a mettere veramente d'accordo le due.

Sembra, insomma, che la storia, ma anche la filosofia, del diritto, abbiano conosciuto diversi dualismi, che a un certo punto si sono anche sovrapposti: ancora una volta il richiamo a Hobbes mi sembra ficcante, incarnando egli, ad un tempo, il volontarismo politico, da una parte, e il razionalismo scientifico, dall'altra parte, senza che ciò costituisca necessariamente una contraddizione.

Eppure, forse queste diarchie si nutrono di 'false narrazioni': a ben vedere, in effetti, e solo per stare a quanto dicevo dappprincipio, la distanza fra emozioni e ragione non è così profonda come si sia soliti (e forse in modo un poco affrettato) pensare. Su questo già si è detto nel saggio introduttivo che precede e molto si dirà in quelli che seguono: nel breve spazio di questo scritto vorrei però anche io cercare di enucleare qualche spunto di riflessione, proponendo l'idea (per verità non così nuova) che, per risolvere quello iato, non sia necessario proseguire nella strada, a mio modo di vedere errata, segnata dalla post-modernità

– cioè verso l’indebolimento della ragione – quanto, piuttosto, riconsiderare *ab initio* la legittimità della separazione fra emozioni e ragione per poter meglio comprendere il modo in cui esse coesistono e collaborano – piuttosto, quindi, verso una, per così dire, riabilitazione delle emozioni.

## 2. *Emozioni e ragione: verso il superamento della diarchia*

A tal fine vorrei cercare di mostrare, per quanto sinteticamente qui si possa fare, come e in che misura sia possibile rivedere alcuni assunti tipici del modello di conoscenza moderno: che questo sia inficiato da alcuni pregiudizi errati è ormai opinione condivisa e, anzi, evidenza provata.

Ciò emerge con particolare convinzione anche nella prospettiva di cui qui, se non altro *per puncta*, dirò e che insiste: i) sul ruolo cognitivo delle emozioni, ii) sul loro essere ‘sociali’ e, infine, iii) sul loro statuto ‘innato’: tutti aspetti che troviamo splendidamente compendiate nel recente e bello studio, qui assunto a base della presente esposizione, di Eric Kandel, che si pone come espresso obiettivo proprio quello di recuperare la distanza che il sapere moderno aveva segnato tra sapere scientifico (ovvero: razionalità) ed esperienza artistica (cioè: emozioni)<sup>1</sup>.

i) Contrariamente a quanto si pensava, le emozioni<sup>2</sup> non svolgono un ruolo parassitario nei processi di tipo cognitivo, ma ne rappresentano una componente ineliminabile e niente affatto pregiudizievole: ampia messe di studi confermano ormai questa convinzione, che ha fatto stra-

---

<sup>1</sup> Il riferimento è a E. KANDEL, *The Age of Insight: The Quest to Understand the Unconscious in Art, Mind, and Brain, from Vienna 1900 to the Present*, New York, 2012 (= *L’età dell’inconscio. Arte, mente e cervello dalla Grande Vienna ai nostri giorni*, Milano, 2012, 2016<sup>2</sup>).

<sup>2</sup> Il termine è qui usato nel senso più ampio possibile – non volutamente problematizzando, giusto per nominare un aspetto rilevante, la distinzione fra emozioni inconse e sentimenti consapevoli –: ai fini di questo saggio è cioè sufficiente tenere presente l’uso che normalmente facciamo del termine “emozione”, per quanto vago o ambiguo possa essere.

da alla «consapevolezza che l'emozione sia anche una forma di elaborazione dell'informazione e quindi una forma di conoscenza»<sup>3</sup>. Tale consapevolezza è maturata di pari passo con, ed è stata confermata dallo sviluppo degli strumenti tipici delle neuroscienze i quali hanno contribuito a spiegare il modo in cui nasce un'emozione. La quale risulta essere «innescata tanto dalla valutazione cognitiva dello stimolo quanto dalla specifica risposta corporea»<sup>4</sup>, in un processo complesso e unitario, che può essere rappresentato come segue:



Si è così acquisita una «visione più ampia della conoscenza, che comprende [...] tutti gli aspetti di elaborazione cerebrale dell'informazione: non solo percezione, pensiero e ragionamento, ma anche emozioni e cognizione sociale»<sup>5</sup>. A tale riguardo mi sembra utile ricordare che uno dei campi in cui tutto ciò ha mostrato la propria rilevanza sia quello del ragionamento morale che, sulla scorta della c.d. *trolleology*, ha trovato negli ultimi decenni interessanti sviluppi tesi proprio a mostrare come «la vecchia idea che il pensiero e le emozioni siano fra loro opposti non è più credibile»<sup>6</sup>.

I nostri processi cognitivi e le decisioni che ne derivano sono cioè frutto – a volte in modo molto importante e, anzi, prominente – di istanze inconscie ed emotive, che una volta si sarebbero erroneamente dette “irrazionali” ma che, invece, oggi sappiamo essere pienamente parte del nostro agire in modo *razionale*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 350, cui rimandiamo per l'imponente bibliografia citata, fra cui ricorrono i 'classici' lavori dei coniugi Damasio.

<sup>4</sup> *Loc. ult. cit.*, da cui anche l'immagine che segue.

<sup>5</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>6</sup> E. KANDEL, *op. cit.*, p. 365. Per una ulteriore ricognizione sul tema si v. utilmente, *ex multis*, D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014, e C. BAGNOLI, *Dilemmi morali*, Genova, 2006, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti (anche con riferimento agli approcci sviluppati, su tutti, da Greene e Haidt, che mettono in discussione il ruolo della ragione nelle scelte morali).

ii) Appare inoltre interessante notare, accanto a tale evoluzione relativa al modo di concepire lo statuto delle emozioni in rapporto alla ragione, un altro, potremmo dire, aspetto epistemico che è andato cambiando nel tempo.

In effetti, «fino alla metà del XIX secolo si pensava che [le emozioni] fossero esperienze private, personali, la cui funzione primaria era quella di arricchire e colorare la nostra vita mentale»<sup>7</sup>. Ebbene, nonostante quella che potrebbe ancora essere una visione diffusa, anche quest'idea sembra errata: si deve, infatti, già a Charles Darwin l'iniziale ribaltamento di tale convinzione, giacché fu lui ad introdurre «l'idea radicale che, oltre a colorare le nostre vite, le emozioni svolgono [...] funzioni sociali e adattative»<sup>8</sup>.

In altri termini, secondo tale impostazione poi ulteriormente sviluppata e comprovata nel tempo, «esiste uno stretto legame fra il mondo privato delle nostre emozioni e il mondo pubblico delle nostre interazioni con gli altri»<sup>9</sup>. Quest'intuizione si basava, significativamente, sulla convinzione che «gli esseri umani, *in quanto animali sociali*, hanno bisogno di comunicare il loro stato emotivo agli altri»<sup>10</sup>: ulteriori studi<sup>11</sup>, condotti proprio sulle metodiche del riconoscimento facciale – cui Darwin tributava il ruolo di veicolare socialmente le emozioni –, hanno poi, nel tempo, mostrato la rilevanza di tale paradigma, correggendolo e rivedendolo in parte ma senza mutarne l'incidenza.

Oggi, infatti sappiamo che la socialità umana è veicolata dalle emozioni, le quali contribuiscono a istituirle e rafforzarla.

Dal mio punto di vista, affermare la natura *sociale* delle emozioni rende comprensibile come la percezione soggettiva di alcunché (e di certo l'emozione è una percezione soggettiva) non equivale ad un'esperienza individualistica e solipsistica: pare, anzi, che, nei processi di riconoscimento facciale (il più immediato e innato canale della socialità) esistano sei emozioni universali – disposte lungo un *continuum* in cui esse si modulano e si alternano – e che, dato ancor più sorprendente,

<sup>7</sup> E. KANDEL, *op. cit.*, p. 324.

<sup>8</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>9</sup> E. KANDEL, *op. cit.*, p. 356.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 325 (corsivo mio).

<sup>11</sup> Per un'analisi dei quali rimandiamo a *ibidem*, in part. capp. 19 e 21.

tali emozioni universali sono in parte determinate dalla nostra esperienza e dal contesto, ma in parte sono *innate*. Innate come il linguaggio.

iii) Da tale ultimo punto di vista, si consideri infine come, nel tempo, si sia formata la convinzione che

i bambini piccoli sono in grado di interpretare le immagini perché sono nati con un sistema visivo che possiede una serie di regole cognitive *universali innate* per l'estrazione di informazioni simili alle regole che consentono ai bambini di acquisire la grammatica<sup>12</sup>.

In tale campo sono stati condotti studi per comprendere, tra il resto, perché, nel riconoscimento delle altre persone, sia così importante e rilevante l'esame del volto umano, che, ci viene detto, è una esperienza di tipo gestaltico: ebbene, i risultati a cui si è pervenuti mostrano come

i meccanismi cerebrali alla base del riconoscimento dei volti emergono nella prima infanzia e la sintonizzazione percettiva specie-specifica per la discriminazione delle facce va in parallelo alla messa a punto del riconoscimento del linguaggio<sup>13</sup>.

Ora, dagli studi di Chomsky sull'istinto linguistico innato in poi, è noto che anche il linguaggio umano – o, meglio, la sintassi che ne costituisce il dato caratteristico e saliente – sia innato e, anzi, proprio a tale ultimo riguardo è stato significativamente affermato che «noi siamo il nostro linguaggio. [...] Per qualche ragione, il linguaggio umano non è solo la cifra della nostra singolarità; è anche radicato in noi a tal punto [...] che nessun uomo può esistere senza di esso»<sup>14</sup>. Secondo tale prospettiva, che Andrea Moro comprova grazie al supporto della linguistica formale e delle metodiche di *neuroimaging* e della risonanza magnetica funzionale, si è in grado di proporre una fondazione del linguaggio del tutto lontana dalle teorie di tipo convenzionalistico e piuttosto volta a constatare che, a fronte delle ricerche condotte, «l'ipotesi [...] a favo-

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 204 (corsivo mio).

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>14</sup> A. MORO, *Impossible Languages*, Cambridge (MA), 2016 (= *Le lingue impossibili*, Milano, 2017), p. 107, testo di riferimento per quanto affermato in questa sezione del testo.

re di una interpretazione biologica della struttura del linguaggio è stata pertanto suffragata»<sup>15</sup>.

In sintesi, ciò implica che noi nasciamo con un'impronta linguistica, e le regole del linguaggio che ne derivano sono biologicamente determinate: proprio come, parrebbe di poter dire, quelle che guidano l'interpretazione delle immagini e come il 'bagaglio' delle emozioni universali che ne permettono l'elaborazione.

### 3. Conclusione

Tutto quanto precede permette, ritengo, di affacciare qualche conclusione o, meglio, qualche considerazione che può utilmente rappresentare i tratti di una linea di ricerca multi- e inter-disciplinare grazie alla quale si potrebbero raggiungere risultati interessanti, che qui provo a sintetizzare facendo riferimento ad un particolare modello antropologico, quello già affacciato dal riferimento darwiniano di cui sopra e che risponde, più propriamente, alla concezione dell'uomo come «politikòn zôon» di origine aristotelica.

In effetti, mi pare che quest'antica idea possa essere oggi proficuamente arricchita dall'includere in tale concezione non solo l'essere, dell'uomo, animale «linguistico e politico»<sup>16</sup>, ma, allo stesso tempo, anche emozionale: cosa che, peraltro, se si pone mente alla generale impostazione aristotelica, non sorprende.

Non va, infatti, dimenticato che, per lo Stagirita, la *naturale* socialità umana della *polis*<sup>17</sup> è dominata dalla razionalità assicurata dalla retorica ai discorsi epidittici, deliberativi e giudiziali che contempla, costitutivamente, l'inscindibile concorrenza di *ethos*, *logos* e *pathos*, le tre *pi-steis* che sempre connotano i discorsi retorici e che corrispondono «a colui che parla, ciò di cui si parla e colui a cui si parla»<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>16</sup> Così F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008, p. 10 (corsivo dell'A.), cui si rimanda per l'esplicazione della necessità dell'endiadi usata.

<sup>17</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, I, 1, 1253a.

<sup>18</sup> ARISTOTELE, *Retorica*, I, 3, 1358a.

Ora, questo vale ad arricchire quanto detto *sub i*), giacché

piacere e conoscenza per Aristotele non sono in alternativa e per questo la persuasione non è soltanto manipolazione seduttiva ma un processo discorsivo che mette necessariamente in gioco dimensione cognitiva e sfera emotiva di tutti i partecipanti<sup>19</sup>.

Costoro si ritrovano all'interno di una dimensione sociale che coinvolge, per l'appunto, tutte le facoltà dei soggetti in essa presenti, ossia tanto quelle emozionali quanto quelle razionali, anche perché, come si diceva *sub ii*), le emozioni giocano un preciso ruolo sociale: sembra quindi più corretto, o comunque più economico, immaginare la costituzione di un legame sociale che faccia agio anche su esse piuttosto che uno che tenda ad escluderle e, allo stesso tempo, sembra più fecondo dirigere la propria attenzione a una concezione che, contemplandole, sia in grado di tenerne conto, ma non in modo deteriore. Ciò a maggiore ragione laddove si tenga presente il dato biologico relativo alle emozioni e al linguaggio, di cui si è detto *sub iii*): a cui occorre aggiungere anche quello relativo alle capacità argomentative, che studi recenti attestano essere (pure loro!) innate nei bambini<sup>20</sup>.

Un ulteriore, a mio modo di vedere, sorprendente risultato che autorizza a sostenere come il modello antropologico aristotelico – che, compendiando gli elementi innati del linguaggio, delle emozioni e della socialità, autorizza pertanto a parlare, in sintesi, dell'uomo come «animale retorico»<sup>21</sup> – sembra più vicino alla realtà di quanto non si potesse pensare senza le più recenti evidenze scientifiche oggi a nostra disposizione. Le quali, ovviamente, non sono indiscutibili ma, va detto, non

---

<sup>19</sup> F. PIAZZA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>20</sup> Si v. a tal proposito S. GRECO, E. RIGOTTI, *Argumentation as an object of interest and as a social and cultural resource*, in N. MULLER-MIRZA, A.-N. PERRET-CLERMONT (a cura di), *Argumentation and Education*, New York, 2009, pp. 9-66, nonché J. CONVERTINI ET AL., *The significance of the adversative connectives aber, mais, ma (but) as indicators in young children's argumentation*, in *Journal of Argumentation in Context*, 9, 1, 2020, pp. 69-94. S. TOMASI, *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020, ne tratta, da una prospettiva giusfilosofica, in riferimento agli sviluppi più recenti delle teorie dell'argomentazione.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 16.

sono nemmeno facilmente ignorabili: a meno che non si voglia sovvertire il rapporto tra sapere scientifico e sapere filosofico che, insegna giustamente Jaspers, pretende che «la scienza si fa[ccia] sentinella della filosofia perché questa non faccia affermazioni infondate e non esibisca prove che sono solo presunte»<sup>22</sup>.

Ebbene, a me pare che, proprio in merito al rapporto tra ragione ed emozioni e circa la natura di queste, ci sia la possibilità di fondare certe affermazioni e anche di esibirne le prove, ben più che presunte: con ciò avvalorando, lo ribadisco, l'attualità di una concezione antropologica che può, a giusta ragione, essere chiamata "classica", giacché è anche quella cui indirizza – in negativo – l'antica lezione dell'*Antigone* sofoclea, il secondo grande tema dei saggi che seguono. In effetti, come assai correttamente sostiene Fabio Ciaramelli<sup>23</sup>, la tragedia indica come il peccato di *hybris*, che macchia senza distinzione tanto Antigone quanto Creonte, sia riconducibile, in definitiva, alla mancanza, in entrambi, di *phronesis*, ossia di quella capacità di discernimento che caratterizza l'uomo prudente: colui capace di valutare le situazioni complesse e i valori in conflitto, nella messa in atto di una virtù l'apprendimento e l'esercizio della quale possono essere connessi proprio alla retorica. La quale, da Aristotele in poi, è non per nulla concepita come un metodo capace di preparare alla deliberazione in vista dell'azione, tipico di quell'animale che ha il *logos*: nella presa d'atto che «tutti gli uomini, per natura, tendono a persuadere»<sup>24</sup> ma anche ad essere persuasi.

### Bibliografia

- BAGNOLI C., *Dilemmi morali*, Genova, 2006  
 CIARAMELLI F., *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017  
 CONVERTINI J., ROCCI A., GRECO S., SCHAEER R., PERRET-CLERMONT A.N.,  
 IANNACCONE A., *The significance of the adversative connectives aber,*

<sup>22</sup> K. JASPERS, *Idee der Universität*, Berlin, 1946, p. 17.

<sup>23</sup> Il riferimento è a F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017.

<sup>24</sup> F. PIAZZA, *op. cit.*, p. 29 (corsivo dell'A.) a cui va anche attribuita la specificazione che segue, giacché "avere *logos*" è infatti proprio di «quello che parla e ragiona ma anche di quello che si lascia persuadere» (*ibidem*, p. 20).

- mais, ma (but) *as indicators in young children's argumentation*, in *Journal of Argumentation in Context*, 9, 1, 2020, pp. 69-94
- EDMONDS D., *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem, and What Your Answer Tell Us about Right and Wrong*, Princeton, 2014 (= *Uccidere-sti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014)
- GRECO S., RIGOTTI E., *Argumentation as an object of interest and as a social and cultural resource*, in N. MULLER-MIRZA, A.-N. PERRET-CLERMONT (a cura di), *Argumentation and Education*, New York, 2009, pp. 9-66
- JASPERS K., *Idee der Universität*, Berlin, 1946 (= *L'idea di università*, disponibile online al sito [file:///Users/federico.puppo/Downloads/Karl\\_Jaspers\\_LIdea\\_di\\_Universita\\_trad.\\_i.pdf](file:///Users/federico.puppo/Downloads/Karl_Jaspers_LIdea_di_Universita_trad._i.pdf) consultato il giorno 15 novembre 2019)
- KANDEL E.R., *The Age of Insight: The Quest to Understand the Unconscious in Art, Mind, and Brain, from Vienna 1900 to the Present*, New York, 2012 (= *L'età dell'inconscio. Arte, mente e cervello dalla Grande Vienna ai nostri giorni*, Milano, 2012, 2016<sup>2</sup>)
- MORO A., *Impossible Languages*, Cambridge (MA), 2016 (= *Le lingue impossibili*, Milano, 2017)
- PIAZZA F., *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008, 2015<sup>2</sup>
- TOMASI S., *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020



# I PRINCIPI DEL LIBERO CONVINCIMENTO E DEL RAGIONEVOLE DUBBIO NEL PROCESSO PENALE

*Gaetano Carlizzi*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il principio del libero convincimento. 2.1. Profili storici. 2.2. Inquadramento teorico. 3. Il principio del ragionevole dubbio. 3.1. Profili storici. 3.2. Inquadramento teorico.

## *Abstract*

Application of law and proof of case are the basic activities performed by the judge. Because of its “nomocentric” mark, the legal philosophy has always focused on the former activity, leaving the latter to other legal disciplines, in particular the civil and the criminal procedure. However, the scholars of both disciplines have more analyzed specific aspects (e.g.: rules of admissibility) than the fundamental principles and methods of judicial proof. This paper aim to go into the fundamental principles of proof in the contemporary criminal trial: free evaluation of evidence and proof beyond any reasonable doubt. More specifically, it sketches historical origins and evolution of both principles and shows normative bases and consequences (for the legislator and judge) of their constitutional rank.

## *1. Premessa*

Sebbene l'interpretazione normativa<sup>1</sup> e la prova fattuale<sup>2</sup> svolgano un ruolo parimenti decisivo nell'attuazione processuale della giustizia,

---

<sup>1</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

<sup>2</sup> G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016.

la filosofia del diritto ha sempre riservato alla prima un'attenzione nettamente maggiore, tanto da aver degradato la seconda a tema di nicchia.

In questa sede non mi è consentito di approfondire le cause del fenomeno: mi limito a osservare che scorgervi uno degli effetti del nefasto nomocentrismo imperante in ambito giusfilosofico<sup>3</sup> non pare così avventato.

Piuttosto, mi interessa evidenziare che la rarità delle indagini *teoriche* sulla prova giudiziaria è una costante anche in altri campi disciplinari, a cominciare dal diritto processuale (civile, penale, etc.). Qui, salvo rare eccezioni<sup>4</sup>, ci si è occupati principalmente e, per certi versi, comprensibilmente dei profili di diritto positivo, cioè delle questioni propriamente *dogmatiche* della ricostruzione del fatto in giudizio. Sul piano dei principi fondamentali della prova, in particolare penale, la rigida aderenza all'ordinamento storico di turno ha spinto la dottrina a interessarsi soprattutto alle direttive *pratiche* della prova, relative alla fase intermedia di *assunzione*, in quanto concepite come indici della natura (accusatoria, inquisitoria o mista) del relativo sistema processuale (oralità, immediatezza, contraddittorio). Scarsamente approfonditi sono invece rimasti i principi propriamente *epistemici*, inerenti alla fase conclusiva di *valutazione* (libero convincimento e ragionevole dubbio).

In questa sede, riprendendo i risultati di indagini precedenti<sup>5</sup>, vorrei fornire un modesto contributo al superamento della situazione illustrata, in particolare chiarendo in che senso e perché si può parlare di “principio costituzionale del libero convincimento” e di “principio costituzionale del ragionevole dubbio” quali principi fondamentali del giudizio probatorio penale.

---

<sup>3</sup> G. CARLIZZI, *Introduzione alla Parte Prima*, in G. CARLIZZI, V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016.

<sup>4</sup> Si pensi, per tutti, a M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.

<sup>5</sup> G. CARLIZZI, *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet*, Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2019, 287 ss.; G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia teoria prassi*, San Lazzaro di Savena (BO), 2018.

## 2. *Il principio del libero convincimento*

Esige che il giudice compia autonomamente la valutazione probatoria, cioè, da un lato, non sia vincolato da criteri di apprezzamento delle prove rigidamente precostituiti dal legislatore, dall'altro, usi in modo razionale i criteri discrezionalmente individuati da sé. In tempi di sfiducia per le istituzioni, in particolare per la magistratura, l'espressione "libero convincimento", da sempre sospetta perché evocante lo spettro dell'arbitrio giudiziale, andrebbe pertanto finalmente sostituita con la più genuina "convincimento autonomo".

Il principio del libero convincimento (d'ora in poi: PLC) emerse in Inghilterra intorno al XIII secolo e fu mutuato in alcuni ordinamenti del continente europeo a partire dalla fine del XVIII secolo. Nell'ordinamento italiano attuale, esso, a livello di legislazione ordinaria, trova riscontro mutevole: esplicito, nell'art. 116 c.p.c. e dell'art. 64 c.p.a., implicito, nell'art. 192, comma 1, c.p.p.; a livello costituzionale, trova fondamento nell'art. 3, Cost. (principio di ragionevolezza della legge) e nell'art. 101, comma 6, Cost. (obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali). Nel prosieguo, ne considererò l'evoluzione all'interno del processo penale.

### 2.1. *Profili storici*

Il PLC si affermò storicamente per effetto del superamento del *rito ordalico* medioevale, sia in ambito britannico sia in ambito europeo-continentale<sup>6</sup>. In entrambi i casi, fu determinante la decisione dei detentori del potere di sottrarre l'accertamento del fatto in giudizio alla sfera della volontà divina, per assegnarlo a quella della ragione umana. Finché lo scioglimento dell'alternativa innocenza/colpevolezza dipese dal superamento di una sfida proibitiva da parte dell'imputato (es.: sopravvivere a un'immersione in acque gelide con le mani e i piedi legati), tutto ruotava attorno all'idea che Dio non avrebbe potuto volere la sopravvivenza di un colpevole, né tanto meno la morte di un innocente.

---

<sup>6</sup> Su tale evoluzione storica, v. G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., 11-24.

Più precisamente, in ambito *britannico*, il PLC si manifestò per la prima volta intorno al XIII secolo, allorché l'accertamento del fatto in giudizio fu attribuito alla *giuria*. Quest'ultima, infatti, era chiamata ad amministrare la giustizia nel nome del popolo e, pertanto, poteva apprezzare liberamente gli elementi di prova, senza dover fornire le ragioni della propria decisione.

Sul *continente europeo*, invece, il rito ordalico fu soppiantato, questa volta intorno al XIV secolo, dal sistema della *prova legale*. Predefinendo il valore probatorio degli elementi di prova (es.: la confessione dell'imputato costituiva prova piena di colpevolezza), tale sistema vincolava il giudice come quello ordalico, ma su basi laiche, ossia in omaggio alle scelte politiche dei detentori del potere.

Fu solo con l'avvento degli ideali democratici all'esito della Rivoluzione *francese* che i sistemi continentali imboccarono la strada già seguita da quelli britannici: nel 1791, l'Assemblea costituente transalpina recepì con decreto l'istituto della giuria, così importando anche il *PLC* a esso connaturale.

Il principio fu poi mutuato in *altri ordinamenti continentali*, ma in una forma non sempre corrispondente a quella archetipica britannica (principio regolativo dell'accertamento del fatto da parte di una giuria non soggetta a obbligo di motivazione). Con particolare riguardo agli ordinamenti italiani pre- e post-unitari vigenti in passato, esso si affermò secondo uno dei seguenti modelli: o conservando la competenza della *giuria* (popolare) per il giudizio probatorio (ovviamente senza obbligo di motivazione: codificazioni albertine del 1848 e del 1859; c.p.p. del Regno d'Italia del 1865; c.p.p. del 1913); o assegnando anche tale giudizio al *giudice* (togato) (ora senza obbligo di motivazione: c.p.p. del Regno napoleonico del 1807; ora con obbligo di motivazione: c.p.p. del Regno delle Due Sicilie del 1819; c.p.p. del 1930).

## 2.2. Inquadramento teorico

Finora ho parlato più volte di “principio del libero convincimento”, conformemente a una tradizione dottrinale risalente<sup>7</sup>. Sennonché, per quanto mi risulta, nessun autore ha mai chiarito cosa si intende esattamente quando si parla del libero convincimento come oggetto di un principio. Ora intendo affrontare proprio questo problema morfologico, nonché chiarire perché ritengo che il PLC abbia rango costituzionale<sup>8</sup>.

Sotto il primo profilo, nella teoria del diritto contemporanea si discute accesamente su cosa distingue i principi dalle regole nell’alveo comune delle *norme giuridiche*<sup>9</sup>. A mio avviso, la distinzione può essere tracciata valorizzando la forza *fondativa* che solo i *principi* possiedono, grazie al loro contenuto precettivo tipico. In questo senso, principi sono le norme che, avanzando nei confronti di tutti i protagonisti della produzione giuridica una *generica* pretesa di realizzazione di un *valore*, fungono da *rationes* di insiemi eterogenei di *regole*, cioè di prescrizioni relative a tipi di comportamenti descritti in maniera più o meno *specificata*, che ne risultano pertanto *fondate*. Ad esempio, il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), avanzando la generica pretesa di parità trattamento dei fatti eguali e di disparità di trattamento dei fatti diseguali, nei confronti – si noti – non solo del legislatore, ma di ogni altro autore di norme giuridiche, costituisce la *ratio*, dunque la giustificazione di una serie variegata di regole, quali quelle: sul suffragio universale (art. 4 d.P.R. 361/1957), sull’invalidità del licenziamento per motivi politici (art. 4 l. 108/1990), sul delitto di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa (art. 604-*bis* c.p.) e così via.

Ora, nell’ordinamento penale italiano, si può senz’altro parlare di “*principio del libero convincimento*” nei termini appena illustrati. Qui,

---

<sup>7</sup> Cfr., sin dal titolo, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974.

<sup>8</sup> Cfr., anche per i necessari approfondimenti, G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., pp. 35-46.

<sup>9</sup> Sul punto, nella letteratura italiana, per tutti, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 173-180; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, pp. 76-96.

come negli ordinamenti menzionati nel § 2.1, la pretesa generica di realizzazione dell'autonomia del giudizio probatorio ha dato corpo a una serie di norme. Più precisamente, tale valore è stato coltivato nelle sue due componenti principali.

La prima componente è una costante storica (essendo presente in tutti i sistemi favorevoli all'autonomia giudiziale): la *concretezza* del giudizio probatorio, cioè la sua massima aderenza possibile alle particolarità del fatto da accertare. Essa si è tradotta nel tendenziale rifiuto delle prove legali (confermato dalla eccezionalità delle presunzioni probatorie assolute e dalla rarità di quelle relative: cfr., ad es., l'art. 275, comma 3, c.p.p.) e nel conseguente affidamento al giudice del compito di individuare i criteri di apprezzamento più convenienti agli elementi di prova raccolti (art. 192, comma 1, c.p.p.).

La seconda componente è una variabile storica (non essendo operante in tutti i sistemi favorevoli all'autonomia giudiziale)<sup>10</sup>: la *logicità* del giudizio probatorio, cioè la sua coerenza formale e congruenza materiale. Essa si è tradotta nella minuziosa disciplina dell'obbligo di motivazione in fatto (art. 192, comma 1, 546, comma 1, lett. e, c.p.p.) e delle forme del suo inadempimento (art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.).

D'altro canto, il PLC ha *rango costituzionale*. Ciò per la semplice ragione che i due fattori di autonomia di cui esso pretende genericamente la realizzazione, la concretezza e la logicità del giudizio probatorio, costituiscono espressione di più comprensivi valori costituzionali, di cui pertanto ripetono il rilievo apicale.

Più precisamente, da un lato, la concretezza del giudizio probatorio è uno dei requisiti di *ragionevolezza* della legge che lo disciplina (art. 3 Cost.); infatti, come mostra la copiosa giurisprudenza costituzionale

---

<sup>10</sup> I sistemi che trascurano la *logicità* del giudizio probatorio, cioè il suo fondarsi sull'uso della ragione, non coincidono integralmente con quelli in cui opera la giuria, di regola esente dall'obbligo di *motivazione*. In particolare, a differenza di quanto si ritiene comunemente, la logicità del giudizio probatorio fu esaltata anche nell'ordinamento francese postrivoluzionario, incentrato sulla "intime conviction" dei giurati. La formula di giuramento che essi dovevano recitare li ammoniva, infatti, a "scoprire, nella serenità della loro coscienza, l'impressione che le prove addotte contro l'imputato e i mezzi della difesa hanno esercitato sulla loro *ragione*" (corsivo aggiunto): sul punto, cfr. G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., p. 29 nt. 29.

sugli automatismi probatori assoluti<sup>11</sup> (specie di automatismi legislativi)<sup>12</sup>, questi ultimi sono in linea di principio irragionevoli proprio per la loro astrattezza, che impedisce al giudice di discostarsene nel caso concreto, facendo valere le peculiarità di quest'ultimo.

Dall'altro lato, la logicità del giudizio probatorio costituisce il fine dell'*obbligo di motivazione* dei provvedimenti giurisdizionali stabilito dall'art. 111, comma 6, Cost.; infatti, la motivazione costituisce l'unico strumento di controllo, dunque di garanzia, della logicità dei suddetti provvedimenti, intesa sia come coerenza formale (consequenzialità), sia come congruenza materiale (corrispondenza ai dati dell'esperienza).

### 3. Il principio del ragionevole dubbio

Negli ordinamenti liberaldemocratici come il nostro, mentre il PLC vale per ogni giudice, quello del ragionevole dubbio (d'ora in poi: PRD) vale solo per il giudice penale. Esso esige che quest'ultimo accerti nella maniera più severa possibile se sia vera l'ipotesi accusatoria, descritta in genere nel capo di imputazione (e corrispondente al modello "L'individuo A, il giorno x, nel luogo y, ha agito così e così"). Negli altri tipi di processo, invece, valgono pretese epistemiche più blande (ad esempio, nel processo civile italiano, vale il principio "più probabile che no").

Anche il PRD emerse in Inghilterra, ma intorno al XVI secolo. Successivamente, penetrò dapprima negli Stati Uniti, poi nell'Europa continentale. Nell'ordinamento penale italiano, esso, a livello di legislazione ordinaria, trova vario riscontro: esplicito, nell'art. 533, comma 1, c.p.p., implicito, nell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.; a livello costituzionale,

---

<sup>11</sup> Cfr., ad es., C. Cost. 48/2015, relativa alla presunzione assoluta di idoneità esclusiva della custodia in carcere a fronteggiare le esigenze cautelari emerse a carico dell'indagato di omicidio.

<sup>12</sup> Su tale fenomeno, cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, pp. 135-138; S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto. Atti del Convegno di Brescia. 24 novembre 2017*, Napoli, 2018, pp. 223-251.

trova fondamento nell'art. 111, comma 1, Cost. (principio del giusto processo).

### 3.1. *Profili storici*

A differenza del PLC, quello del ragionevole dubbio non è connaturale all'istituto della giuria, pur presupponendo quell'autonomia di valutazione del giudice che costituisce il nucleo del primo principio<sup>13</sup>. Ecco perché le giurie *inglesi*, introdotte – come visto nel § 2.1 – nel XIII secolo, cominciarono a seguire lo standard della prova al di là di ogni ragionevole dubbio solo nel XVI secolo, peraltro sotto le insegne sinonime della “satisfied conscience”. A tutela della libertà dell'imputato, i giurati avrebbero potuto condannarlo solo se la loro coscienza fosse stata soddisfatta, cioè convinta a sufficienza della sua colpevolezza grazie alle prove raccolte.

Nel secolo successivo si ebbe un mutamento di insegne, che portò alla ribalta l'autentica ispirazione ideologica del nostro principio: ora ai giurati si chiedeva di avere una certezza morale della responsabilità dell'imputato. Ciò nel tacito presupposto, coltivato sulle orme di Aristotele da John Wilkins in campo teologico e da John Locke in campo filosofico, che ogni forma di conoscenza delle cose umane, ivi compresa la ricostruzione dei fatti in giudizio, non può ambire alla certezza assoluta tipica della matematica, né rassegnarsi alla incertezza assoluta connaturale allo scetticismo, ma deve piuttosto ambire a una certezza ragionevole, cioè, appunto, a una “moral certainty”.

Fu solo verso la fine del XVIII secolo che emerse la locuzione ufficiale “proof beyond any reasonable doubt”, sia in Inghilterra, sia nella allora colonia americana. In quest'ultimo ambito, nel secolo successivo, fu esperito inoltre il primo tentativo di definire il concetto, esattamente nei termini seguenti:

Non si tratta di un dubbio meramente possibile; perché tutto ciò che ha che fare con le vicende umane e dipende da prove morali è aperto a dubbi possibili o immaginari. Si tratta, piuttosto, di quell'esito della

---

<sup>13</sup> Sulla evoluzione storica di seguito illustrata, cfr. G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., pp. 51-65.

causa, risultante dopo il confronto e l'esame di tutte le prove, che lascia la mente dei giurati in una condizione in cui non possono dire di provare una convinzione duratura, che arriva alla certezza morale, della verità dell'accusa [...]. Le prove devono stabilire la verità del fatto con una certezza ragionevole e morale; una certezza che convince e dirige la comprensione, oltre a soddisfare la ragione e il giudizio. Questo è ciò che consideriamo prova al di là di ogni ragionevole dubbio.

Come emerge chiaramente da questa definizione, il principale problema del principio del ragionevole dubbio riguarda proprio la *definizione* del suo oggetto. Insistere, come si fa lì e in altre sedi, sullo stato mentale del giudicante è operazione vana, perché non aggiunge granché alla nostra comprensione intuitiva del concetto di “assenza di ragionevoli dubbi sulla colpevolezza dell'imputato”.

Un tentativo di superamento di questo stato di *impasse* si è avuto proprio in ambito *italiano*, dove il PRD ha fatto la propria comparsa, a livello legislativo, nell'art. 533, comma 1, c.p.p., come riformato dalla l. 46/2006, a livello giurisprudenziale, in alcune fondamentali pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione (di seguito nominate, come di consuetudine, secondo il relativo imputato): Franzese del 2002<sup>14</sup>, Dasgupta del 2016<sup>15</sup> e Patalano del 2017<sup>16</sup>. Il complesso quadro che ne è risultato è così riassumibile.

La sentenza Franzese, chiamata a dare direttive in materia di prova della causalità penale, ha fornito un'indicazione di estrema importanza anche ai fini della definizione del concetto di “prova al di là di ogni ragionevole dubbio”. Tale prova, cioè, richiede un confronto serrato con gli elementi raccolti, sia con quelli favorevoli all'accusa sia con quelli favorevoli alla difesa. Sviluppando tale lucida intuizione, il concetto suddetto può e deve essere definito in termini (non più *sostanzialistici*, bensì) *metodologici*<sup>17</sup>. Più precisamente, “prova al di là di ogni ragionevole dubbio” è la conferma che l'ipotesi accusatoria riceve quando: a) è emersa la parte più significativa dei suoi tipici *elementi di*

---

<sup>14</sup> Cass., S.U., 30328/2002.

<sup>15</sup> Cass., S.U., 27620/2016.

<sup>16</sup> Cass., S.U., 18620/2017.

<sup>17</sup> Per tale modello e per approfondimenti, cfr. G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., pp. 88-92.

*credito* (es.: testimonianze oculari della presenza di un imputato di omicidio a casa della vittima al momento dell'uccisione) ed è spiegabile l'assenza dei restanti (es.: l'assenza di impronte digitali sull'arma del delitto può dipendere dal fatto che l'imputato indossava dei guanti); b) non è emersa la parte più significativa dei suoi tipici *elementi di discredito* (es.: notevole ricchezza del presunto omicida per motivi di modesta venalità) ed è spiegabile la presenza dei restanti (es.: che l'imputato, qualche minuto dopo l'omicidio, non sia stato trovato in possesso della somma sottratta alla vittima, può dipendere dal fatto che fosse alcolizzato e l'abbia spesa in uno dei bar della zona); c) non hanno trovato la minima conferma, alla duplice stregua appena illustrata, le *controipotesi* formulate dalla difesa dell'imputato o ragionevolmente formulabili sulla base delle risultanze processuali (es.: l'alibi addotto dalla difesa dell'imputato è fallito).

Malgrado la sentenza Franzese avesse individuato nell'art. 530, comma 2, c.p.p. la base dello standard probatorio in esame, nel 2006 il legislatore lo ha espressamente introdotto nel codice di rito, ma collocandolo nell'art. 533, comma 1. In base a tale norma, "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio".

D'altro canto, le Sezioni Unite della Cassazione, nelle sentenze Dagsupta del 2016 e Patalano del 2017 (riguardanti questioni analoghe), hanno valorizzato il concetto di "ragionevole dubbio" per ricavare dall'art. 603 c.p.p. una norma implicita. Mi riferisco alla norma che impone al giudice di appello di riesaminare il teste su cui ha fatto leva l'assoluzione di primo grado impugnata, quando intenda riformarla perché mette in discussione l'affidabilità di tale soggetto. Tale norma è stata infine esplicitata dalla l. 103/2017, che ha introdotto il comma 3-*bis* nel citato art. 603.

### 3.2. *Inquadramento teorico*

Nel § 2.2 ho definito il principio come una norma che, avanzando nei confronti di tutti i protagonisti della produzione giuridica una generica pretesa di realizzazione di un valore, funge da *ratio* di un insieme eterogeneo di regole, cioè di prescrizioni relative a tipi di comporta-

menti descritti in maniera più o meno specifica, che risultano pertanto fondate dallo stesso principio. Affinché si dia un principio, occorre dunque che alcune regole condividano la proprietà di soddisfare in modo specifico una pretesa generica di realizzazione di un valore.

A tale stregua, nell'ordinamento italiano, come negli ordinamenti menzionati nel § 3.1, è legittimo parlare di “*principio* del ragionevole dubbio”<sup>18</sup>. In questo caso, la pretesa generica soddisfatta è quella che, in altra sede, ho proposto di chiamare di “certezza ottimale” del giudizio probatorio penale, ossia che esso si compia nella maniera più severa possibile<sup>19</sup>. Più precisamente, come la nostra giurisprudenza penale ha consentito di mettere in luce<sup>20</sup>, tale pretesa può essere soddisfatta in due direzioni: *epistemica* e pratica. Nel primo caso, essa si traduce in regole disciplinanti l'attività conoscitiva del giudice, come quella dell'art. 533, comma 1, c.p.p., che fissa esplicitamente lo standard della prova al di là di ogni ragionevole dubbio (d'ora in poi: “standard BARD”). D'altro canto, la pretesa in esame si traduce anche in regole *pratiche*, cioè che disciplinano l'attività provvedimentoale del giudice, come quella dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., la quale pone a carico del giudice di appello il già illustrato obbligo di disporre l'audizione del teste decisivo per l'assoluzione di primo grado (cfr. alla fine del § 3.1).

Chiarito ciò, va aggiunto che anche il PRD ha rango *costituzionale*. La conferma di tale inquadramento morfologico richiede un ragionamento più articolato di quello svolto per il PLC. Esso valorizza un

---

<sup>18</sup> Al riguardo, v., anche per i necessari approfondimenti, G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., 79-105.

<sup>19</sup> Più precisamente, posto che il grado di *severità* del giudizio probatorio dipende, da un lato, da quanto è *rigoroso* il metodo di valutazione richiesto (qui è in genere indifferente che si tratti di processo penale o civile), dall'altro, da quanto è *esigente* la regola sul materiale probatorio da consultare (tutto quello emerso, come nel processo penale; solo quello indicato dalle parti, come nel processo civile), nonché la regola di decisione finale (standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, nel processo penale; standard probatorio del più probabile che no, nel processo civile), il grado di severità del giudizio probatorio è maggiore nel processo penale che in quello civile, in quanto nel primo ambito le due regole appena indicate sono più esigenti. Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *I due principi fondamentali*, cit., p. 292.

<sup>20</sup> Al riguardo, cfr. G. CARLIZZI, *Libero convincimento*, cit., p. 88, dove si parla di “versione italiana della logica BARD”.

argomento, la connessione tra il PRD e il principio del giusto processo, che è solo accennato nella celeberrima sentenza Winship del 1970, con cui la Corte Suprema americana affermò apertamente il valore costituzionale dello standard BARD nel processo penale. Pertanto, mi propongo di sviluppare tale argomento nella parte conclusiva del presente articolo<sup>21</sup>.

Nella Costituzione italiana, il principio del *giusto processo* è stabilito dall'art. 111, comma 1, il quale dispone che “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

Esso si specifica in due sottoprincipi, entrambi funzionali alla decisione giusta: la decisione presa applicando le norme vigenti e ricostruendo i fatti controversi in conformità ai rapporti di proporzione tra tutti gli interessi coinvolti nel processo (quest'esigenza di conformità contraddistingue la decisione *giusta* rispetto a quella semplicemente *corretta*).

Il primo principio, che può essere chiamato “principio della giusta procedura”, ha carattere *pratico* e pretende l'attuazione di tutte le forme *rituali* necessarie per la decisione giusta. Tali forme sono in gran parte previste dall'art. 111 Cost., il quale stabilisce sia le articolazioni valide per ogni specie di processo (comma 2), sia le articolazioni specificamente penalistiche (commi 3-5).

Il secondo principio, che può essere chiamato “principio del giusto ragionamento”, ha carattere *epistemologico* e pretende l'attuazione di tutte le forme *epistemiche* necessarie per la decisione giusta. Queste forme, a differenza di quelle rituali, non sono espressamente previste dall'art. 111 Cost., sicché devono essere ricavate sviscerandolo. In generale, posto che le principali attività epistemiche che il giudice compie

---

<sup>21</sup> Il primo tentativo di rigorosa formulazione del ragionamento che segue si trova in G. CARLIZZI, *I due principi fondamentali*, cit., pp. 296-298. Per interessanti osservazioni su tale tipo di fondazione, cfr. F. CAPRIOLI, *Recensione a Gaetano Carlizzi*, Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria, 2018, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 dicembre 2018, disponibile in: <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/6372-gaetano-carlizzi-libero-convincimento-e-ragionevole-dubbio-nel-processo-penale-storia-prassi-teoria>; G. TUZET, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2019, pp. 281-282.

sono l'applicazione di norme e la prova di fatti, il principio del giusto ragionamento pretende, in definitiva, l'attuazione di tutte le forme necessarie per la giusta applicazione normativa (*principio della giusta applicazione*) e per la giusta prova fattuale (*principio della giusta prova*).

La tesi che propongo è che il PRD è un principio costituzionale implicito<sup>22</sup>, in quanto espressivo dei principi fondamentali della *giusta procedura* e della *giusta prova*, dunque, in ultima analisi, del *giusto processo*. Il PRD, infatti, specifica tali principi con riguardo all'accertamento circa la verità dell'accusa, richiedendo che esso avvenga attraverso un complesso di forme rituali ed epistemiche conformi ai rapporti di proporzione tra tutti gli interessi coinvolti nel processo. Tale conformità dipende dal rispetto dei requisiti del giudizio di *proporzionalità*, che costituisce l'architrave della giustizia costituzionale (insieme al giudizio di ragionevolezza)<sup>23</sup>, tanto da essere stato adottato dalle Corti fondamentali di numerosi Paesi. Secondo il modello canonico del giudizio di proporzionalità<sup>24</sup>, una forma di disciplina è proporzionata a tutti gli interessi coinvolti nel suo ambito operativo se:

- A) persegue un obiettivo costituzionalmente significativo (*legittimità*)
- B) è in grado di conseguire tale obiettivo (*idoneità*)
- C) non è, tra le varie forme egualmente capaci di soddisfare gli interessi sottostanti a tale obiettivo, quella maggiormente pregiudizievole per gli altri interessi confliggenti con i primi (*necessità*)

---

<sup>22</sup> Sulle tecniche di costruzione dei principi inespressi, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 185 s.

<sup>23</sup> Al riguardo, v. la preziosa ricostruzione di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, paper online, 2013, disponibile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf), pp. 4-8.

<sup>24</sup> Modello raffinato da A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, 243-370, e R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 133-137, poi ripreso più o meno fedelmente nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana a partire dalla sentenza 1/2014 (relativa al previgente sistema elettorale: c.d. *porcellum*). Sul giudizio di proporzionalità nell'ottica della discrezionalità giudiziale, cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, pp. 207-210.

D) comporta per gli interessi del primo ordine vantaggi almeno pari agli svantaggi arrecati agli interessi del secondo ordine (*proporzionalità stricto sensu*).

Applicando tale modello, risulta che le forme di disciplina previste dal nostro c.p.p. per il giudizio di fatto penale attuano le pretese proporzionaliste del PRD e, in ultima analisi, del principio del giusto processo. Mi riferisco, ancora una volta, sul piano rituale, all'obbligo di rinnovazione in appello ex art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., sul piano epistemico, alla regola di decisione dell'art. 533, comma 1, c.p.p. e al metodo di valutazione da questa presupposto (su quest'ultimo, cfr. § 3.1). In particolare, la regola di decisione, che incorpora lo standard BARD, rispetta i rapporti di proporzione tra tutti gli interessi coinvolti nel processo, in quanto:

- a) persegue un obiettivo (l'accertamento più severo possibile circa la verità dell'accusa) che è costituzionalmente significativo. Infatti, posto che il processo, specie quello penale, ha essenzialmente, non accidentalmente, un orientamento aletico<sup>25</sup>, la massimizzazione di questo orientamento è un fine sommamente meritevole;
- b) è in grado di conseguire tale obiettivo, giacché esige il rispetto dei parametri più severi dal punto di vista epistemologico, in particolare il superamento della soglia del ragionevole dubbio per l'affermazione di colpevolezza;
- c) non è, tra le varie forme di disciplina egualmente capaci di soddisfare gli interessi sottostanti a tale obiettivo (soprattutto: libertà, dignità e serenità dell'imputato), quella maggiormente pregiudizievole per gli interessi confliggenti con essi (in particolare: aspettativa della collettività che l'imputato colpevole non ricada nel crimine, e dell'eventuale vittima che sia condannato a una pena e al risarcimento dei danni). Infatti, l'accertamento più severo possibile circa la verità dell'accusa può essere realizzato solo attraverso lo standard BARD, sicché nessun altro standard è comparabile con esso sotto il presente profilo;

---

<sup>25</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019, pp. 67-79.

d) comporta per gli interessi del primo ordine vantaggi che non sono semplicemente pari, ma addirittura superiori agli svantaggi arrecati agli interessi del secondo ordine. In effetti, lo standard BARD è ambivalente. Da un lato, *minimizzando* i rischi di *condanne ingiuste*, salvaguarda gli interessi dell'imputato innocente, ma, dall'altro lato, *massimizzando* i rischi di *assoluzioni ingiuste*, penalizza gli interessi della collettività e dell'eventuale vittima del reato. Senonché, i vantaggi per l'imputato sopravanzano gli svantaggi per la collettività e la vittima. Infatti, mentre i danni subiti da un innocente ingiustamente condannato sono sempre enormi e irreversibili (tra i tanti: limitazione della libertà personale, stigma sociale, licenziamento dal posto di lavoro, perdita della serenità familiare e così via), la stessa conclusione non vale per gli svantaggi che un'assoluzione ingiusta arreca alla collettività (senso di impunità criminogena, che tuttavia opera perlopiù nelle persone già inclini a delinquere) e alla vittima (i cui interessi sono solo in parte frustrati, in quanto possono essere fatti valere come pretese risarcitorie in sede civile, dove vale uno standard probatorio meno esigente). Ed è proprio in questa prospettiva proporzionalista che si giustificano il noto proclama liberale “è meglio lasciar liberi dieci colpevoli, anziché far soffrire un innocente” (c.d. “Blackstone’s ratio”) e altri proclami analoghi<sup>26</sup>.

### Bibliografia

- ALEX Y R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012
- CAPRIOLI F., *Recensione a Gaetano Carlizzi*, Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria, 2018, 12 dicembre 2018, disponibile in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6372-gaetano-carlizzi-libero-convincimento-e-ragionevole-dubbio-nel-processo-penale-storia-prassi-teoria>
- CARLIZZI G., *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019

---

<sup>26</sup> Su tali formule, v. A. VOLOKH, *nGuilty Men*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1, 1997, 174-177, 182-185.

- CARLIZZI G., *I due principi costituzionali del giudizio probatorio penale. Repliche a G. Tuzet*, *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2019, pp. 287 ss.
- CARLIZZI G., *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (BO), 2018
- CARLIZZI G., *Introduzione alla Parte Prima*, in G. CARLIZZI, V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, paper online, 2013, disponibile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf)
- LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto. Atti del Convegno di Brescia. 24 novembre 2017*, Napoli, 2018, pp. 223 ss.
- PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009
- TUZET G., *Libero convincimento e ragionevole dubbio secondo Gaetano Carlizzi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2019, pp. 281 ss.
- TUZET G., *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016
- UBERTIS G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015
- VOLOKH A., *nGuilty Men*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1, 1997, pp. 173 ss.
- ZANON N., BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019

# IMPLACABILITÀ DELLA LEGGE ED ESIGENZA DEL DIRITTO

A PARTIRE DALL'ANTIGONE DI SOFOCLE

*Fabio Ciaramelli*

SOMMARIO: 1. *L'Antigone come pretesto.* 2. *“Antigone e Porzia”.* 3. *Dal trionfo metafisico della verità al trionfo umano degli interessi: ossia dalla dimostrazione all'argomentazione.* 4. *Il contrasto tra il coro e la scena.* 5. *Legalismo e letteralismo: la tragedia del nomos e delle sue carenze.*

## *Abstract*

Sophocles' *Antigone* can be taken as a good starting point in order to investigate, within the Greek classical world, on the absence of mediation between the generality of legislation, on the one side, and the concrete case in its particularity, on the other. The lack of a solution in the tragic conflict shows, as it is, the very limit characteristic of the social thought underlying the Greek polis. This one is in fact as entrapped in the sole perspective of the *nomos*. The general and abstract character of the latter does not admit in effect any procedure able to control its execution in the concrete realm of daily life. In addition, this is exactly true of the tragedy regarding Oedipus' daughter and sister, such that there is no transition other than a deductive one enabling a connection – and a possible mediation – between the law-making and its application to the particular case. This kind of mediation expresses the fundamental difference between *nomos* and *ius*.

### 1. *L'Antigone come pretesto*

Il presente intervento sull'*Antigone* si propone l'obiettivo limitato di discutere alcune delle possibili implicazioni filosofico-giuridiche della famosa tragedia sofoclea, che Eugenio Ripepe, in un testo semplicemente magistrale, non ha esitato a definire «la più antica lezione di filosofia del diritto»<sup>1</sup>. Dalla prospettiva che qui assumo, questo capolavoro continua ad alimentare fortemente la riflessione filosofico-giuridica, ma ci riesce in particolar modo nella misura in cui l'oggetto di questo tipo di riflessione – ossia, lo stesso *diritto* – brilla per la sua assenza nel testo di Sofocle. È come se il diritto in quanto tale, il diritto che non si riduce alle norme o alla legge, ma che vive piuttosto attraverso le istituzioni giuridiche<sup>2</sup>, il diritto concepito e praticato da parte dei suoi operatori come attività essenzialmente interpretativa e argomentativa, fosse, in questo specifico contesto, ancora assente.

Più precisamente, l'*Antigone* di Sofocle – che va sempre letta senza dimenticare che si tratta di un'opera poetica e teatrale, messa in scena ad Atene (solo una volta) intorno al 440 a.C., dinanzi a spettatori che erano anzitutto i cittadini d'una democrazia diretta, davanti ai quali il poeta sollevava questioni pratiche anziché esporre teorie filosofiche<sup>3</sup> – mi servirà come pretesto per riflettere sulla mancanza (e, pertanto, sull'esigenza) di mediazione tra la generalità della legislazione, intesa come un insieme di comandi politici, e la particolarità del caso concreto.

La più recente letteratura secondaria sull'*Antigone*, se si escludono la già citata rilettura di Eugenio Ripepe e il lavoro di François Ost<sup>4</sup>, non si mostra particolarmente interessata alle ricadute squisitamente giuri-

---

<sup>1</sup> Cfr. E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani, Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001, pp. 677-718.

<sup>2</sup> Cfr. F. CIARAMELLI, *Istituzioni e norme. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2006.

<sup>3</sup> Cfr. C. MEIER, *The Political Art of Greek Tragedy*, London, 1993; il titolo del primo capitolo è “Why the citizens of Attica needed tragedy”.

<sup>4</sup> Cfr. F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, 2004, pp. 161-203 (il titolo del capitolo è precisamente “L'Antigone de Sophocle: résistance, apories juridiques et paradoxes politiques”).

diche della tragedia. In questo senso, nonostante la loro importanza filologica e filosofica, le interpretazioni fondamentali di autrici come Nussbaum<sup>5</sup>, Butler<sup>6</sup> e Honig<sup>7</sup> non costituiranno in questa sede un punto di riferimento del mio discorso, perché non riguardano espressamente le implicazioni specificamente giuridiche dell'opera.

Invece, è proprio la prospettiva giuridica, o meglio la sua assenza, che, dal punto di vista che cercherò di sviluppare, permette di cogliere il limite insuperabile del pensiero sociale della *polis* greca – che, secondo Louis Gernet, costituisce il vero tema delle tragedie<sup>8</sup> –, pensiero sociale incentrato soprattutto e quasi imprigionato nella prospettiva del *nomos*. La generalità e il carattere astratto di quest'ultimo non conosco e non ammettono un procedimento formalizzato che possa controllare la sua esecuzione nel concreto della vita quotidiana. In questo senso, la tragedia della figlia e della sorella di Edipo consiste nella mancanza di una transizione che non sia meramente deduttiva, e quindi di una possibile mediazione, dal livello della produzione della legge a quello della sua applicazione al caso particolare. In questo tipo di mediazione s'esprime la differenza fondamentale tra la legge e il diritto.

A proposito di questa nozione di mediazione ho parlato di mancanza e di esigenza, rappresentate dal poeta tragico, perché nella *polis* greca, caratterizzata dal dominio esclusivo di un'esperienza e di una nozione olistica come l'esperienza e la nozione del *nomos* – deliberazione collettiva di un'assemblea legislativa che prima produce norme generali e astratte, ossia comandi politici, e poi, se necessario, può anche trasformarsi in tribunale del popolo<sup>9</sup> –, il singolo cittadino, nella sua vita quo-

---

<sup>5</sup> M. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, 1986 (sull'*Antigone*, cfr. "Sophocles' *Antigone*: conflict, vision, and simplification", pp. 51-82).

<sup>6</sup> J. BUTLER, *Antigone's Claim. Kinship between Life and Death*, New York, 2000.

<sup>7</sup> B. HONIG, *Antigone, interrupted*, Cambridge, 2013.

<sup>8</sup> Si veda il primo saggio (scritto da Jean-Pierre Vernant) in J.-P. VERNANT, P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne* (Paris, 1972), Paris, 2001, p. 15, che si riferisce ad un corso inedito di Gernet.

<sup>9</sup> Si veda, ad esempio, l'analisi critica della "democrazia plebiscitaria" – e della "giustizia di Cadi" praticata nel periodo pericleo e post-pericleo – elaborata da Max Weber che la ricollega all'"impossibilità [in un mondo caratterizzato dal dominio del *nomos*] di sviluppo di un diritto *formale* e di una scienza giuridica *formale* di tipo ro-

tidiana concreta, si trasforma in un mero supporto di doveri. Questa assenza di transizione, tipica della *polis* greca, dal carattere astratto della legislazione (seppur democratica) fino ai dettagli della vita privata, conduce, ovviamente, almeno nell'*Antigone*, ad un risultato tragico.

La prospettiva resa possibile dall'“invenzione [latina] del diritto” è proprio ciò che manca al dominio del *nomos* nella democrazia greca. Il progresso sociale rappresentato dalla creazione dello *ius*, specifico dell'esperienza sociale e storica di Roma, ha generato – come scrive Aldo Schiavone – «...l'idea stessa del ‘privato’: la costituzione di uno spazio di socialità non politica delle relazioni umane... La politica – la grande invenzione dei Greci – rimaneva del tutto al di fuori di questa veduta»<sup>10</sup>. Ciò che caratterizzò essenzialmente lo spazio e la pratica dello *ius* è quindi, come spiega ancora Schiavone, il «disciplinamento autonomo di una trama ‘privata’ della vita comunitaria [...], dove venivano elaborati i presupposti familiari e patrimoniali della cittadinanza, irriducibilmente distinta dall'ordine politico»<sup>11</sup>.

L'attenzione rivolta al caso concreto, che non forma parte dell'esperienza greca, caratterizzata invece dall'egemonia – se non addirittura dal dispotismo – del *nomos*, reclama nella vita sociale, oltre il controllo sociale di tipo coercitivo, elementi aggiuntivi che superano la pertinenza del potere del vertice politico, dal momento che è chiamata a limitarlo e giustificarlo. Questi elementi aggiuntivi – tipici del mondo giuridico estraneo all'esperienza propriamente greca – rendono possibile la transizione da un modello di poter *top-down* a un modello *bottom-up*, in cui i cittadini, nella loro vita privata, non continuano ad essere esclusivi destinatari di doveri e dove la legge cessa di essere unicamente un insieme di comandi politici stabiliti e imposti dall'alto. In fondo, all'esperienza greca del *nomos*, consistente essenzialmente in comandi politici sorretti da minacce di sanzioni, l'invenzione latina del diritto permette di aggiungere – come scrive Francesco Viola, sebbene in altro contesto

---

mano” (M. WEBER, *Economia e società*, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Introduzione di P. ROSSI, Milano, 1995, p. 268).

<sup>10</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2006, pp. 316-317.

<sup>11</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 50.

– «un insieme di pratiche interpretative e argomentative per risolvere problemi della vita comune»<sup>12</sup>.

## 2. “*Antigone e Porzia*”

Il testo che, pur non menzionando la distinzione appena evocata tra *nomos* e *ius*, di fatto me l’ha suggerita, è quello che mi azzardo a definire come un *divertissement*, allo stesso tempo brillante e profondo, di Tullio Ascarelli (Roma, 1903-1959), rinomato specialista di diritto commerciale e abile avvocato, che, negli anni Cinquanta del secolo scorso, tenne una breve ma intensa conferenza a Santiago del Cile, intitolata “*Antigone e Porzia*”<sup>13</sup>, in seguito innumerevoli volte citata e commentata. Non è mia intenzione discutere qui l’interpretazione dell’*Antigone* sostenuta da Ascarelli, il quale resta fedele alla lettura classica della tragedia come esempio del contrasto tra il diritto positivo (di Creonte) e il diritto naturale (di Antigone)<sup>14</sup>. Molto più interessante è soffermarsi sul significato dell’accostamento paradossale – seppur straordinariamente chiarificatore – tra l’eroina greca e la giovane e ricca ereditiera Porzia, che ne *Il mercante di Venezia* (opera scritta tra il 1596 e il 1598) Shakespeare fa mascherare da avvocato per assistere un amico del suo fidanzato, in un giudizio che per quest’ultimo avrebbe potuto rivelarsi fatale. L’accostamento delle due figure letterarie e persino teatrali di Antigone e Porzia, è possibile, secondo Ascarelli, perché in entrambe le situazioni, pur con risultati opposti, viene messa in scena la stessa *relazione tra la norma e la vita*. Se nello sviluppo interno della

---

<sup>12</sup> F. VIOLA, *Il futuro del diritto (lectio magistralis di commiato)*, Palermo, 26 novembre 2012, ora in *Persona y derecho*, vol. 79, n. 2, 2018, p. 33.

<sup>13</sup> T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, pp. 3-15.

<sup>14</sup> A mero titolo esemplificativo, mi riferisco alla critica di Ascarelli che si può leggere nelle pagine dedicate alla tragedia di Sofocle da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, pp. 51-57; sulla polemica di Zagrebelsky con Ascarelli, si veda anche A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, pp. 157-171. Per una discussione più ampia della questione, mi sia concesso di rinviare a F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017.

tragedia sofoclea questa relazione non costituisce, in quanto tale, un problema, dal momento che la prima (la norma) si applica immediatamente alla seconda (la vita) con l'automatismo logico della deduzione, la commedia moderna fa emergere la consapevolezza del carattere problematico di questa relazione e ne supera l'immediatezza. Un tale superamento si realizza esattamente grazie allo spazio aperto dalla pratica del diritto inteso quale ambito intermedio tra la norma e la vita.

Più precisamente, il problema che l'istituzione dello spazio propriamente giuridico consente di porre è proprio quello di determinare "la portata della norma". Scrive non a caso Ascarelli: «Perché, quale poi è la portata della norma? Ed è qui che ci viene incontro, mal nascondendo sotto la toga un ironico sorriso, la figura di Porzia»<sup>15</sup>. Si tratta di un problema squisitamente giuridico: un problema che nemmeno si poneva nella cornice totalizzante del *nomos*, al cui interno non c'è nulla che abbia la forza di sottrarsi alla pertinenza immediata di quest'ultimo. Ascarelli lucidamente sottolinea che quando, a questo punto, Porzia entra in scena, lo faccia travestita da dottore patavino, cioè nel suo ruolo di avvocato, il cui compito è proprio quello di cercare una mediazione ragionevole tra la norma e la vita.

La vicenda alla base della commedia è ben nota. Shylock è un usuraio ebreo che vive a Venezia e accetta di prestare del denaro a un mercante cristiano – Antonio, caro amico del fidanzato di Porzia –, a patto che Antonio firmi dinanzi al notaio una cambiale, specificando che se non dovesse riuscire a restituire il debito entro il giorno stabilito (tre mesi dopo), il castigo sarebbe una libbra di carne del corpo di Antonio, tagliata a piacere da Shylock. Per una serie di circostanze avverse, Antonio non restituisce in tempo il denaro a Shylock, il quale reclama giustizia, già godendosi in cuor suo la scena della morte "legale" del mercante di Venezia.

È evidente il contrasto radicale tra il contratto, che ha forza di legge tra le parti, e l'esigenza morale che lo condanna fermamente. Tuttavia, nel suo intervento in tribunale, astutamente Porzia non fa alcun riferimento all'immoralità del contratto, né tantomeno solleva obiezioni formali. Al contrario, ella dà per scontata la validità del contratto; tutta-

---

<sup>15</sup> T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., pp. 9-10.

via, lo interpreta – e, attraverso l’interpretazione – ne annulla gli effetti. Con la sua argomentazione, dunque, Porzia salva e, allo stesso tempo, supera la legge positiva. Scrive Ascarelli:

La legge positiva è salva, ma pure superata; il problema non verte sulla legittimità della legge, ma sulla sua esatta portata; all’imperativo etico che condanna la legge si sostituisce un gioco più sottile che assume invece come premessa proprio la legittimità della legge positiva e solo si preoccupa di determinarne la portata nell’intreccio di un più complesso gioco di contrastanti interessi<sup>16</sup>.

Non vi è dubbio sul fatto che il motivo fondamentale dell’intervento di Porzia consista in un’esigenza morale: salvare la vita di Antonio; ciononostante, per soddisfare questa esigenza, Porzia non ricorre a ragioni di principio – perché a questo livello non esistono garanzie di accordo sicuro e, inoltre, potrebbero prodursi facilmente incomprensioni –, ma sceglie la strada dell’efficacia. Questa efficacia la ritrova nell’interpretazione, attraverso l’interpretazione: tuttavia, in questo caso, l’interpretazione, anziché limitarsi a ricostruire il (presunto) significato originale del testo (cioè del contratto, che qui sta per la legge), si pone l’obiettivo e il compito di mediare tra la regola generale e il caso particolare, cercando soprattutto di trovare argomenti capaci di esaminare la portata della regola, verificando in concreto se ciò che essa comanda sia nella vita quotidiana più o meno realizzabile.

Ascarelli dice che Porzia è

abile più che eroica; saggia ed esperta, anziché fanaticamente coraggiosa, e forse, nella sua raffigurazione poetica, con un accento quasi che furbesco, accentuato e insieme nobilitato dalla figura muliebre, che fa spuntare il sorriso sotto l’argomentazione del dottore patavino<sup>17</sup>.

La grande forza del personaggio di Shakespeare consiste nell’avvalersi di una rigorosa lettura della legge (in questo caso del contratto), che mira a dimostrare come la sua concreta e corretta esecuzione sia impossibile. Il contratto autorizza Shylock a prendersi una “libbra di

---

<sup>16</sup> T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 11.

<sup>17</sup> T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 14.

carne”, ma si riferisce solo a quest’ultima. Sennonché, è impossibile tagliare la carne di Antonio, senza versare il suo sangue. Una cosa del genere, tuttavia, comporterebbe immediatamente la trasgressione di una legge veneziana che ordina la confisca dei beni degli ebrei che versano una sola goccia di sangue cristiano. Infine, per corroborare la tesi dell’impossibile esecuzione del contratto, Porzia sottolinea che se Shylock non taglierà esattamente una libbra di carne, morirà per non aver rispettato il contratto. In tal modo, l’intervento di Porzia, senza contestare il contratto ma mostrandone l’irrealizzabilità senza conseguenze catastrofiche per Shylock, finisce di fatto con l’annullarlo.

### *3. Dal trionfo metafisico della verità al trionfo umano degli interessi: ossia dalla dimostrazione all’argomentazione*

Contrariamente a Porzia che “agisce come un operatore del diritto”, Antigone “sceglie di immolarsi tragicamente per denunciare e combattere ciò che considera ingiusto”<sup>18</sup>. Come afferma Ascarelli, solo il “sacrificio” della vita permette ad Antigone il “trionfo della sua verità”, una verità unica e indiscutibile, universale e necessaria, assolutamente oggettiva. Disgraziatamente, però, questa medesima verità è misconosciuta da Creonte. Quest’ultimo, con una rivendicazione analoga, lotta a sua volta per il “trionfo della sua verità”, che, ovviamente, è altrettanto unica e indiscutibile. Ognuno degli interlocutori di questo drammatico

---

<sup>18</sup> Scrive così, commentando il saggio di Ascarelli, Carlos M. Cárcova, che prosegue in questi termini: «Antígona no cuestiona la legitimidad de la norma, rebelándose revolucionariamente contra ella. Rescata su plena vigencia, pero muestra – sin salirse de los marcos de la validez; por el contrario, afirmándolos –, que la “lectura” de los textos es un proceso a través del cual estos adquieren sus sentidos definitivos – sentidos que, antes de ella, solo están penumbrosamente sugeridos –. No hay texto sin lector, como no hay norma sin intérprete. Los textos no dicen cualquier cosa, pero frecuentemente dicen varias posibles y alternativas; de allí, la necesidad de una hermenéutica fecunda que los ensamble con el contexto y con la mejor realización de las finalidades para las que han sido concebidos», C.M. CARCOVA, *Porcia y la función paradójica del derecho*, in A.E.C. RUIZ, J.E. DOUGLAS PRICE, C.M. CARCOVA, *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Buenos Aires, 2014, p. 198.

“dialogo tra sordi”<sup>19</sup> prevede una transizione immediata e diretta dal riferimento logico alla verità (che presume universale) all’applicazione di quest’ultima nella prassi. Non c’è da meravigliarsi, dunque, se il risultato del loro scontro sia catastrofico e mortale come la storia (inascoltata *magistra vitae*) avrebbe dovuto insegnarci e, sfortunatamente, continua ad insegnarci.

Molto acutamente, Ascarelli contrappone al livello metafisico della verità (cioè alla sua pretesa di universalità e necessità) il piano degli “interessi” e del loro “umano” trionfo:

A quello che potrebbe dirsi il puritanismo calvinista di Antigone si contrappone l’abilità di Porzia, con un che di probabilistico e magari moralmente persino di ambiguo. Alla morte di Antigone che solo col proprio sacrificio afferma il trionfo della sua verità si contrappone l’umano trionfo degli interessi, difesi attraverso una interpretazione che riesce vittoriosa e che si presenta così come remunerabile attività professionale<sup>20</sup>.

Sofferamoci sulla formula qui utilizzata da Ascarelli; egli parla del “trionfo umano degli interessi”, sempre molteplici e, soprattutto, sprovvisti di universalità e necessità. Gli interessi si situano al livello della *praxis*, ossia al livello etico-pratico in cui si prendono decisioni che possono essere *argomentate*, ma che sono impossibili da *dimostrare scientificamente*. Come ha scritto Norberto Bobbio,

tra la verità assoluta e la non verità c’è posto per la verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell’addurre ragioni pro e contro. [...] Quando gli uomini cessano di credere alle buone ragioni, comincia la violenza<sup>21</sup>.

In questa sede non posso dilungarmi sulla distinzione basilare tra dimostrazione scientifica e argomentazione; mi interessa semplicemen-

---

<sup>19</sup> Secondo la formula resa famosa da G. STEINER, *Le Antigoni*, trad. N. MARINI, Milano, 1980, p. 276.

<sup>20</sup> T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 14.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, Prefazione, in C. PERELMAN, L. OLBERECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, trad. C. SCHICK *et al.*, Torino, 1966, p. XIX.

te esplicitare alcune delle sue possibili premesse e implicazioni filosofiche<sup>22</sup>.

#### 4. Il contrasto tra il coro e la scena

In quest'ottica, vorrei ora approfondire meglio alcune osservazioni precedenti e mostrare perché nell'ambito tipicamente greco del dominio del *nomos*, tanto per Creonte quanto per Antigone, non si pone né potrebbe porsi il problema del passaggio dal generale al caso concreto. Tutto si gioca e si risolve nella determinazione universale e necessaria della legge.

Il contrasto più profondo all'interno della tragedia – se analizziamo le distinte modalità di relazionarsi con la legge – non avviene tra Antigone e Creonte, ma tra gli eroi (che si esibiscono sulla scena) e il Coro che rappresenta l'opinione pubblica (sebbene in questo caso si tratti di un'opinione qualificata, perché in *Antigone* il Coro è composto dagli anziani di Tebe)<sup>23</sup>. Come scrive Aristotele, «gli attori imitano gli eroi, poiché per gli antichi solo gli eroi erano capi e re; il popolo, al contrario, rappresentava l'insieme degli uomini comuni che formano parte del Coro»<sup>24</sup>.

Dal momento che l'opinione pubblica è l'espressione del pensiero comune della *polis*, e che tra i cittadini sono presenti punti di vista conflittuali, gli interventi del Coro non sono unitari e non presentano – non

<sup>22</sup> Nelle prime pagine dell'opera postuma di Hannah Arendt sulle attività mentali, si può leggere un'allusione indiretta alla medesima questione nella contrapposizione tra la ricerca della verità e la ricerca del significato: “The need of reason is not inspired by the quest for truth but by the quest for meaning. And truth and meaning are not the same. The basic fallacy, taking precedence over all specific metaphysical fallacies, is to interpret meaning on the model of truth”, H. ARENDT, *The Life of the Mind*, vol. I, *Thinking*, San Diego-New York-London, 1978, p. 15, corsivo nell'originale. Al riguardo, mi sia permesso di rinviare a F. CIARAMELLI, *Accesso alla verità o interrogazione sul significato?*, in *Le forme e la storia*, vol. IV, 2011, pp. 201-211.

<sup>23</sup> Cfr. M. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness*, cit., pp. 67 ss. e J. TAMINIAUX, *Le théâtre des philosophes. La tragédie, l'être, l'action*, Grenoble, 1995, pp. 85 ss.

<sup>24</sup> ARISTOTELE, *Problemata* 19, 48, citato da J.-P. VERNANT, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, cit., p. 18.

possono presentare – la coerenza e la forza delle dimostrazioni logiche. Ciò spiega il fatto che lo stesso Coro esprime posizioni e opinioni contrastanti. Da una parte, non solo non si oppone a Creonte, riconoscendogli anzi di aver legiferato validamente e per il bene della città; tuttavia, d'altra parte, questo non significa che il Coro mostri pregiudizi nei confronti di Antigone, né che sia prevenuto nei confronti della sfortunata eroina; al contrario, durante il drammatico dialogo tra Creonte e suo figlio Emone, che è anche fidanzato di Antigone e che difende appassionatamente la sua promessa sposa, il Coro avalla inopinatamente le parole di entrambi, sebbene siano radicalmente opposte, arrivando ad affermare: “Entrambi avete parlato bene!”<sup>25</sup>. Atteggiamento paradossale, criticato da tutti i sostenitori di interpretazioni teoriche e non praseologiche della tragedia (da Hegel a Goethe e Lacan, fino ad arrivare, incredibilmente, allo stesso Žižek, che di recente, nella sua radicale interpretazione giacobina della tragedia, a sua volta denuncia nel Coro l'espressione della falsa saggezza costruita intorno a stupidi luoghi comuni)<sup>26</sup>. Tutti questi autori, nonostante le profonde differenze che li contrappongono reciprocamente, s'accordano su un punto fondamentale: allontanare la loro interpretazione dal regno delle apparenze e delle opinioni proprio del Coro e restare fedeli alla scena, nella quale si esibiscono gli eroi. Solo così questi autori presumono di evitare la contaminazione della loro interpretazione con elementi provenienti da un ambito tematico sprovvisto di necessità speculativa.

Tuttavia, nonostante la rilevanza e la persistenza delle interpretazioni teoretico-speculative dell'*Antigone*, bisogna ribadire che il suo contenuto non consiste nella riproposizione d'una verità metafisica, presunto oggetto di dimostrazioni rigorose, ma in quelle che il poeta registra come le opinioni (*doxai*) presenti nella città, che si basano sul carattere probabile e mutevole di ciò che sembra (*dokei*) ai cittadini, agli uomini comuni. Più precisamente, sebbene il contenuto della tragedia, secondo la formula di Louis Gernet citata in apertura, sia il pensiero sociale del-

---

<sup>25</sup> Per maggiori dettagli sui versi di Sofocle, rapidamente qui ricordati, cfr. F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, cit., cap. II.

<sup>26</sup> Cfr. S. ŽIŽEK, *Antigone*, Introduction by H. KUREISHI, London, 2016, p. XXIV. Vale la pena segnalare che l'introduzione del drammaturgo anglo-pakistano a questo testo di Žižek è molto interessante.

la *polis* greca, la tragedia non costituisce il puro e semplice riflesso di questo pensiero. Al contrario, Sofocle non si stancano analizzarlo criticamente, mostrandone l'articolazione e la pluralità di punti di vista che lo caratterizza, mostrando soprattutto che nella *polis* democratica il ruolo dell'eroe ha smesso di rappresentare un modello e che, al contrario, è ormai divenuto essere per sé stesso e per gli altri un problema<sup>27</sup>.

##### 5. *Legalismo e letteralismo: la tragedia del nomos e delle sue carenze*

Come ha scritto il grande psicologo jungiano James Hillman, in una Conferenza "Eranos" ad Ascona, "non leggiamo un mito per correggerlo", ossia per dire ciò che gli eroi avrebbero dovuto fare secondo noi. Lo leggiamo, secondo Hillman, per apprendere qualcosa «sul processo di rappresentazione psichica dei nostri modelli di vita»<sup>28</sup>. Applicando questa considerazione al mito di Antigone, la nostra impostazione deve guardare al processo di formazione dei modelli di vita collettiva in un contesto psichico (e, pertanto, allo stesso tempo sociale) caratterizzato dal dominio esclusivo del *nomos*.

Nella struttura stessa del contrasto mortale tra Antigone e Creonte, persino come preconditione di un risultato catastrofico, esistono somiglianze e punti di contatto fondamentali tra i loro atteggiamenti. Il principale elemento che unisce e tiene insieme le loro posizioni, specularmente contrapposte, è la relazione con la legge: si tratta di una relazione di sottomissione e subordinazione che comporta la sua immediata traduzione in pratica – quasi un passaggio all'azione, un *acting out*, volendo utilizzare un termine psicoanalitico che si riferisce ad un comportamento aggressivo e, soprattutto, irriflessivo che sorge in seguito all'insorgenza di un conflitto.

Nella tragedia sofoclea, le due posizioni contrapposte di Antigone e Creonte testimoniano l'implacabilità della legge nella gestione delle controversie e, in generale, di tutta la vita sociale. Entrambi – si badi bene: entrambi, non solo Creonte – sono un esempio mortifero di lega-

<sup>27</sup> Cfr. J.-P. VERNANT, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, cit., pp. 14-15.

<sup>28</sup> J. HILLMAN, *Edipo rivisitato*, in K. KERÉNYI, J. HILLMAN, *Variazioni su Edipo*, a cura di A. Serra, Milano, 1992, p. 101.

lismo, dove non vi è spazio per la prospettiva del caso particolare. Infatti tanto Creonte quanto la stessa Antigone si limitano a riferirsi all'egemonia della legge, a una legge che per entrambi, nella sua universalità e necessità, va solo immediatamente tradotta in pratica. Secondo Creonte, la legge che lui ha promulgato per difendere il bene della *polis*, è l'unica capace di garantirla dopo la guerra civile. Antigone, nei famosi versi 450 ss., si riferisce alla superiorità degli *agrapta nomima*, cioè delle leggi non scritte, delle tradizioni o usanze vigenti da tempo immemorabile e care agli dei, rispetto alle quali la legge promulgata da Creonte non ha autorità. In conseguenza di ciò, l'eroina si sente moralmente vincolata all'obbedienza di questa legge sovraordinata.

Ancora più esplicitamente, il nucleo della subordinazione di Antigone alla legge è espresso nei celebri versi 904-912, nei quali sostiene che non avrebbe infranto l'editto di Creonte per seppellire un marito o un figlio, in quanto questi ultimi non sarebbero così insostituibili come un fratello, quando i genitori sono morti. Questi versi, di cui Goethe sperava che qualcuno mostrasse la natura apocrifa, sui quali, al contrario, tanto Hegel quanto Lacan costruiscono le loro (inconciliabili) interpretazioni della tragedia, fanno esplicitamente riferimento all'implacabilità della legge. Queste sono le parole dell'eroina:

Ora che mio padre e mia madre sono in fondo all'Ade, non è mai più possibile che mi nasca un fratello. Eppure, poiché secondo questa legge (*nomos*) ti ho particolarmente onorato, è sembrato a Creonte che questa fosse una colpa e che io abbia osato una cosa terribile, fratello mio (vv. 910-915, trad. R. Cantarella).

Nessuno potrà smentire l'implacabilità di questa "legge", che si limita a riflettere la necessità naturale. Tuttavia, la transizione dall'*impossibilità* reale ed effettiva di avere un altro fratello dopo la morte dei genitori all'*obbligo* etico-pratico di onorare il fratello defunto perché insostituibile, comporta un salto logico. Qui, nel suo comportamento concreto, Antigone non sta rispettando i suoi doveri, dal momento che il *nomos* da lei (è impossibile avere fratelli quando i genitori sono morti), essendo un fatto, o un'implicazione inevitabile della necessità naturale, non può essere né violato né rispettato. Quello che, in questa circostanza, Antigone definisce *nomos* – non implicando alcun obbligo,

che per esser tale, è sempre preliminarmente caratterizzato da poter-essere-altrimenti – non fa altro che riflettere lo stato di cose esistente nella sua necessità immediata.

Per una migliore comprensione di questa delicata questione, può risultare utile ricordare che qui Sofocle fa riferimento ad un passo di Erodoto (3, 119), che racconta la storia di Intrafene, un nobile persiano che congiurò contro il re Dario e che fu fatto prigioniero con tutta la sua famiglia. Il re condannò tutti a morte, ma concesse alla moglie di Intrafene la possibilità di scegliere uno solo tra i suoi familiari per salvarlo e lei abbandonò marito e figli, scegliendo di salvare il fratello. Quando il re Dario le chiese il perché, ella rispose spiegandogli il motivo del suo gesto con lo stesso argomento utilizzato da Sofocle nell'*Antigone* (ossia che una volta morti i genitori, non si può avere un altro fratello, etc.), ma la parola utilizzata dalla donna nel testo di Erodoto non è *nomos* bensì *gnōmē*, ragionamento<sup>29</sup>. Questa 'fonte' di Sofocle ci permette di comprendere meglio che il *nomos* seguito da Antigone è essenzialmente una nozione che ci riconduce sul piano della conoscenza, il cui oggetto presunto è la verità oggettiva (universale e necessaria) e non il significato (sempre determinato così e non in altro modo)<sup>30</sup>.

Mediante questa affiliazione speculativa, il *nomos* in questa tragedia ha la pretesa di essere un semplice riflesso della realtà e della sua necessità (nel caso di Antigone) o un'espressione della superiorità naturale del bene della *polis* rispetto a quello degli individui (nel caso di Creonte). Nell'ambito di quest'atteggiamento essenzialmente cognitivo, sembra indiscutibile la pretesa secondo cui, a partire dallo stato di cose effettivo, a partire dalla sua necessità ed evidenza, si possano dedurre in maniera automatica norme di condotta universali, che devono sempre essere seguite in ogni caso, ossia, senza nessun riferimento alle circostanze concrete, alla quotidianità, alle caratteristiche dei casi particolari nei loro differenti dettagli.

---

<sup>29</sup> Per un'analisi dettagliata della questione, cfr. P. DI LUCIA, *Il nomotropismo di Antigone*, in *Dike*, 17, 2014, pp. 153-168.

<sup>30</sup> Ricordando l'irriducibilità reciproca tra verità e significato, su cui insiste H. Arendt in un passo già citato (cfr. *supra*, nota n. 23), la cui negligenza costituisce ai suoi occhi la fallacia metafisica fondamentale.

L'insegnamento decisivo che possiamo trarre dal risultato catastrofico di questo sviluppo consiste nella "scoperta" che il passo dalla regola generale al dettaglio particolare non si può realizzare e risolvere nell'automatismo logico della deduzione, perché un procedimento meramente deduttivo, nell'ottica del caso particolare, sembra completamente sprovvisto di giustificazione. La validità della legge non rappresenta un dato originario che possa bastare per legittimare la sua concretizzazione o applicazione, se quest'ultima è affidata unicamente ed esclusivamente alla stessa autorità che ha prodotto la legge (implicazione necessaria allorché vige il dominio esclusivo del *nomos*). La transizione dalla generalità della norma alle particolarità della vita concreta esige inevitabilmente mediazioni. Se la "mitezza" elogiata dall'ultimo Bobbio (solo) come virtù morale<sup>31</sup>, costituisce invece, come suggerisce esplicitamente Manuel Atienza<sup>32</sup>, una *virtù tipicamente giuridica* che implica non solamente delicatezza e docilità, ma soprattutto duttilità e capacità di adattamento alla distinzione e alle particolarità dei dettagli concreti, di conseguenza al diritto, in quanto disciplina degli interessi privati, spetta un insostituibile compito di vigilanza. In questo senso, come ha scritto Levinas, parlando della "grande saggezza" del Talmud in quanto casuistica, questa stessa saggezza consiste nel rappresentare la disciplina che vigila sulla generalità a partire dal caso particolare: una disciplina specifica che guarda ai dettagli particolari «per trovare il momento preciso in cui il principio generale corre il rischio di trasformarsi nel suo contrario»<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 1994.

<sup>32</sup> M. ATIENZA, *Una visión de la filosofía del derecho*, in <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/42.pdf>, 2010.

<sup>33</sup> "C'est précisément l'aspect concret et particulier de la Loi et les circonstances de son application qui commandent la dialectique talmudique: la loi orale est une casuistique. Elle s'occupe du passage du principe général incarné par la Loi à son exécution possible, à sa concrétude. Si ce passage était purement déductible, la Loi, comme loi particulière, n'aurait pas demandé une adhésion à part. Mais il se trouve – et c'est là la grande sagesse dont la conscience anime le Talmud – que les principes généraux et généreux peuvent s'invertir dans l'application. Toute pensée généreuse est menacée par son stalinisme. La grande force de la casuistique du Talmud, c'est d'être la discipline spéciale qui cherche dans le particulier le moment précis où le principe général court le danger de devenir son propre contraire. Cela nous préserve de l'idéologie. L'idéologie,

Per concludere (ma non certo per chiudere l'argomento, posto che in questo tipo di questioni, dove non c'è spazio per le dimostrazioni, l'unica conclusione possibile è l'interruzione), mi piace sottolineare che la difesa o la protezione giuridica degli interessi particolari o privati soddisfa un'esigenza fondamentale della vita in comune. Gli interessi – nella loro pluralistica molteplicità irriducibile a unità universale – sono esattamente la trama privata delle relazioni sociali che esistono *tra* gli individui. In questo senso, il modello olistico del *nomos*, realizzato nella democrazia greca fondamentalmente come un controllo coercitivo dell'autorità politica, la cui unica alternativa sarebbe l'eroismo letterario di Antigone e alcuni anni dopo (nel 399 a.C.) il sacrificio storico di Socrate, manca di un dispositivo adeguato per la salvaguardia degli interessi particolari e per garantire la qualità della convivenza umana; manca, dunque, della mediazione giuridica tra il livello generale delle norme e i casi particolari che costituiscono la trama concreta della vita quotidiana. In questo senso, il trionfo umano degli interessi si oppone al fondamentalismo del trionfo metafisico della verità. Il diritto e i suoi operatori giocano su questo piano un ruolo socialmente indispensabile.

### Bibliografia

- ARENDE H., *The Life of the Mind*, vol. I, *Thinking*, San Diego-New York-London, 1978
- ASCARELLI T., *Antigone e Porzia* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959
- ATIENZA M., *Una visión de la filosofía del derecho*, in <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/42.pdf>, 2010
- BOBBIO N., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 1994

---

c'est la générosité et la clarté du principe qui n'ont pas tenu compte de l'inversion qui guette ce principe généreux quand il est appliqué", E. LEVINAS, *Au-delà du verset. Lectures et discours talmudiques*, Paris, 1982, pp. 98-99. Al riguardo, per un maggior approfondimento, mi sia permesso di rinviare a F. CIARAMELLI, *La legge prima della legge. Levinas e il problema della giustizia*, Roma, 2016 e, con particolare riferimento all'ermeneutica talmudica, a ID., *L'humanisme lévinassien et les droits d'autrui*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, n. 303, 2019/3, pp. 39-51.

- BOBBIO N., *Prefazione*, in C. PERELMAN, L. OLBERECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. C. SCHICK *et al.*, Torino, 1966
- BUTLER J., *Antigone's Claim. Kinship between Life and Death*, New York, 2000
- CÀRCOVA C.M., *Porcia y la función paradójal del derecho*, in A.E.C. RUIZ, J.E. DOUGLAS PRICE, C.M. CÀRCOVA, *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Buenos Aires, 2014
- CIARAMELLI F., *Accesso alla verità o interrogazione sul significato?*, in *Le forme e la storia*, vol. IV, 2011
- CIARAMELLI F., *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017
- CIARAMELLI F., *Istituzioni e norme. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2006
- CIARAMELLI F., *L'humanisme lévinassien et les droits d'autrui*, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, n. 303, 2019/3, pp. 39-51
- CIARAMELLI F., *La legge prima della legge. Levinas e il problema della giustizia*, Roma, 2016
- DI LUCIA P., *Il nomotropismo di Antigone*, in *Dike*, 17, 2014, pp. 153-168
- HILLMAN J., *Edipo rivisitato*, in K. KERÉNYI, J. HILLMAN, *Variazioni su Edipo*, a cura di A. Serra, Milano, 1992
- HONIG B., *Antigone, interrupted*, Cambridge, 2013
- MEIER C., *The Political Art of Greek Tragedy*, London, 1993
- NUSSBAUM M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, 1986
- OST F., *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, 2004
- PUNZI A., *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009
- RIPEPE E., *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani, Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2006
- STEINER G., *Le Antigoni*, trad. N. MARINI, Milano, 1980
- TAMINIAUX J., *Le théâtre des philosophes. La tragédie, l'être, l'action*, Grenoble, 1995
- VERNANT J.-P., VIDAL NAQUET P., *Mythe et tragédie en Grèce ancienne* (Paris, 1972), Paris, 2001
- VIOLA F., *Il futuro del diritto*, in *Persona y derecho*, vol. 79, n. 2, 2018

FABIO CIARAMELLI

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008

ŽIŽEK S., *Antigone*, Introduction by H. KUREISHI, London, 2016

# LA PROVA: LA RAGIONEVOLEZZA NEI SENTIMENTI

## SEMANTICA E DIRITTO

*Vito De Nardis*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. 2. Il caso di studio e l'analytic overview dell'argomento. 3. Nella densità semantica le emozioni. 4. La ragionevolezza dell'emozione: accogliere e donare. 5. Considerazioni conclusive.

### *Abstract*

This work regarding the semantic analysis of the term emotion aims at two objectives: a) highlighting the several meanings of the lexeme, b) understanding the function of emotivity throughout the elaboration and allegation of the evidence. In order to cope with these two researching questions, we need to study the *argumentum* alleged by the Court of Cassation in the sentence n° 10741 issued on May 11th, 2009. The analytical pattern applied to look into the argumentative techniques adopted by the Court to justify its own convictions, stems from the contamination of different paradigms of textual analyses: classical culture, philosophical hermeneutics, emotional analysis of Texts, analytical philosophy. The results achieved by the linguistic analysis show the importance of the semantic pregnancy of the lexical context of the evidence in the persuading process. The emotion is the inner structure of *logos*, it is the essence and the purpose of the rhetorical speech. The emotion is the movement deriving from the mediation, it combines the wishful instances coming both from the "I" and the "other" with the *convenientia*. The word-emotion overcomes the intersubjective cultural barriers. In fact, the Court, through its allegation, not only sustains its point of view but persuades, pushes forward the cognitive limits of all the subjects involved, impelling them to broaden their knowledge.

## 1. Considerazioni preliminari

In questo contributo si intende perscrutare la struttura semantica del termine emozione per un duplice scopo: a) mettere in luce le diverse possibilità significative del lessema, b) comprendere quale funzione possa assumere l'emotività all'interno di uno scambio dialogico come la sentenza<sup>1</sup>. La ricerca linguistica, quindi, una volta investigata la dinamica delle azioni che animano dall'interno il concetto oggetto di studio, si propone di individuare il ruolo svolto dalle emozioni nella elaborazione e formulazione della prova. Le soluzioni ai quesiti posti dai suddetti ambiti di ricerca vengono reperite attraverso l'analisi semantica dell'*argumentum*<sup>2</sup> addotto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 10741 dell'11 maggio 2009. Il modello analitico adottato per indagare le mosse argomentative poste in essere dalla Corte scaturisce dalla contaminazione di paradigmi di analisi testuale di differente estrazione. Le intuizioni della topica classica, nello studio lessicale proposto, incontrano i principi dell'ermeneutica filosofica, le procedure dell'AET<sup>3</sup> e le suggestioni della filosofia analitica.

I risultati ottenuti dall'analisi linguistica rivela la funzione svolta nei processi persuasivi<sup>4</sup> dalla densità semantica<sup>5</sup> del contesto lessicale<sup>6</sup> del-

---

<sup>1</sup> Nell'universo del processo romano "la formulazione dell'onere della prova è intimamente legata all'accettazione di una logica nell'argomentazione, che era il portato di una teoria retorica. E in una concezione in cui la prova veniva considerata essenzialmente come *argumentum* il principio dell'onere della prova si presentava in un certo senso sotto l'aspetto di onere della persuasione" (A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1971, p. 108).

<sup>2</sup> La prova della Cassazione, essendo considerata in questo saggio nel frame concettuale della retorica classica, viene sempre intesa come *propositio* persuasiva.

<sup>3</sup> Nella disamina del lessico della sentenza vengono recepiti e rielaborati due assunti teorici dell'Analisi Emozionale del Testo: a) il testo è un "modo di organizzare le dimensioni emozionali collusive entro i contesti", b) la parola densa è una "parola a forte polisemia emozionale". Cfr. R. CARLI, F. DOLCETTI, N. BATTISTI, *L'analisi Emozionale del Testo: un caso di verifica nella formazione professionale*, in *7 Journées internationales d'Analyse statistique des Données Textuelles* (JADT), n. 7, Parigi, 2004, p. 250.

<sup>4</sup> "Una traduzione che tenti di esplicitare il valore semantico complessivo del verbo potrebbe essere: "faccio piacere fino in fondo il mio volere, faccio accettare completamente il mio giudizio o proposito". Il *persuadere* contempla un'accettazione talmente

la prova. Le presupposizioni<sup>7</sup> e le implicature<sup>8</sup>, attivate dai termini appartenenti alla *ratio*<sup>9</sup>, la forza evocativa del gruppo radicale di ciascun lessema costituente l'*argumentum* e il *locus* implicito in ogni parola presente nella prova agiscono sinergicamente per persuadere l'interlocutore<sup>10</sup>. Il *logos* proferito dal giudice, in base alle ricerche svolte, risulta essere sempre emotivo e ragionevole perché nasce dalla cooperazione di *nous* e *kardía*, dal senso delle circostanze e dalla volontà di generare a sua volta *motus animi* nelle persone degli altri protagonisti dello scambio dialettico. L'emozione è la struttura intima del *logos*, essa è l'essenza e il fine del discorso retorico. L'emozione è movimento mediato: incontra nella *convenientia* le istanze desiderative promananti sia dall'io che dal dall'altro. La parola-emozione infrange le barriere culturali intersoggettive; la Corte, infatti, con l'argomentazione avanzata non

---

profonda da trasformarsi in azione (V. DE NARDIS, *La dialogicità dell'argomentazione nell'Octavius di Minucio Felice*, <http://doc.rero.ch>, p. 212).

<sup>5</sup> La densità semantica di un termine si può intendere come *vis* emotiva del termine stesso, ovvero come capacità di accogliere e suscitare emozioni. Essa è la qualità di una parola retoricamente concepita.

<sup>6</sup> Il contesto lessicale è costituito dall'insieme dei lessemi semanticamente densi presenti nella prova e negli argomenti dei livelli inferiori (i subargomenti).

<sup>7</sup> Nell'analisi lessicale proposta in questo saggio il concetto di presupposizione viene usato per indicare l'universo delle immagini evocate dal radicale di un termine che rappresentano le condizioni necessarie affinché si realizzi il contenuto semantico del termine stesso. Sono, quindi, considerate presupposizioni i presupposti pragmatici di un lessema ovvero quelle informazioni implicite che dipendono dal contesto comunicativo, dall'orizzonte di attesa degli interlocutori, dal mondo delle conoscenze e delle pratiche condivise.

<sup>8</sup> "L'implicatura è derivata in riferimento a ciò che non è stato detto e mette in moto un insieme di operazioni mentali proprio per recuperare, integrandole nel processo interpretativo, le informazioni che il parlante intende far conoscere" (C. BAZZANELLA, *Linguistica e pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2008, p. 175).

<sup>9</sup> "Argumentum est ratio quae rei dubiae facit fidem" (Cic. Top. 2,6).

<sup>10</sup> "La prospettiva pragmatica inserisce l'argomentazione in una dimensione dialogica destinata a trasformare l'intero itinerario argomentativo in un processo sociale, spiegando i suoi effetti non soltanto all'interno della struttura giudiziaria, cioè nell'ambito unitario della decisione e delle parti destinatarie della decisione, ma in un contesto più esteso in cui sono coinvolti tutti i potenziali destinatari della decisione stessa" (A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del Diritto*, Torino, 2012, p. 23).

solo supporta il suo punto di vista, ma persuade, sposta avanti i limiti conoscitivi di tutti i soggetti coinvolti e invita questi ultimi ad impegnarsi in un processo di ampliamento degli orizzonti conoscitivi<sup>11</sup>. L'*argumentum* della Cassazione innova l'assetto legislativo e giunge a stabilire ciò che si iniziava ad avvertire, ma non ancora si stabiliva.

## 2. *Il caso di studio e l'analytic overview dell'argomento*

Per rispondere alle domande di ricerca sopraesposte viene presa in esame la sentenza della Corte di Cassazione, III sez. civ., n. 10741 dell'11 maggio 2009<sup>12</sup>. Il caso riguarda un risarcimento del danno per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e può essere riassunto come segue: una signora, constatata la difficoltà nel concepire figli, si rivolge ad un istituto specializzato nella assistenza alla fecondazione; in questo centro la donna viene seguita da due medici i quali decidono di sottoporla ad una cura farmacologica. Il protocollo di intervento medico, però, prevede l'assunzione di un farmaco con proprietà teratogene. A conclusione della gravidanza il bimbo partorito presenta gravissime e diffuse malformazioni; i genitori a questo punto decidono di citare in giudizio il responsabile del centro sanitario al quale si erano rivolti e i due medici che si erano fatti carico di seguire la signora. I genitori chiedono al Tribunale di accertare e dichiarare, sia nei loro confronti che del minore da essi rappresentato, il diritto al risarcimento dei danni subiti. Dopo due gradi di giudizio i genitori vedono riconosciuto il diritto al risarcimento in proprio favore e nell'interesse del minore. I dottori che hanno prescritto alla signora il farmaco propongono ricorso alla Corte di Cassazione e contestano "la sussistenza di un titolo autonomo in capo al minore a conseguire il risarcimento del danno cagionato dalla terapia a cui era stata sottoposta la madre"<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> In un argomento si mettono in luce sempre aspetti non conosciuti prima; in virtù del valore del radicale indoeuropeo \**arj* l'*argumentum* ha sempre valore conoscitivo. Infatti, nel gruppo della radice sono presenti le idee dell'"andare incontro dritto in avanti", del brillare e dell'essere bianco e chiaro. Cfr. i termini greci *argós* e *árgyros*.

<sup>12</sup> Il testo della sentenza può leggersi in *Foro Italiano*, 2010, I, cc. 141-159.

<sup>13</sup> A. ABBIGNENTE, *op. cit.*, p. 25.

Il primo momento analitico da affrontare per la disamina della prova prodotta dalla Corte di Cassazione prevede la ricostruzione<sup>14</sup> della struttura argomentativa del ragionamento del giudice. Nello specifico caso dell'argomentazione presa in esame si procede con la predisposizione di un *analytic overview* che enuclei la tesi, l'argomento che supporta la tesi e la rete dei subargomenti. La individuazione ed estrapolazione degli argomenti di livello inferiore<sup>15</sup> e la comprensione della tipologia di relazione esistente tra di essi risultano passaggi necessari per evidenziare le mosse argomentative che conducono alla formulazione della prova. Gli argomenti appartenenti ai livelli sottostanti sono da reputare, al pari dell'argomento finale, atti linguistici finalizzati alla risoluzione di una differenza di opinioni.

La visione analitica offerta in questo studio non è predisposta per fornire una ricostruzione dettagliata dell'argomentazione della sentenza, ma è pensata per mostrare le parole chiave ad alta densità semantica attraverso le quali la Corte agisce, coinvolge e persuade. Prima di redigere il grafico della struttura argomentativa vengono estratte dal testo della sentenza alcune sequenze cruciali nello *strategic manoeuvring*<sup>16</sup> dell'argomentante.

Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascento soggetto giuridico<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> La ricostruzione della struttura argomentativa avviene utilizzando la metodologia di rappresentazione utilizzata della pragma-dialettica per descrivere lo sviluppo di una argomentazione. Cfr. F. VAN EMEREN, F. SNOEK HENKEMANS, *Il galateo della discussione*, Milano, 2011, pp. 60-63.

<sup>15</sup> Tali argomenti fungono da sostegno per l'argomento di primo livello e sono collocati nelle posizioni più basse della catena argomentativa.

<sup>16</sup> Inteso come "via seguita per risolvere divergenza di opinione" in F. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, Milano-Udine, 2008, p. 86. Cfr. F. VAN EEMEREN, *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse, Extending the Pragma-Dialectical Theory of Argumentation*, Amsterdam-Philadelphia, 2010.

<sup>17</sup> Sent. 10741/2009, p. 10.

Tale affermazione viene sostenuta dalla Cassazione facendo riferimento sia alle disposizioni contenute nell'art. n. 1 della legge n. 40 del 2004, il quale riconosce la tutela dei diritti "di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito", sia all'art. n. 1 della legge 194 del 1978, in cui è previsto che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio".

A supporto della trama dei riferimenti giuridici sopracitata, la Corte pone l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione; tale articolo, infatti, secondo la Cassazione, nel fare riferimento all'individuo quale destinatario della relativa tutela, "contempla implicitamente la protezione del nascituro"<sup>18</sup>. Il giudice, inoltre, al fine di sostenere ulteriormente la posizione avanzata chiama in causa l'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 dove viene affermato come il diritto alla vita spetti ad ogni individuo. Nello *strategic manoeuvring* attuato dalla Corte si può osservare come, prima di asseverare che il "nascituro" è un soggetto giuridico, venga esteso il concetto di "individuo" al termine "nascituro", esplicitando, in questo modo, un nesso semantico non esplicitato prima. Nel pensiero della Cassazione, quindi, chi è chiamato a nascere (nascituro) viene già considerato una unità indivisibile (individuo). Successivamente si giunge ad affermare nel corso della sentenza che "deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica"<sup>19</sup>; con tale assunto il giudice amplia il campo d'azione del concetto di soggetto giuridico inglobando in esso tutti i titolari di interessi protetti. Il concepito in questa ottica

risulta comunque dotato di autonoma soggettività (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica...<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Sent. 10741/2009, p. 10.

<sup>19</sup> Sent. cit., p. 10.

<sup>20</sup> Sent. cit., p. 11.

Nel richiamare nuovamente nel flusso dell'argomentazione l'art. 32 della Costituzione, come si evince dalla lettura del sopraindicato passaggio testuale, la Corte persegue simultaneamente una duplice finalità. Con questo movimento strategico, in realtà, il giudice corrobora la precedente conquista semantica e contemporaneamente esplicita una implicatura contenuta nell'associazione lessicale che vede il termine "individuo" svolgere il ruolo di predicato del soggetto "nascituro". Se, infatti, il "nascituro" è un "individuo" deve essere esteso anche al concepito, nello stadio precedente la nascita, la tutela della salute. Con queste mosse argomentative si amplia lo spettro d'azione dell'art. 32 della Costituzione: il diritto alla salute dell'individuo copre anche il periodo di vita intrauterina dell'essere umano. Lo spazio concettuale guadagnato viene consolidato successivamente nel corso della sentenza affermando "con specifico riferimento al *thema decidendum* in esame il nascituro ha, dunque, il diritto a nascere sano, in virtù, in particolare, degli articoli 2 e 32 della Costituzione". A conclusione del ragionamento la posizione della Corte viene riassunta nella seguente affermazione: "...deve affermarsi stante la soggettività giuridica [...] quale concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo dei detti sanitari di risarcirlo..."<sup>21</sup>.

In merito al comportamento dei medici la Cassazione ravvisa una duplice mancanza: a) non hanno informato in modo compiuto la signora in relazione alla natura dei farmaci prescritti, b) hanno adempiuto in modo scorretto la prestazione a loro carico somministrando un farmaco dannoso per il nascituro. In entrambi i casi si può constatare l'esistenza del nesso di causalità: la signora, per via delle omissioni dei sanitari, non viene posta nelle condizioni per acconsentire scientemente alla terapia con il farmaco Clomid e la prescrizione di questo, nonostante i rischi connessi al suo uso, ha determinato le malformazioni nel concepito.

La mossa argomentativa attraverso la quale si crea il legame tra i termini "nascituro" e "individuo" viene garantita dalla presenza in entrambi i lessemi dei tratti semantici della completezza e dell'indissolubilità. Il nascituro per essere tale è stato concepito e in questo lessema

---

<sup>21</sup> Sent. cit., p. 18.

si trova la forza del *cum*<sup>22</sup> *capere*, ovvero del prendere insieme, del riunire diversi elementi al fine di dare vita ad una unità delle parti chiamate a procedere, una volta unificate, in maniera indissolubile. Il nascituro, quindi, in quanto concepito è già individuo destinato a conoscere<sup>23</sup> il mondo circostante e a farsi conoscere da questo come perfetta unità. Il giudice giunge a porre la relazione tra il participio passato “concepito” e il participio futuro “nascituro” valutando i tratti semantici<sup>24</sup> costitutivi dei due termini ed esplicitando le relazioni interne a ciascuno.

Guardando, invece, nel rapporto sussistente tra “nascituro” e “individuo” con la topica classica si può rilevare come il termine “concepito” funga da termine medio tra “nascituro” e “individuo”. Il termine medio nella tradizione retorica greco-latina si individua indagando nella sostanza del Soggetto<sup>25</sup> al fine di trovare in esso un tratto semantico che risulti *conueniens* con il Predicato. Considerando, allora, sotto il profilo linguistico l’atto interpretativo compiuto dalla Corte con l’estensione del campo di applicazione dell’art. 32 al sostantivo “nascituro” è possibile ricondurre l’attività ermeneutica compiuta dal giudice all’interno della riflessione semantica. L’analisi lessicale sviluppata dalla Cassazione coinvolge i termini densi presenti negli articoli del *corpus* normativo utilizzato come fonte per le argomentazioni e si volge a considerare per ciascun lessema la dialettica tra presupposizioni e implicazioni contenute nella radice e nei suffissi.

Si presenta nel grafico sottostante la rappresentazione schematica del ragionamento della Corte.

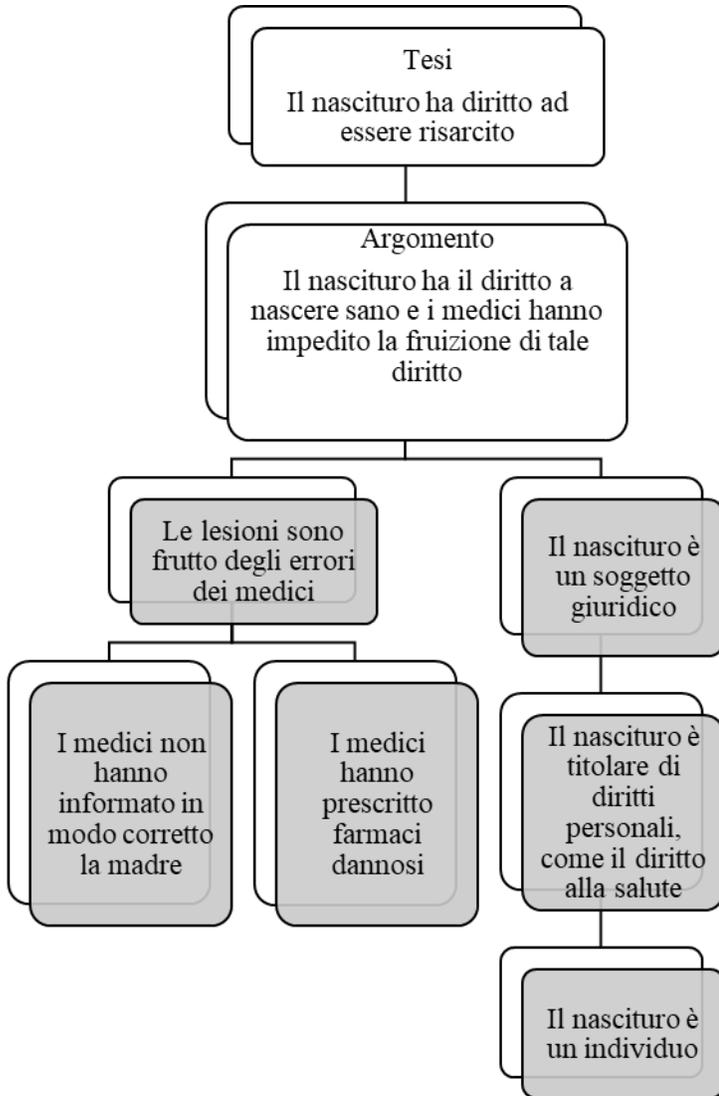
---

<sup>22</sup> *Cum* è probabilmente legato alle radici indoeuropee \**sa, sac, sam, sama*, portatrici delle immagini di “legarsi a, accompagnarsi con, essere accompagnato con” (F. RENDICH, *Dizionario etimologico delle lingue classiche indoeuropee*, Scotts Valley, California, pp. 606-609). In questo prefisso, quindi, è semanticamente rilevante il concetto di “incontrarsi per procedere insieme”.

<sup>23</sup> La radice \**nsc* presente anche in *nosco* indica un iniziare a conoscere (valore incoativo), il suffisso participiale futuro *ur* implica un essere chiamato, destinato a compiere un’azione.

<sup>24</sup> “La semantica componenziale si basa sull’idea che il significato possa essere analizzato scomponendo in unità più piccole, chiamate componenti o tratti semantici o anche, con un termine introdotto da Coseriu, semi” (F. CASADEI, *Lessico e semantica*, Roma, 2015, p. 73).

<sup>25</sup> Cfr. *An. Post.*, II, 11, 94a 20.



Il grafico lascia emergere sia la natura composita<sup>26</sup> dell'argomento, sia la struttura generale dell'argomentazione, la quale può essere ricondotta alla tipologia dell'argomentazione complessa<sup>27</sup>. Infatti, l'argomentare della Corte si presenta nel primo livello argomentativo come *coordinative argumentation* che pone sullo stesso piano il ramo destro e il ramo sinistro, nei livelli successivi, però, si può osservare nel ramo sinistro la cooperazione tra *coordinative* e *subordinative argumentation* e la prevalenza, nel ramo destro, dell'argomentazione subordinativa.

Nel rappresentare il rapporto tra i due rami si sceglie la modalità della argomentazione coordinativa non perché questi siano deboli e abbiano bisogno di un sostegno reciproco, ma per favorire una rapida comprensione delle linee argomentative poste in essere nella argomentazione dei livelli successivi. L'argomentazione della Corte, inoltre, ricostruita come *coordinative argumentation* presenta alcuni vantaggi: a) permette di evidenziare accostandoli i due poli concettuali (lato sx e lato dx), b) consente di esplicitare la rete degli argomenti che supportano il primo livello argomentativo. Potrebbero, in verità, essere contemplate anche altre possibilità ricostruttive considerando, per esempio, tutta l'argomentazione condotta dal giudice come argomentazione subordinativa, ma rappresentare lo sviluppo del ragionamento secondo i dettami di questa struttura renderebbe lo schema complesso e di non immediata lettura. All'interno dei vari *boxes* del grafico gli argomenti dei vari livelli argomentativi sono stati ricostruiti in modo da presentare linguisticamente le parole chiave nelle quali cooperano le tre *pisteis* persuasive del *logos*, *ethos* e *pathos*.

### 3. Nella densità semantica le emozioni

Le dinamiche intime della mente di chi si impegna in una argomentazione, retoricamente intesa, possono essere comprese solamente en-

---

<sup>26</sup> La struttura composita dell'argomento è dovuta alla presenza nella *ratio* di due proposizioni cooperanti nel coprire l'intero ambito semantico della tesi.

<sup>27</sup> Per l'analisi della argomentazione complessa cfr. A.F. SNOECK HENKEMANS, *Analyzing Complex Argumentation. The Reconstruction of Multiple and Coordinatively Compound Argumentation in a Critical Discussion*, Amsterdam, 1992.

trando nella rete di relazioni che sostanziano i termini del *logos prophoricós*<sup>28</sup>. Per l'approccio filosofico analitico "l'unico cammino che porta all'analisi del pensiero passa attraverso l'analisi del linguaggio"<sup>29</sup>; ogni ricerca, quindi, intorno alla verità o ragionevolezza dei pensieri umani deve svilupparsi come immersione nel linguaggio<sup>30</sup>. I termini della sentenza enucleati nei singoli *boxes* costituiscono il *corpus* lessicale attraverso il quale scrutare nel pensiero e nelle intenzioni della Corte di Cassazione.

In questo studio la disamina del linguaggio si avvale di un metodo frutto dell'ibridazione tra le procedure analitiche dell'AET (Analisi Emozionale del Testo) e i concetti di parola e persuasione elaborati dalla retorica classica. Del primo dei due orientamenti viene considerato il principio secondo il quale l'uomo trasforma "in contesti di parole la simbolizzazione affettiva e costruisce emozionalmente una relazione con il contesto locale a cui la narrazione è diretta"<sup>31</sup>. Secondo l'AET, infatti, le parole sono da intendere come "proposte emozionate che implicano attese da parte di chi le produce e risposte da parte di chi le interloquisce"<sup>32</sup>. Il testo, quindi, è concepito, all'interno del frame dell'Analisi Emozionale come una proposta di relazione fondata sulle emozioni.

Nella riflessione linguistica classica parola<sup>33</sup> e discorso<sup>34</sup> sono espressione dell'attività specie-specifica dell'uomo<sup>35</sup> e mirano alla per-

<sup>28</sup> H.G. GADAMER, *Verità e Metodo*, Milano, 2001, p. 481.

<sup>29</sup> M. DUMMET, *Origini della filosofia analitica*, Torino, 2001, p. 4.

<sup>30</sup> L'immersione nella lingua è volta a percepire la forza evocativa delle parole e a ricostruire le dimensioni dell'implicito.

<sup>31</sup> R. CARLI, *op. cit.*, p. 252.

<sup>32</sup> R. CARLI, *op. cit.*, p. 252.

<sup>33</sup> *Rhema* e *verbum* presentano una comune radice indoeuropea \**vr*, *var* portatrice del senso di "arrivare ad una distinzione, scegliere, distinguere" (F. RENDICH, *op. cit.*, pp. 560-561).

<sup>34</sup> *Logos* dalla radice indoeuropea \**leg* raccogliere, raccontare, parlare. Cfr. L. COENEN, E. BEYREUTHER, H. BIETENHARD, *Dizionario dei concetti biblici del Nuovo Testamento*, Bologna, 2001, p. 1159. Nel latino il concetto di discorso viene veicolato dai termini *sermo* e *oratio*; il primo lessema deriva da *desero* (legare in fila), il secondo da *oro* (pregare, rivolgere il volto a).

suasione attraverso una relazione con l'altro informata all'*aptum*<sup>36</sup>. La qualità dell'*aptum* distingue il dire retorico e si esplica come adeguatezza e profonda connessione della parola con gli universi spirituali sia del persuasore che dell'interlocutore da persuadere. La parola retorica<sup>37</sup>, "perfezione del pensare"<sup>38</sup>, persuade con le *pisteis*<sup>39</sup>, ma queste trovano nella densità semantica dei termini selezionati la loro *manus* e la loro *vis*. La capacità persuasiva di un discorso è, in ultima analisi, nella forza comunicativa sprigionata dalle parole. Il protagonista dello scambio dialettico, nel *frame* culturale della retorica classica, è il destinatario del discorso, il quale deve essere disposto dal *sermo* in modo tale da dare una risposta-*pathos*<sup>40</sup> in sintonia con il pensiero della comunità.

Le due prospettive metodologiche sono accomunate dal concetto di relazione, la parola sia nella AET che nella retorica greco-latina è un ganglio di relazioni intelligibili all'interno di un consolidato tessuto sociale. Le emozioni, pertanto, compiendo una *Aufhebung* dei due approcci menzionati, sono comprensibili come i movimenti dialettici contestualizzati<sup>41</sup> che danno vita alla struttura semantica dei termini.

<sup>35</sup> "Il linguaggio è il fondamento bio-cognitivo senza cui né la felicità né la città potrebbero esistere. [...] Città, felicità e linguaggio riassumono la specie-specificità dell'uomo: animale per natura e cittadino e linguistico e con la vocazione innata alla felicità, ovvero al vivere bene" (F. LO PIPARO, *Aristotele e il linguaggio*, Roma-Bari, 2011, p. 33). Cfr. *De Interpretazione* 16 a 3-8.

<sup>36</sup> La radice indoeuropea \**Hep* ha il valore di "legare, attaccare".

<sup>37</sup>La radice greca *ρη* deriva dal gruppo radicale indoeuropeo \**wer-dh-t* (parola), in slavo antico tale gruppo ha come esito *rota* (giuramento) e nel sanscrito *urvata* (prescrizione). Cfr. C. RUSCONI, *Vocabolario del greco del Nuovo Testamento*, Bologna, 1997, p. 208. "Quindi la retorica è il manifestare qualcosa che si può manifestare, qualcosa che è in accordo con la ragione, qualcosa che è in accordo ai patti, qualcosa che risulti *aptum*, che rispetti la *convenientia*. La qualità dell'*aptum* distingue il dire retorico e si esplica come adeguatezza e profonda connessione con gli universi spirituali sia del persuasore che dell'interlocutore da persuadere. L'idea di accordo, dentro il termine retorica, presuppone un patto tra me e l'altro e la scelta di un terreno comune con regole condivise; solo così si può tentare di persuadere ed accettare di essere persuaso". V. DE NARDIS, *op. cit.*, p. 218.

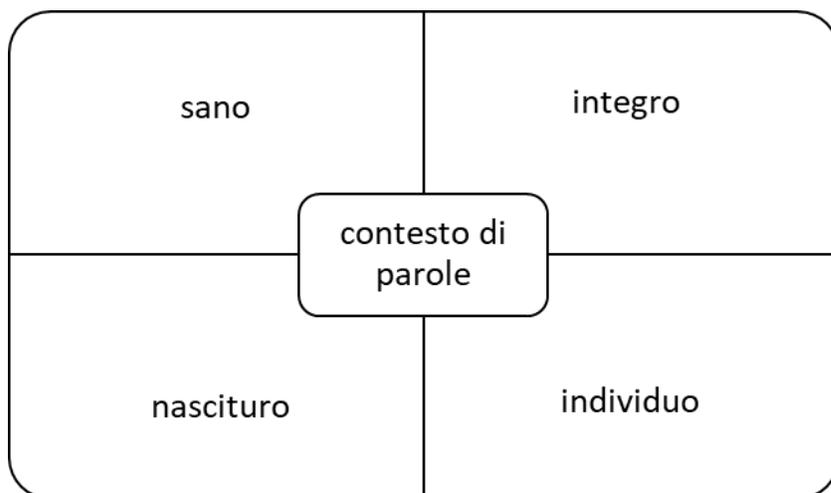
<sup>38</sup> H.G. GADAMER, *op. cit.*, p. 481.

<sup>39</sup> F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele*, Roma, 2008, pp. 45-46.

<sup>40</sup> F. PIAZZA, *op. cit.*, p. 88. Cfr. *Rhet.* 1356 a 14-15.

<sup>41</sup> Le emozioni sono movimenti di accoglienza e donazione di contenuti endossali.

Nel grafico seguente viene rappresentato l'insieme delle parole dense, ovvero delle "parole che più di altre veicolano le componenti emozionali del testo"<sup>42</sup>. Con i lessemi appartenenti a questo insieme la Corte ha giustificato la tesi e ha perseguito la persuasione degli interlocutori.



L'analisi semantica dei termini costituenti il contesto di parole dell'*argumentatio* della Corte, condotta attraverso il modello analitico precedentemente illustrato, privilegia la ricerca degli aspetti impliciti esistenti nella tessitura fonico-morfologica di ogni lessema, scorgendo in essa la fonte della *vis* pragmatica sprigionata dalla parola retorica. La disamina linguistica, a livello procedurale, si impegna a perscrutare in un termine quattro aspetti: a) il valore significativo della radice, b) la rete delle altre radici che entrano in relazione con il gruppo radicale oggetto studio, c) lo spazio concettuale delle implicature, d) le implicature suscitate dal lessema contrario.

Nell'aspetto fonico della radice<sup>43</sup> non solo si incarna l'idea connessa a tale suono, ma dalla trama dei segni consonantici che costituiscono il

<sup>42</sup> R. CARLI, *op. cit.*, p. 253.

<sup>43</sup> "Il significato delle parole non nacque, come si è sempre creduto, in modo astratto e arbitrario, bensì unendo due o più idee-base rappresentate dai suoni delle consonanti e delle vocali" (F. RENDICH, *op. cit.*, p. 7).

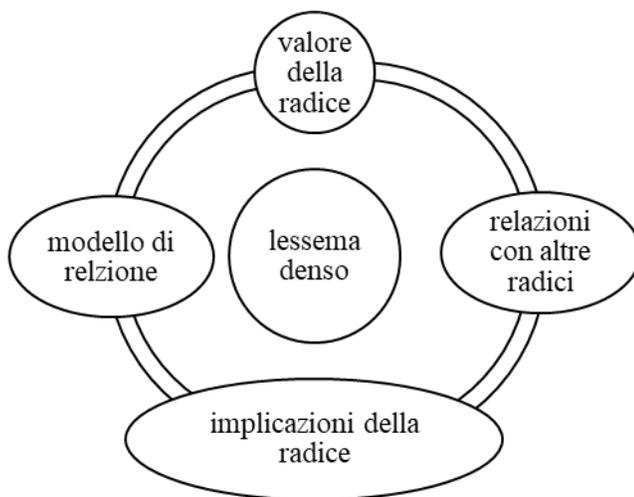
gruppo radicale si libera una forza evocativa in grado di risvegliare nell'interlocutore sentimenti e comportamenti ancestrali. La radice parla all'intelligenza emotiva dell'uomo coinvolgendo tutte le energie psicofisiche di quest'ultimo e favorendo il pensiero reticolare; ogni radicale, infatti, viene compreso all'interno della relazione che esso intrattiene con altre radici complementari, presupposte o implicate. In virtù di questa considerazione, nel modello analitico presentato in questo contributo sul lato destro del grafico si trovano elencate alcune radici gravitanti intorno al nucleo semantico della radice polo.

Nella parte bassa del grafico si rendono esplicite le conseguenze<sup>44</sup> inferite dal destinatario del discorso partendo dal valore della radice della parola. Sul lato sinistro della rappresentazione grafica vengono rese evidenti le implicazioni che scaturiscono ragionando a partire dal termine contrario. La parola densa, quindi, scelta dal giudice per la formulazione degli argomenti, spinge all'azione anche lasciando prospettare agli interlocutori le conseguenze negative generate dal comportarsi<sup>45</sup> in modo contrario rispetto a quanto indicato dal termine proferito. Da quanto detto si deduce che il valore semantico di una parola è il risultato di un incontro tra le diverse sfere concettuali implicate, presupposte o evocate dalla parola stessa; la parola densa, in questo modo, è lo spazio di accumulazione dei vari vettori semantici rappresentati dalle componenti implicite ed esplicite costitutive del lessema.

---

<sup>44</sup> Le conseguenze possono essere interpretate come implicature.

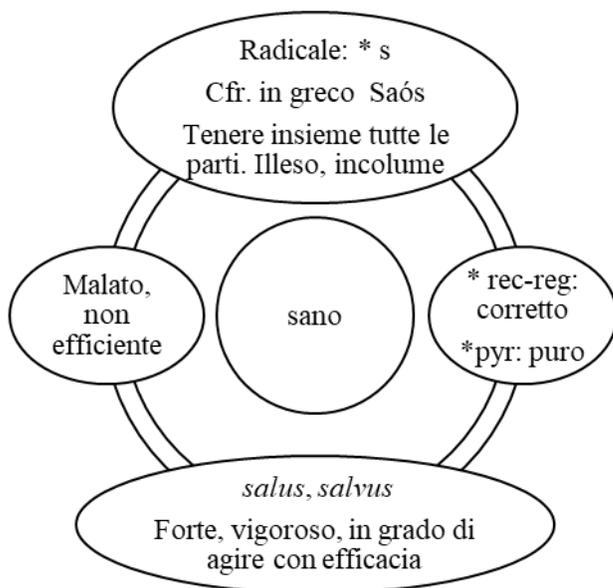
<sup>45</sup> Le parole dense propongono sempre schemi comportamentali, in esse a livello latente sono presenti implicature pragmatiche. La parola retorica, infatti, con la ragionevolezza delle emozioni chiama tutti i protagonisti dello scambio argomentativo ad una *metanoia*.



Il primo lessema ad essere analizzato è “sano” presente nell’argomento di primo livello. In termini di strategia argomentativa collocare questa parola nell’ *argumentum* di primo livello, posto a diretto sostegno della tesi, presuppone il ritenere il concetto di “sano” la parola semanticamente più densa di tutta la catena delle *rationes*. Nel termine “sano” si concentrano tutti i valori semantico-emotivi sia delle parole appartenenti all’intero contesto espressivo della prova, sia delle radici da esse evocate. In tutto il ragionamento della Corte si ravvisa nella scelta lessicale la presenza di un *incrementum* di significatività; nelle prove, infatti, dei livelli argomentativi inferiori si riscontra la presenza delle presupposizioni dei termini presenti nei livelli superiori. Il processo della *gradatio* culmina nel concetto di “sano” interpretabile anche come termine iperonimo<sup>46</sup> dell’intero *corpus* lessicale costituente l’*argumentatio*.

---

<sup>46</sup> La relazione di iperonimia-iponimia è un principio di organizzazione del lessico secondo il quale le parole in un sistema linguistico si ordinano secondo il criterio dell’inclusione. Per il rapporto tra iponimia e inclusione unilaterale cfr. J. LYONS, *Semantics*, Cambridge, 1977-80, p. 317.



Il radicale indoeuropeo \*s<sup>47</sup> presente nel termine “sano” è portatore del valore di legame, relazione, contatto<sup>48</sup>, tale consonante nella lingua latina è rilevabile in *esse* e *sum* mentre nella lingua greca si rende ancora evidente in *estin*. Nelle forme verbali menzionate la consonante radicale continua a veicolare il senso di “mettere in relazione, avviare legami con”. Considerando lo spettro semantico della consonante, il termine “sano” evoca l’idea di “insieme di parti perfettamente unite, non deturpate”, ma ragionando intorno alle implicature di tale area concettuale si giunge ad inferire i lessemi “incolume” e “illeso”. La radice \*s presuppone, implica o completa altri radicali dando vita ad una rete di radici che sviluppano in varie direzioni il campo semantico dell’unità.

Tra questi gruppi radicali gravitanti intorno ad \*s si può riscontrare la presenza dell’indoeuropeo \*rj, rñj<sup>49</sup> che dà vita in latino a \*rec-g da cui *rego*, *rectus*, *ordo*. In tali forme verbali e nominali viene comunicata l’immagine di “procedere o guidare in linea retta, di onesto e di ordi-

<sup>47</sup> Radice ravvisabile in greco nell’aggettivo *sàos* come nel verbo sanscrito *as* (avviare un legame).

<sup>48</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 69.

<sup>49</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 479.

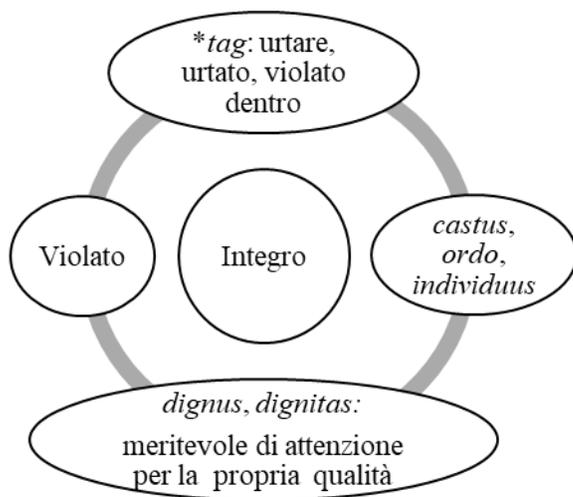
nato”. Infatti, un individuo sano ha tutti i presupposti per agire a vantaggio della società, può concepire grandi progetti per sé stesso e per la comunità di appartenenza, può essere pienamente integrato in essa<sup>50</sup>. Un'altra radice che entra in dialogo con \*s è il nesso \*pu (purificare) che produce come esiti in ambito greco *pyr* (fuoco) e in ambito latino *puto*, *pudor*, *pudeo*<sup>51</sup>. Osservando la relazione sussistente tra i campi semantici delle due radici si può ritenere come \*pu si ponga in qualità di presupposizione rispetto a \*s: una persona che risulta illesa, incolume, ancora perfettamente unita ha preservato la sua essenza ed è, pertanto, in grado di presentarsi privo di corruzioni. I termini latini *salus* e *salvus*, nella parte bassa del grafico, indicano le implicazioni dell'essere illeso, ovvero l'essere forte, vigoroso e in grado di agire con efficacia a beneficio della comunità. Il termine “sano” prevede come lessemi contrari malato e non efficiente, innescando sulla base di questa relazione *ex contrariis* un modello di dialogo con l'ascoltatore fondato sulla antinomia efficace-non efficace, ordine-disordine. La parola densa, invitando a ragionare partendo dal contrario, induce gli altri attori dell'argomentazione a riflettere sulle conseguenze per la società di un comportamento non informato alla salvaguardia dell'unità e dell'integrità dell'uomo.

Si procede nell'analisi dei termini selezionati dalla Corte per formalizzare la *propositio* della prova prendendo in esame il lessema “integrato”.

---

<sup>50</sup> La radice \*rec è una implicatura. Nel concetto di ordine si può vedere sia la conseguenza sociale dell'essere sano come la capacità di dare vita a progetti (la *r* comunica l'immagine di un movimento verso, di una tensione), sia una conseguenza dell'essere illeso e dell'avere una forma riconoscibile.

<sup>51</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 369.



La radice *\*tag* nel termine “integro” è preceduta dalla preposizione *in* con funzione di prefisso. Lo spazio semantico del gruppo radicale è riconducibile ai concetti di “spingere, colpire, incitare” come attestano in area sanscrita le forme *tuj, tujati*<sup>52</sup>, in ambito greco *tykhe*<sup>53</sup> e sul versante latino *stupeo*<sup>54</sup>. Il lessema colto globalmente nell’insieme di radice e prefisso evoca l’idea di non toccato, non manchevole di nulla e specificando ulteriormente si può affermare come il termine *integro* indichi cosa o persona alla quale nulla è stato tolto. Intorno al campo semantico di integrità si collocano radici che nella lingua latina producono come esito *castus*<sup>55</sup>, *individuus*, *ordo*; queste parole chiamano in causa i significati di puro, non contaminato, non diviso, ordinato, organizzato.

<sup>52</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 236.

<sup>53</sup> P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Parigi, 1968, p. 1143. Cfr. G. UGOLINI, *Lexis*, Bologna, 2018, p. 437.

<sup>54</sup> L’immagine mentale creata dalla radice *\*tag* si conserva in modo chiaro nel verbo *tangere*.

<sup>55</sup> La radice indoeuropea *\*sas*, individuabile anche nel sostantivo greco *kosmos*, evoca l’immagine di ordine, in *castus*, quindi, si esprime in prima istanza il concetto di “conforme alle regole, educato, rispettoso dei limiti”. Nella radice *\*sas*, però, è contenuta l’azione del tagliare e del dividere: una persona casta si distingue tra la moltitudine.

Entrando maggiormente in profondità nel cogliere i legami tra tali termini e l'aggettivo "integro" per ciascuno di essi è possibile rilevare quanto segue: per persona casta non si intende solo chi ha il senso del limite e possiede il senso delle norme, ma il radicale di *castus* richiama anche l'idea di persona immediatamente individuabile, dotata di una forma intelligibile da tutti, riconoscibile in quanto dotato della *morphe* specie-specifica. La purezza, allora, espressa da *castus* si pone come conseguenza dell'essere integro. Il termine "individuo" indicando un ente non diviso può considerarsi conseguenza di "integro", l'essere indiviso, quindi, è il risultato del non essere stato urtato violentemente e in profondità. Il sostantivo *ordo* essendo legato all'immagine di concetti, persone, cose perfettamente in linea, trasmette i valori semantici di organizzato, funzionale, corretto, ponendosi anch'esso come aspetto derivante dall'essere non manomesso. I lessemi presenti sul lato destro del grafico si collocano tutti, a livello spaziale, nella galassia semantica di "sano", ovvero nella rete di radici che svolgono il ruolo di presupposizioni o implicature dell'aggettivo gerarchicamente superiore collocato nell'argomento di primo livello<sup>56</sup>. Nella parte inferiore del grafico, tra le diverse possibilità di inferenze che l'aggettivo "integro" può generare nel destinatario, si preferisce porre in evidenza una implicatura di natura etica proponendo la relazione tra integrità e rispetto della persona.

L'essere umano non è struttura che possa essere rispettata senza riconoscere le qualità dell'unitarietà e dell'indivisibilità che la caratterizzano; il sottoporre, allora, la figura umana a manipolazioni e devastazioni significa ledere la dignità dell'uomo. Il termine "integro" evocando come suo contrario l'aggettivo violato, chiama gli attori dello scambio argomentativo a riflettere sul rapporto esistente tra la violazione dell'incorruttibilità della persona umana e la lesione della sua dignità.

Si procede nel percorso analitico esaminando la trama delle relazioni semantiche attivate dal lessema "individuo". Questo termine nella struttura argomentativa generale si pone alla base della catena degli argomenti che conduce all'argomento di primo livello. Si può ben comprendere, allora, l'importanza strategica del campo semantico generato dal termine "individuo": riposa su di esso e sulla bontà del legame che

---

<sup>56</sup> L'aggettivo "integro" si pone rispetto a "sano" in relazione di iponimia.

riesce a costituire con il lessema “nascituro” tutta l’architettura del pensiero della Corte.



Il radicale *\*vid*, presente nel participio latino *evidens* (chiaro, manifesto), veicola il senso di “distinguere alla luce”<sup>57</sup>, vedere e percepire, esso più precisamente coinvolge le sfere semantiche del vedere con chiarezza, del riconoscere con sicurezza le forme di un oggetto e della capacità distinguere le diverse forme tra di loro. I due prefissi che precedono il nesso radicale, interagendo fra di loro, danno vita ad un significato formalizzabile con l’espressione di “non separatamente”. Infatti, il prefisso latino *dis*, esito del radicale *\*da*, assume in sé i valori semantici di tagliare, dividere, attraversare, mentre il prefisso *in* si carica del compito di fungere da negazione. Prendendo atto, quindi, della struttura composta del lessema e della relazione esistente tra prefissi e radice, per il concetto di individuo si fornisce la seguente interpretazione: “impossibile da vedere con sicurezza separatamente”.

L’immagine mentale, pertanto, veicolata dalla parola oggetto di analisi presenta l’uomo come una struttura che non può essere percepita se non tutta insieme, sinotticamente; non si potrebbe parlare di essere

<sup>57</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 550.

umano se questo venisse separato e violato nella sua unità. La verità dell'uomo è nell'essere una perfetta coappartenenza dei propri elementi costitutivi,<sup>58</sup> non si può sfigurarli senza compromettere la sua dignità. Nel lato destro del grafico si pone il termine *unus*<sup>59</sup> all'interno della rete di radicali che vengono a disporsi intorno a "individuo"; la relazione logica tra quest'ultimo e *unus* è del tipo antecedente/consequente: l'indivisibilità scaturisce dall'essere uno. Concettualmente nell'uno c'è l'idea di processo, *unus*, infatti, indica l'inizio di un cammino che è chiamato a svilupparsi in modo lineare e ordinato<sup>60</sup>. L'unità, di conseguenza, è la condizione per agire con efficacia secondo la specie-specificità dell'uomo, in assenza di unità l'essere umano non può inverare la propria natura. L'importanza, allora, per l'uomo dell'essere inseparabile si nota ancora con maggiore chiarezza considerando le implicature enucleate nella parte bassa del grafico: se non violato nella sua unità gli uomini sono in grado di agire con efficacia e di essere riconoscibili e individuabili tra le altre forme viventi.

Compromettere in qualunque modo l'unicità dell'uomo comporta sempre il compromettere la felicità<sup>61</sup> di quest'ultimo. Nella strategia argomentativa della Corte il lessema "individuo" svolge il ruolo di presupposizione di "integro" presente nel livello superiore: se l'uomo è unità inseparabile non deve essere "urtato nel profondo", qualsiasi comportamento, di conseguenza, che metta a rischio questa unità è contrario alle leggi di natura.

L'ultimo termine ad essere analizzato è "nascituro"; sulla *vis* semantica di questo lessema e sulla relazione che esso intrattiene con "individuo" si fonda tutta la struttura argomentativa della sentenza.

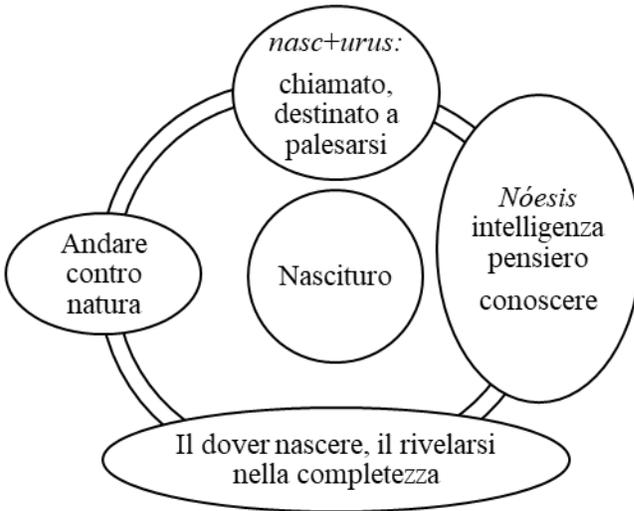
---

<sup>58</sup> Cfr. EN 1139b 4-5.

<sup>59</sup> Dal radicale indoeuropeo \**oino* deriva il pronome greco *oĩos*.

<sup>60</sup> Il lessema *unus* si relaziona con *castus* e *ordo* ponendosi come presupposizione di questi ultimi.

<sup>61</sup> Felicità viene intesa come piena realizzazione della propria natura. Nel pensiero aristotelico l'uomo si caratterizza per agire nel linguaggio; la felicità, allora, dell'essere umano consiste nel vivere secondo il *logos*, ovvero persuadendo e lasciandosi persuadere. Cfr. EN 1098a 7-13.



La radice *\*(g)nas*, nucleo semantico del termine “nascituro”, ha come esiti latini *nascor* e *novus*, il valore del radicale indoeuropeo originario è legato all’idea primordiale del “provenire dalle acque, l’essere legato al moto delle acque”<sup>62</sup> ed è assimilabile all’idea di avanzare, spingersi in avanti. Il suffisso *urus* in latino è portatore dei valori di imminenza, predestinazione, intenzione<sup>63</sup>; il nascituro, quindi, è chi è chiamato necessariamente a venire alla luce e questo atto è parte della sua natura. Alla stessa radice *\*n* sono associabili anche i lessemi greci *noéo*, *nóesis*, *nóema* tutti riconducibili alla sfera del pensare. Nell’intimo delle dinamiche semantiche del lessema in oggetto si scorge un’area di significato che permette di intendere “nascituro” come colui che è predestinato a conoscere e farsi conoscere per ciò che è, ovvero nella completezza, unità e verità. Pensando ad un modo di agire che non tenga in considerazione la tessitura profonda delle relazioni concettuali poste in essere dalla parola “nascituro”, si giunge a concepire un’azione che impedisce al concepito di nascere completo. Un tale comportamento ostacolerebbe il nuovo essere umano nel cammino previsto dalla sua vocazione: deturpare il feto implica che quest’ultimo non porti a com-

<sup>62</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 337.

<sup>63</sup> A. TRAINA, *Sintassi Normativa della Lingua latina*, Bologna, 1987, p. 310.

pimento la propria missione. Anche in questo caso come è accaduto con “individuo” il destinatario della mossa argomentativa viene posto dalla parola semanticamente densa a scegliere tra due comportamenti: agire contro natura o in osservanza di essa.

#### 4. La ragionevolezza dell'emozione: accogliere e donare

L'analisi lessicale condotta consente di identificare le quattro modalità attraverso le quali una parola densa agisce sull'interlocutore; necessita, a questo punto della ricerca, riflettere sul concetto di emozione e giungere alla chiarificazione semantica di questo lessema. Il confronto con la definizione di argomento fornita da Cicerone nella *Topica* permetterà di comprendere la natura di una *ratio* e di individuare nella struttura semantica di questo lessema il legame tra emozioni e parola. Della definizione ciceroniana *argumentum est ratio quae rei dubiae facit fidem*<sup>64</sup> due sono le espressioni da valutare per cogliere l'essenza di una prova: *ratio* e *facit fidem*. Nel sostantivo *ratio* si scorge la radice *\*(H)r-eH*<sup>65</sup> presente nel verbo *reor* (pensare, credere, calcolare) e riconducibile all'area semantica del contare; la presenza, inoltre, della *\*r* nel gruppo radicale inserisce il vocabolo *ratio* nell'alveo dell'idea di “movimento verso qualcosa per conseguire uno scopo”. Scendendo più in profondità si individua nella *vis* significativa del sopramenzionato termine il senso di una progressione conoscitiva<sup>66</sup> espressione di una ferma volontà nel conseguire un obiettivo. La meta di questo moto che

---

<sup>64</sup> Cic. *Top.* 2,6-8.

<sup>65</sup> F. PIAZZI, *Lessico essenziale di latino*, Bologna, 1998, p. 287.

<sup>66</sup> Il termine *ratio* indica sia un procedere volto a raggiungere una meta, sia il risultato di questo movimento. Nel primo caso il concetto di “movimento verso” contiene in sé l'idea di progressione conoscitiva, di logico e sequenziale disporsi delle conoscenze acquisite, di progressivo disvelamento o progressivo avvicinamento all'obiettivo. Nel secondo caso *ratio* è termine indicante la fine del processo conoscitivo, esso svolge, in questo modo, la funzione di conclusione di un ragionamento. In entrambi i casi il dinamismo della *r* rimane evidente, anche se *ratio* viene intesa come risultato di un processo gli effetti del movimento non si esauriscono con la conclusione dell'*iter* gnoseologico: una *ratio* è sempre l'inizio di un altro percorso che coinvolge in modo pervasivo la persona del destinatario.

anima la *ratio* è il *fidem facere*. In un passaggio del *De anima* Aristotele (428a 19-24), mentre spiega come sia possibile giungere alla *doxa*, rivela, in realtà, le modalità secondo le quali un argomento riesce a *facere fidem rei dubiae*. Nel passo citato, il filosofo greco, spiegando la differenza tra *doxa* e *phantasia*, colloca in ordine i termini *doxa*, *pistis*, *pepeisthai*, *peitho* e *logos*; la sequenza, però, è da leggersi a rovescio partendo dal *logos* per arrivare alla *doxa*, quest'ultima è, in effetti, il punto conclusivo del processo persuasivo. È possibile constatare come all'interno di questo *ordo verborum* la posizione centrale sia occupata dai tre termini indicanti i momenti della persuasione: *peitho* ovvero la capacità di persuadere noi o gli altri, *pepeisthai* la disponibilità ad essere persuasi, *pistis* la fiducia legata sempre alla *doxa* ovvero all'opinione che qualcosa è in un certo modo.

L'*argumentum* è in grado di svolgere la sua funzione persuasiva quando si dimostra capace di agire sul destinatario del messaggio permettendo a quest'ultimo di elaborare un'opinione in consonanza con la visione del persuasore. Per consentire, però, all'ascoltatore, autentico giudice (*krités*) del discorso, la formulazione di una credenza in conformità con il pensiero del persuasore, l'argomento deve entrare necessariamente in relazione con le sfere del *probabile* e del *credibile*<sup>67</sup>. Ma questo aspetto di per sé non esaurisce l'ambito di azione del *logos* persuasivo, la capacità di un argomento di persuadere è legata alla possibilità di parlare sia alla componente linguistica che non linguistica dell'anima umana, alla possibilità di riuscire a trovare, in seno ad essa, un accordo tra la ragione e la sfera dei desideri, dei bisogni e delle necessità. L'argomento parla alle due anime dell'uomo: a quella che possiede il *logos* (*logon echon*) e a quella che pur essendo *aloga* partecipa del *logos*<sup>68</sup>.

Per risultare, allora, persuasivo l'argomento deve mediare, deve essere partecipe degli interessi di entrambi gli interlocutori, deve, cioè, essere il luogo concettuale dove l'ascolto e l'accoglienza dell'altro in-

---

<sup>67</sup> Cfr. *De inv.* I, 29, 46 "probabile autem est id, quod fere solet fieri aut quod in opinione positum est aut quod habet in se ad haec quondam similitudinem" e *De inv.* I, 30, 48 "credibile est, quod sine ullo teste auditoris opinione firmatur, hoc modo nemo est qui, non liberos suos incolume".

<sup>68</sup> *EN* 1102b 13.

contrano l'intenzione e la volontà di *movere alterum*. Tutti questi movimenti trovano espressione nella struttura fonico-semantica della parola retorica emotivamente densa. Quando media il pensiero agisce emozionalmente.

Nel seguente grafico viene rappresentato il doppio movimento di ricezione e spinta che dà vita al concetto di emozione.



Ad un primo livello di analisi nel lessema emozione si distinguono due elementi morfologici: a) la radice *\*miv* che in ambito latino ha come esito il verbo *movere* con valore causativo e nella quale è presente l'idea di "staccarsi di continuo da un punto, mettere in movimento"<sup>69</sup>; b) il prefisso *e* indicante una direzione dall'interno verso l'esterno. Perscrutando ulteriormente nella struttura semantica del termine emozione si può intravedere in esso sia la valenza participiale passiva di *emotus* (ciò che è stato messo in movimento), sia il valore attivo di *emovens* (che genera movimento dall'interno verso l'esterno) legato al valore causativo del radicale. La presenza del valore attivo nel lessema emozione è, inoltre, ravvisabile anche nel suffisso "zio" erede di un arcaico

<sup>69</sup> F. RENDICH, *op. cit.*, p. 436.

suffisso indoeuropeo *et/ot*<sup>70</sup> indicante la “partecipazione ad una nozione”<sup>71</sup>. Alla luce di queste considerazioni è possibile percepire nella parola emozione un movimento che, generato dall’accoglienza da parte di un soggetto di un altro movimento a lui rivolto, mette in azione l’altro co-protagonista dello scambio dialogico.

In un discorso persuasivo tutti i movimenti avvengono nella parola, in essa simultaneamente sono presenti l’accoglimento delle istanze endossali e la risposta ad esse intesa come proposta ragionevole<sup>72</sup> per l’altro. La volontà di agire per l’altro mediando con lui guida la scelta lessicale del soggetto argomentante orientando quest’ultimo verso la selezione di termini semanticamente densi. Riconoscendo, allora, nel movimento emozionale la struttura intima della parola persuasiva e affermando, pertanto, che esso rappresenta la dinamica che dà vita alla parola stessa, si può giungere a dire che la parola retoricamente pensata e proferita è emozione. Nel caso della sentenza 10741 presa in esame, la Cassazione con la scelta dei lessemi “sano, individuo, integro” associati a “nascituro” si dimostra pronta nel recepire e interpretare i bisogni emergenti dalla società, nell’accogliere la nuova sensibilità, nell’avvertire l’esigenza di attualizzare il diritto mediante l’individuazione di nuove aree di protezione di interessi. Ispirata da queste volontà, la Corte si impegna nel comprendere in profondità e ampliare le possibilità significative degli art. 2 e 32 della Costituzione attraverso un’azione ermeneutica che la conduce ad investigare nella semantica dei termini utilizzati dalla normativa vigente e a scoprire in essi nuove possibilità. Da questa attività di ricerca condotta dalla Cassazione, all’interno del linguaggio della Costituzione e dei riferimenti normativi presi in considerazione, scaturisce una sentenza rivolta all’universo della giurispru-

---

<sup>70</sup> Suffisso ancora produttivo in italiano: si pensi al sostantivo azione.

<sup>71</sup> F. PIAZZI, *op. cit.*, p. 22.

<sup>72</sup> L’aggettivo ragionevole semanticamente si presenta più esteso semanticamente rispetto a razionale, nel suffisso *bilis* viene comunicata la nozione di “capace di rendere qualcosa partecipe della ragione”. Il termine esprime l’idea di una capacità nell’attuare una mediazione tra interlocutori, tra *nous* e *kardia*, tra *logos* e *orexis*. Si può, quindi, affermare che ragionevole ha il senso di “essere in grado di mediare con l’alter in accordo con le circostanze”. Nella ragionevolezza, pertanto, si realizza l’incontro tra la *phronesis* e l’*epieikeia*. In Aristotele chi è dotato di *epieikeia* è pronto nel comprendere ciò che è umano (Rhet.1374b 11).

denza e all'opinione pubblica in generale. Nella *ratio*, infatti, prodotta dalla Corte è contenuto un invito alla salvaguardia della inviolabilità e dell'unità della persona umana.

Le parole dense, nelle quali la Corte si comunica, agiscono sul destinatario per mezzo dell'*amplificatio* della relazione nascituro-inviolabilità della persona; tutti i termini, in realtà, della prova appartengono al campo semantico dell'indivisibilità e dell'unità e danno vita ad una trama lessicale nella quale i lessemi sono in relazione di iponimia/iperonimia. Le parole del contesto terminologico dell'*argumentum*, inoltre, evocano, a loro volta, costellazioni di termini che istituiscono con esse relazioni di presupposizione o implicatura.

Sotto il profilo della *dispositio* delle mosse argomentative si rileva come la Cassazione abbia collocato nella linea più remota della *argumentatio* la parola "individuo" creando, in questo modo, una sequenza di sub-argomenti governata dal *locus* della *consequentia*. I termini "integro" e "sano" rappresentano gli effetti di un comportamento informato al rispetto dell'unità della persona umana. Se, infatti, il nascituro è un individuo ha diritto ad essere tutelato nei suoi diritti all'integrità e a nascere sano. La manovra strategica, quindi, da reputare autentico *arche* dell'intera argomentazione, non si realizza disponendo il termine "individuo" alla base del ragionamento, ma nell'aver posto questo lessema come predicato di "nascituro". L'associazione semantica tra questi due termini è resa possibile dalla presenza nella struttura del soggetto dei tratti di "progetto unitario, completezza nella forma e perfetta riconoscibilità"; queste qualità, infatti, del concetto di "nascituro" risultano *aptae* ai semi del predicato "individuo".

##### 5. Considerazioni conclusive

La sentenza persuade con l'*argumentum* e questo è apertura all'altro, proposta di incontro ed invito ad agire. L'argomento agisce sull'altro per mezzo della densità semantica del termine medio. In virtù della rete di presupposizioni e implicature nella quale si trova inserito il *terminus medius* e della capacità di quest'ultimo di attivare nel co-pro-

tagonista dell'*argumentatio i loci*<sup>73</sup> *ex contrario* e *a consequentia*, la prova emoziona l'interlocutore e lo mette in movimento. La parola, però, della prova a sua volta nasce da un accoglimento delle istanze provenienti dal contesto e dall'*alter*: il coinvolgimento emotivo avviene sempre con l'utilizzazione di "conoscenze comuni su caratteri e passioni"<sup>74</sup>. L'uomo mira alla felicità ed "è intorno alla felicità, alle azioni che ad essa conducono e a quelle ad essa contrarie, che ruotano tutti i tentativi di persuadere e dissuadere"<sup>75</sup>. Il discorso persuasivo è una proposta di felicità, un dono offerto all'altro. Nel momento in cui la parola persuasiva ad alta densità semantica è espressione del movimento bidirezionale di accoglienza e offerta, essa si presenta emotiva e ragionevole in grado di parlare alla mente e al cuore. Solo la ragionevolezza fa agire, la componente razionale da sola non è in grado di indurre l'uomo all'azione; le componenti cognitive possono diventare motore del movimento solo se entrano in relazione con la sfera del desiderio (*orexis*)<sup>76</sup>: in sede di azione ragionata la scelta "condivide sia il pensiero discorsivo sia il desiderio"<sup>77</sup>.

Non c'è *doxa* senza *pistis*, non è possibile avere un'opinione o la credenza che qualcosa sia in un certo modo senza essere persuasi di ciò di cui si ha opinione. A rendere possibile, quindi, la formazione della *doxa* è la capacità di agire del *logos*, ovvero la capacità di quest'ultimo di generare ragionamenti e stati d'animo, di organizzare emotività e razionalità. La *suavitas* parla all'uomo, sinolo di *logos* e *orexis*, invitandolo ad agire in sintonia con essi; la persuasione, quindi, chiama l'altro all'azione ragionevole intendendo per ragionevole una scelta eccellente (*proairesis spoudaia*) svolta in accordo di desiderio e verità<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> L'attivazione di un *locus* rende partecipe l'interlocutore di un processo conoscitivo, l'essere parte di un *iter* volto a conoscere aspetti nuovi di una questione arreca piacere all'uomo. Cfr. Rhet.1371a 31-32: "Imparare e ammirare sono per lo più azioni piacevoli".

<sup>74</sup> F. PIAZZA, *Il corpo della persuasione. L'entimema nella retorica greca*, Palermo, 2000, p. 139, n. 73.

<sup>75</sup> Rhet 1360b 9-11.

<sup>76</sup> DA 433b 27b 5; 433b 1.

<sup>77</sup> DMA 700b 23.

<sup>78</sup> EN 1139a 21-30.

*Bibliografia*

- ABBIGNANTE A., *Argomentazione giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del Diritto*, Torino, 2012
- ARISTOTELE
- W.D. ROSS, *Analytica Priora et Posteriora*, Oxford, 1982
  - M. GIGANTE, G. COLLI, *Opere vol. 1, Organon: Categorie, Dell'espressione, Primi analitici, Secondi Analitici*, Bari, 1973
  - W.D. ROSS, *De Anima*, Oxford, 1956
  - W.D. ROSS, *De motu animalium*, Oxford, 1955
  - A. PLEBE, *Opere, vol. 10: Retorica, Poetica*, Bari, 1973
  - C. NATALI, *Etica Nicomachea*, Bari, 2001
  - A. PLEBE, *Opere, vol. 10: Retorica, Poetica*, Bari, 1973
  - W.D. ROSS, *Categoriae and De interpretatione*, Oxford, 1928
- BAZZANELLA C., *Linguistica e pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2008
- CARLI R., *L'analisi Emozionale del Testo: un caso di verifica nella formazione professionale*, in *7 Journées internationales d'Analyse statistique des Données Textuelles / JADT*, n. 7, Parigi, 2004
- CASADEI F., *Lessico e semantica*, Roma, 2015
- CHANTRAINE P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Parigi, 1968
- CICERONE
- T. REINHARDT, *Topica*, Oxford, 2002
  - H.M. HUBBELL, *De Inventione*, Londra, 1949
- CONEN L., BEYREUTHER E., BIETENHARD H., *Dizionario dei concetti biblici del Nuovo Testamento*, Bologna, 2000
- DE NARDIS V., *La dialogicità nell'Octavis di Minucio Felice*, <http://doc.rero.ch/re-cord/208626/files/2013COM008.pdf>
- DUMMET M., *Origini della filosofia analitica*, Torino, 2001
- GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Bompiani, 2001
- GIULIANI A., *Il concetto di prova*, Milano, 1971
- LO PIPARO F., *Aristotele e il linguaggio*, Roma-Bari, 2011
- LYONS J., *Semantics*, Cambridge, 1997
- PIAZZA F., *Il corpo della persuasione. L'entimema nella retorica greca*, Palermo, 2000
- PIAZZA F., *La Retorica di Aristotele*, Roma, 2008
- PIAZZI F., *Lessico essenziale di latino*, Bologna, 1998
- RENDICH F., *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee*, Scotts Valley California, 2014
- RUSCONI C., *Vocabolario del greco del Nuovo testamento*, Bologna, 1997

- SNOEK HENKEMANS A.F., *Analysing Complex Argumentation. The Reconstruction of Multiple and Coordinatively Compound Argumentation in a Critical Discussion*, Amsterdam, 1992
- TRAINA A., *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna, 1987
- UGOLINI G., *Lexis*, Bologna, 2018
- VAN EEMEREN H.F., SNOEK HENKEMANS A.F., *Il galateo della discussione*, Milano, 2011
- VAN EEMEREN H.F., *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse, Extending the Pragma-Dialectical Theory of Argumentation*, Amsterdam-Philadelphia, 2010
- VAN EEMEREN H.F., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, Milano-Udine, 2008

# COGNIZIONE, AFFETTI, GIUDIZI: UN RESOCONTO PROBLEMATICO

*Sara Dellantonio, Luigi Pastore*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Emozioni: una definizione e l'estendersi di un problema. 3. Quando non si hanno parole per raccontare e per pensare le emozioni. 4. Conclusioni.

## *Abstract*

What role do affective states play in cognition? In this work, we use contemporary cognitive research to address this question. We first define emotions with respect to the much wider class of affective states, showing how each of them can affect our judgement. We then describe a poorly investigated sub-class of affective states called “epistemic feelings”, which make a particularly strong impact on our thinking processes. We then turn to consider a subclinical condition, “alexithymia”, characterized by an inability to perceive real emotions. Alexithymics have normal intelligence, however they have impaired awareness of their own emotions. By analyzing the skills alexithymics preserve and the difficulties they face, we show that numerous fundamental social skills – for understanding, evaluating and judging human behavior – rely deeply on emotions.

## *1. Introduzione*

Nella tradizione filosofica il ruolo da attribuire alle emozioni rispetto al retto scorrere del ragionamento è una questione che ha una storia complessa e controversa. Le emozioni sono state spesso viste con sospetto, quale elemento di disturbo della ragione. Alcune tradizioni, tra cui, in particolare, quella stoica, le hanno per lo più qualificate come

impulsi irrazionali che perturbano l'anima e che, in quanto tali, devono essere considerati inequivocabilmente negativi<sup>1</sup>. Più spesso ha prevalso una posizione di mediazione secondo la quale a essere negative non sono le emozioni di per sé stesse, ma gli eccessi cui possono dare luogo laddove assumano il controllo del comportamento. Per questa ragione il lessico filosofico, soprattutto in epoca moderna, ha distinto soprattutto fra emozioni, sentimenti e passioni, attribuendo in particolare a queste ultime lo stigma della negatività, in ragione del loro essere elementi in grado di assumere in maniera totalizzante e con forte intrusività il controllo del comportamento. Tanto nella tradizione razionalista quanto in quella empirista, per esempio, le emozioni e i sentimenti sono considerati anche secondo una luce positiva: per esempio come segnali del buono o cattivo funzionamento del corpo (Descartes) o come il "motore" capace di attivare atteggiamenti e comportamenti prosociali (Hume), segnalando come l'informazione veicolata da affetti ed emozioni possieda un valore importante ai fini del monitoraggio di sé e del controllo e dell'esecuzione di azioni utili e positive in senso soggettivo e intersoggettivo.

Il sospetto o quantomeno la cautela che la tradizione filosofica ha espresso nei confronti dei fenomeni affettivi quale fattore di interferenza e/o vero e proprio disturbo rispetto alla ragione sembra continuare ad affievolirsi nella contemporaneità. Per un verso al suo interno si affermano posizioni di tipo evoluzionista secondo le quali le emozioni sono stati adattivi: «sono fatte in modo da permetterci di affrontare l'incontro con altri organismi»<sup>2</sup> e sono fondamentali per adempiere diverse fun-

---

<sup>1</sup> L'idea per cui gli stoici considerano tutte le emozioni come inequivocabilmente negative è, in parte, una forzatura o quantomeno una interpretazione particolarmente radicale delle loro posizioni. In proposito si veda quantomeno R. ZABOROWSKY, *Is the control of emotions possible?*, in *History and Philosophy of Psychology*, 14, 1, 2012, pp. 141-170; C. WOTSCHAK, G. KLANN-DELIUS, *Alexithymia and the conceptualization of emotions: A study of language use and semantic knowledge*, in *Journal of Research in Personality*, 47, 5, 2013, pp. 514-523 e R. ZABOROWSKY, *On so-called negative emotions*, in *Organon*, 45, 2013, pp. 144 ss..

<sup>2</sup> P. EKMAN, *Basic Emotions*, in T. DALGLEISH, M. POWER (a cura di), *Handbook of cognition and emotion*, Chichester, 1999, p. 46 (*trad. nostra*).

zioni essenziali per la nostra sopravvivenza<sup>3</sup>. Per altro verso la ricerca contemporanea ha fatto propri i risultati di studi clinici, tra cui i più noti sono quelli resi celebri dalle ricerche di Damasio, che mostrano come individui divenuti incapaci di provare emozioni a seguito di una lesione cerebrale risultino anche incapaci di prendere con efficacia decisioni di vario genere circa la loro vita e di svolgere una molteplicità di compiti essenziali per la loro quotidianità<sup>4</sup>. A partire da questi studi ne sono stati sviluppati altri su persone sane che mostrano come le emozioni siano fondamentali rispetto alla nostra capacità di prendere decisioni<sup>5</sup>. L'evidenza così ottenuta ha permesso di affermare come il pensiero sia intrinsecamente permeato dalle emozioni e come il suo "buon funzionamento" dipenda proprio da questa simbiosi. Una scissione verticale fra ragionamento ed emozioni è caratteristica di condizioni patologiche, le quali rivelano appunto come il ragionamento senza emozione sia disfunzionale e inadatto a supportarci nello svolgimento perfino di operazioni di pensiero molto semplici.

E tuttavia, nonostante questo atteggiamento generalmente positivo, resta vivo un certo scetticismo verso le emozioni quali fattori potenzialmente perturbanti la razionalità nella sua freddezza e neutralità. Le emozioni accompagnano, infatti, forme di pensiero intuitivo cosiddetto "caldo" che operano in maniera automatica sotto il livello della consapevolezza cavalcando euristiche incontrollabili e spesso forvianti<sup>6</sup>. Le

---

<sup>3</sup> Fra le opere principali che hanno maggiormente influenzato questo dibattito vanno menzionate quantomeno: S.S. TOMKINS, *Affect, imagery and consciousness: Vol. 1*, New York, 1962; ID., *Affect, imagery and consciousness: Vol. 2*, New York, 1963; P. EKMAN, *Basic emotions*, cit., pp. 45-60; ID., *Emotions revealed: Recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*, New York, 2003; J. PANKSEPP, *Affective neuroscience: The foundations of human and animal emotions*, New York, 1998.

<sup>4</sup> A questo proposito si veda soprattutto A.R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, [1994] 1995.

<sup>5</sup> Per una panoramica si veda A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, pp. 44-49 e pp. 55-57; R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019, pp. 211 ss.

<sup>6</sup> Sul pensiero caldo cfr. P. THAGARD, *Hot thought. Mechanisms and applications of emotional cognition*, Cambridge-London, 2006. Sul ruolo delle emozioni rispetto al

emozioni veicolano, inoltre, giudizi morali che sono a loro volta il precipitato della storia e della cultura degli individui e che rischiano di forviare i nostri ragionamenti a scapito della neutralità e della logica<sup>7</sup>. Per questo motivo è opportuno continuare a esplorare il ruolo delle emozioni rispetto a diversi ambiti della cognizione.

Com'è ovvio, la questione del ruolo delle emozioni si fa particolarmente rilevante e spinosa allorché i giudizi che il pensiero produce hanno conseguenze sostanziali per quanto concerne le vite delle persone. La decisione giuridica è senz'altro uno di questi ambiti particolarmente rilevanti e spinosi. Volumi quali *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione* di Forza, Menegon e Rumiati<sup>8</sup> e – in modo più parziale – *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello* di Rumiati e Bona<sup>9</sup> forniscono una buona sintesi del modo in cui le scienze cognitive possono contribuire a dirimere la questione del ruolo delle emozioni rispetto al pensiero, nell'ottica di fare chiarezza nello specifico sulla presa di decisione in ambito giuridico. In questo lavoro intendiamo aggiungere alcuni spunti di riflessione a quelli proposti da queste opere che vanno nella medesima direzione, ma che prendono in esame aspetti parzialmente differenti.

In un primo passo del lavoro daremo una definizione generale di emozione con l'intento di mostrare che, qualunque cosa si voglia asserire circa il ruolo delle emozioni rispetto alle capacità cognitive, questo non coinvolge solo le emozioni intese in senso stretto, ma riguarda tutti i fenomeni generalmente qualificati come "affettivi", che occupano uno spazio molto più ampio e variegato delle sole emozioni. In un secondo passo prenderemo in considerazione una condizione subclinica denominata "alessitimia": chi ne soffre è incapace di percepire emozioni vere e proprie, pur avendo una intelligenza normale. L'analisi delle capacità e delle difficoltà cui i soggetti alessitimici vanno incontro ci permetterà di dire qualcosa in più circa il legame fra emozione e cogni-

---

pensiero intuitive cfr. D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and slow*, New York, 2011, prima parte e A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *op. cit.*, pp. 71-78 e pp. 89-92.

<sup>7</sup> Sul ruolo delle emozioni rispetto al ragionamento morale cfr. J. PRINZ, *The emotional construction of morals*, Oxford, 2009.

<sup>8</sup> A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *op. cit.*; R. RUMIATI, C. BONA, *op. cit.*

<sup>9</sup> R. RUMIATI, C. BONA, *op. cit.*

zione e circa il ruolo delle emozioni rispetto alla cognizione. Essa mostrerà infatti come le emozioni siano alla base di competenze sociali che sono fondamentali non solo per la nostra vita quotidiana, ma anche per l'operato di chi giudica e su questa base è chiamato a pronunciare sentenze in ambito giuridico.

## 2. *Emozioni: una definizione e l'estendersi di un problema*

In maniera molto generale, le emozioni possono essere definite *come reazioni affettive a specifici stimoli che sono vissuti come positivi o negativi per l'individuo che li esperisce*. Come afferma, per esempio, Clore:

Un prerequisito affinché si possa avere una emozione è che una situazione sia percepita come positiva oppure come negativa per i propri scopi. Questo vale per ogni emozione; se una reazione non è positiva o negativa non può essere una emozione genuina<sup>10</sup>.

L'emozione è dunque innescata da un vissuto (che può essere inteso alla stregua di una percezione oppure di una cognizione a seconda della teoria delle emozioni che si predilige) che incorpora una conoscenza specifica relativa al fatto che una certa situazione è rilevante per noi in senso positivo oppure negativo. All'interno della teoria delle emozioni questo giudizio di positività o negatività è indicato di solito con il termine *appraisal*<sup>11</sup>. Poiché una situazione può essere positiva o negativa per noi da molti punti di vista, l'*appraisal* è multidimensionale e contempla (quantomeno) aspetti legati al proprio benessere, ai propri scopi, alla propria autostima e alla propria identità. A quest'ultimo aspetto è dovuto il fatto che si possano avere, fra l'altro, emozioni morali inne-

---

<sup>10</sup> G.L. CLORE, *Why emotions require cognition*, in P. EKMAN, R.J. DAVIDSON (a cura di), *The nature of emotion: Fundamental questions*, Oxford, 1994, p. 181.

<sup>11</sup> Gli autori, considerati oggi al pari di "classici" sul tema, da cui prende le mosse la ricerca sull'*appraisal* sono M.B. ARNOLD, *Emotion and personality. Psychological aspects*, Vol. 1, New York, 1960 e R.S. LAZARUS, *Emotion and adaptation*, New York-Oxford, 1991.

scate dal fatto che una situazione è esperita come congruente oppure come difforme rispetto ai valori che costituiscono la nostra identità<sup>12</sup>.

L'*appraisal* descrive l'emozione come reazione a specifici stimoli, ma non dice ancora nulla circa la componente specificatamente affettiva del fenomeno. Nel suo significato generale il termine "affezione" indica il processo che porta a una modificazione di natura contingente subita da un soggetto o da una sostanza, una alterazione del suo stato che, tuttavia, non ne compromette irrimediabilmente la struttura, ossia non ne compromette l'identità, l'identificazione e la re-identificazione generale. Secondo quest'accezione, che trae origine dal lessico della filosofia aristotelica (si pensi alla categoria del *patire*, dal greco antico *pathos*), l'esito di affezioni sono per esempio le percezioni, le sensazioni fisiche, etc. Affezione designa quindi una classe molto ampia di fenomeni, al cui interno si è registrata una delimitazione e una specificazione ulteriore, anch'essa derivante dalla filosofia aristotelica, che designa le modificazioni degli stati della mente (alterazioni subite dalla *psyché*) in relazioni a modificazioni subite dal corpo. In questo senso ristretto, soprattutto nella terminologia filosofica moderna, il termine affetto (dal latino *affectus*) ha preso a designare una sottoclasse specifica di fenomeni, che vengono ad abbracciare il campo semantico dei fenomeni che oggi intendiamo come emotivi, che implicano il manifestarsi di fenomeni psichici accompagnati da modificazioni somatiche

---

<sup>12</sup> Le emozioni morali costituiscono una particolare sottoclasse di emozioni che sono evocate da valori. Diverse correnti di pensiero assegnano a queste emozioni ruoli differenti rispetto alla formazione di decisioni morali. Alcuni intendono le emozioni morali alla stregua di reazioni che seguono immediatamente giudizi morali prodotti attraverso ragionamenti. Questa è la posizione sostenuta, per esempio, da L. KOHLBERG, *Stage and sequence: The cognitive-developmental approach to socialization*, in D.A. GOSLIN (a cura di), *Handbook of socialization theory and research*, Chicago, 1969, pp. 347-480. Altri concepiscono tali emozioni alla stregua di reazioni a intuizioni spontanee e incontrollate, veicolate dalla nostra storia e cultura. Questa è la posizione sostenuta, per esempio, da J. HAIDT, *The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment*, in *Psychological Review*, 108, 4, 2001, pp. 814-834. Altri ancora ritengono che le emozioni morali siano un vero e proprio veicolo delle nostre posizioni morali: ossia che le emozioni precedano le nostre decisioni morali e ne determinino il contenuto. Questa è la posizione sostenuta, per esempio, da J.J. PRINZ, *op. cit.*

concomitanti. Il carattere degli affetti, consiste in modificazioni dello stato di quiete della mente, che hanno carattere improvviso e dotati di forte intensità, sulla determinazione delle cui cause grava una certa oscurità dal punto di vista conoscitivo, cause che possono anche restare del tutto ignote al soggetto. Questa classe di eventi mentali è dotata di gradi di forza diversi, accompagnati dalla presenza da sensazioni di piacere e/o di dolore di intensità variabile, che generano intrusività rispetto al regolare scorrere dei pensieri e delle attività intellettive, con effetti più o meno totalizzanti sulla conduzione razionale della condotta di un individuo (in questo senso, al termine passioni viene generalmente riservato il significato di affetti fortemente perturbanti la condotta, tanto da renderla a volte estranea alla razionalità)<sup>13</sup>.

Sebbene il termine “emozione” possa indicare in generale tutte le forme di reazione affettiva a specifici stimoli vissuti come positivi o negativi per l’individuo, tipicamente esso è utilizzato per qualificare una specifica sottospecie di esse dotate di caratteristiche particolari. Con “emozione” si intende un episodio affettivo che insorge improvvisamente e in modo spontaneo, ha breve durata, si accompagna a cambiamenti corporei e si caratterizza per una sensazione specifica che il soggetto esperisce come piacevole o spiacevole. Le emozioni si accompagnano a espressioni specifiche del corpo, della postura e del volto e inducono specifiche tendenze all’azione. Esse hanno un oggetto intenzionale che possiamo intendere come coincidente con ciò che le ha causate (la mia paura ha per oggetto il borseggiatore che mi sta di fronte, il quale è anche la causa di questa paura)<sup>14</sup>.

Le emozioni così definite si distinguono da altri stati affettivi che – pur essendo per molti aspetti analoghi – non ne condividono tutte le caratteristiche. Le emozioni si distinguono, per esempio, dai sentimenti quali emozioni durature: si pensi per esempio all’amore che un indivi-

---

<sup>13</sup> Per una panoramica storica dell’evoluzione di questo concetto cfr. T. DIXON, *From passions to emotions: The creation of a secular psychological category*, Cambridge, 2003.

<sup>14</sup> Per una sintesi di queste caratteristiche cfr. p.es. J. ELSTER, *Strong feelings. Emotion, addiction and human behavior*, Cambridge, 1999, pp. 26-27 e A. MOORS, *Theories of emotion causation: A review*, in J. DE HOUWER, D. HERMANS (a cura di), *Cognition and emotion. Reviews of current research and theories*, New York, 2010, p. 1.

duo prova per il proprio partner. I sentimenti hanno, come le emozioni, un oggetto che ne è anche la causa (nell'esempio: il partner). Tuttavia, diversamente dalle emozioni, i sentimenti perdurano nel tempo e non danno luogo in maniera continuata a cambiamenti fisici, sensazioni e espressioni facciali e corporee. Essi costituiscono piuttosto una disposizione a provare specifiche emozioni in specifiche circostanze: il sentimento di amore per il proprio partner genera la disposizione all'innescare della corrispondente emozione in determinate circostanze.

Il medesimo carattere disposizionale è condiviso anche da altri stati affettivi quali l'umore e i tratti caratteriali. Una persona che è in una certa condizione umorale (per esempio, arrabbiato) o che ha determinati tratti caratteriali (per esempio, che è propensa alla rabbia) tenderà a provare l'emozione corrispondente a quell'umore (nell'esempio: rabbia) molto più facilmente o molto più spesso rispetto ad altri. L'umore è uno stato più prolungato rispetto a una emozione vera e propria che tuttavia ci accompagna per un tempo definito. Il tratto caratteriale, invece, ci accompagna lungo il corso di una vita. Anche umore e tratti caratteriali possono ritenersi avere un oggetto, quantomeno nel senso che qualcosa li ha originariamente causati o sedimentati (che ne siamo o meno consapevoli), tuttavia questo oggetto è molto meno chiaro, definito e identificabile dell'oggetto proprio delle emozioni vere e proprie. Inoltre tale oggetto è relativamente irrilevante rispetto al decorso di questi stati affettivi, la cui peculiarità è quella di dare una specifica coloritura emotiva a tutto ciò che esperiamo e innescare con grande facilità determinati tipi di emozioni<sup>15</sup>.

Gli stati affettivi descritti poco sopra sono i più noti all'interno sia della letteratura specialistica sia della vita quotidiana; ciò non significa tuttavia che non ve ne siano altri e che questi altri non siano almeno altrettanto importanti nello studio della cognizione. Una classe di stati affettivi che gioca, quantomeno potenzialmente, un ruolo di primo pia-

---

<sup>15</sup> Per una panoramica su questi stati affettivi e sulle differenze che li caratterizzano cfr., a titolo esemplificativo, P. GOLDIE, *The emotions: A philosophical exploration*, Oxford, 2000, cap. 6 e J. PRINZ, *Gut reactions: A perceptual theory of emotion*, Oxford, 2004, cap. 8. Per un'analisi del modo in cui alcuni stati umorali o tratti caratteriali influenzano il ragionamento cfr., a titolo esemplificativo, A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *op. cit.*, pp. 62-69 e 78-86.

no rispetto al ragionamento e al giudizio è data dai cosiddetti *epistemic feelings*, termine che potremmo tradurre come *sensazioni epistemiche*. Supponiamo di ritenere vero che il Presidente della Repubblica sia una persona integerrima: come facciamo a sapere di ritenere vera questa informazione? Da dove ricaviamo l'informazione che questa informazione per noi (dal nostro punto di vista) è vera? Una tradizione di ricerca recente nell'ambito dell'affettività e dell'epistemologia suggerisce che questa informazione sia ricavata da *sensazioni epistemiche specifiche*<sup>16</sup>.

Immaginiamo che qualcuno ipotizzi che il coronavirus sia un'invenzione politica finalizzata a creare il panico globale. Di fronte a una supposizione di questo tipo la maggior parte di noi avrebbe immediatamente una sensazione profonda e pervicace di falsità. Oppure immaginate che qualcuno asserisca che un giorno saremo in grado di curare il cancro. La sensazione che molti avrebbero verso questa congettura è di incertezza. I nostri processi cognitivi e in particolare la valutazione delle informazioni di cui si compongono – questa l'ipotesi sostenuta dai sostenitori degli *epistemic feelings* – non è mai neutrale, ma è accompagnata da sensazioni che ci dicono se ciascun pezzo di informazione che passa sotto la nostra attenzione è (a nostro avviso) certo, incerto, evidente, dubbio, vero, falso, etc. Quando pensiamo, le informazioni di cui consta il nostro pensare sono percepite anche come ovvie, prevedibili, interessanti o, al contrario, come opinabili, sorprendenti, noiose. Oppure ancora queste informazioni sono percepite come familiari o non familiari, come note o ignote, come facili o difficili da comprendere o da usare, come relate o irrelate rispetto ad altre e tanto altro ancora. Questo equivale a dire che il pensiero è accompagnato in ogni suo passo da sensazioni (calde) che lo qualificano da un punto di vista epistemico.

Se le ipotesi circa l'esistenza e la funzione di queste sensazioni sono corrette, allora queste risultano essere essenziali nella valutazione di ciascun processo cognitivo e in particolare nella valutazione tanto di

---

<sup>16</sup> Per una breve panoramica sugli *epistemic feelings* cfr. quantomeno R. DE SOUSA, *Epistemic feelings*, in *Mind Matter*, 7, 2, pp. 139-161; S. ARANGO-MUÑOZ, *The nature of epistemic feelings*, in *Philosophical Psychology*, 27, 2, 2014, pp. 193-221; J. PROUST, *The representational structure of feelings*, in T. METZINGER, J.M. WINDT (a cura di), *Open MIND*, 31(T), Frankfurt am Main, 2015.

intuizioni (veloci), quanto di ragionamenti (lenti). Il fatto che consideriamo una informazione (o una premessa) come evidente (p.es. come evidentemente vera) dipende dai nostri *epistemic feelings*. Lo stesso vale per il fatto di riconoscere un argomento come forte piuttosto che debole o l'esito di una intuizione come certo piuttosto che incerto. Sarebbero inoltre gli *epistemic feelings* a contribuire a informatici, per esempio, che le prove a favore di qualcosa sono schiaccianti o inequivocabili, anziché deboli o incerte oppure che una conclusione cui siamo giunti è inattaccabile oppure, al contrario, opinabile e, anzi, facilmente contestabile. Da questo punto di vista gli *epistemic feelings* risulterebbero fondamentali per ogni forma di pensiero e ragionamento, costituendone la guida e determinandone il corso.

Tipicamente il dibattito circa il ruolo degli affetti rispetto alle ragioni è circoscritto alle emozioni quali episodi per così dire attivi e di breve durata che si danno quali reazioni a situazioni che sono percepite dal soggetto come positive o negative per i propri scopi. Tuttavia, il fatto di discutere il possibile ruolo degli affetti sulla cognizione unicamente in relazione alle emozioni pare ingiustificato visto che le emozioni sono solo una parte dei fenomeni affettivi e visto che ogni genere di fenomeno affettivo genera potenzialmente intrusività rispetto al regolare scorrere dei pensieri e può deviarne il corso. In particolare, se le ipotesi avanzate a riguardo sono fondate, gli *epistemic feelings* quali fenomeni diversi dalle emozioni vere e proprie assumono una importanza essenziale rispetto ad una ricerca ad ampio spettro sul ruolo degli affetti nella cognizione<sup>17</sup>. In generale, ciò che queste considerazioni mettono in evidenza è come ogni riflessione che si voglia proporre circa la funzione (positiva o negativa) che i fenomeni affettivi esercitano sul pensiero degli individui o di gruppi specifici di individui – per esempio, i giudici – deve tenere conto dell'ubiquità, della molteplicità e della pervasività di questi fenomeni che si estendono ben al di là dalla sfera delle sole emozioni.

---

<sup>17</sup> Su questo cfr. S. DELLANTONIO, L. PASTORE, *How can you be sure? Epistemic feelings as a monitoring system for cognitive contents*, in Á. NEPOMUCENO-FERNÁNDEZ, L. MAGNANI, F. SALGUERO-LAMILLAR, C. BARÉS-GÓMEZ, M. FONTAINE (a cura di), *Model-based reasoning in science and technology. Inferential models for logic, language, cognition, and computation*, Cham, Switzerland, 2019, pp. 407-426.

### 3. *Quando non si hanno parole per raccontare e per pensare le emozioni*

Gli studi sul ruolo delle emozioni rispetto al giudizio e alla decisione prendono solitamente in considerazione pazienti con lesioni cerebrali<sup>18</sup> o individui normotipici a cui sono inconsapevolmente indotte specifiche emozioni ed ai quali viene chiesto di svolgere particolari compiti al fine di valutare se e come queste emozioni li influenzino<sup>19</sup>. In questo lavoro noi affronteremo questa questione da un'angolatura diversa, prendendo in considerazione una condizione subclinica denominata "alessitimia".

Il termine "alessitimia" è un neologismo coniato dal greco e indica mancanza di parole per le emozioni (*a-lexis-thymos*)<sup>20</sup>. L'aspetto più noto di questa condizione – da cui deriva il suo nome – è dato dal fatto che le persone che ne soffrono non sono in grado di parlare delle loro emozioni. Questo sintomo non è, tuttavia, dovuto a un deficit linguistico, ma alla incapacità di percepire emozioni. I soggetti alessitimici confondono le emozioni con i cambiamenti corporei che avvengono in corrispondenza di una emozione. Quando proviamo una emozione – per esempio l'innamoramento – nel nostro corpo avvengono una serie di cambiamenti: il cuore batte più forte, la pressione sanguigna aumenta, aumenta la sudorazione, cambia l'espressione facciale, la tensione muscolare, la contrazione viscerale, etc. Persone che non soffrono di alessitimia e che dunque sono capaci di provare emozioni in senso proprio tipicamente usano delle parole metaforiche per descrivere queste sensazioni come "sentire le farfalline nello stomaco", "avere la sensazione di volare" e simile. Gli alessitimici non sono capaci di cogliere la qualità specifica degli stati emotivi e dunque dell'innamoramento, tuttavia avvertono i cambiamenti somatici collegati all'attivazione emotiva. Quindi, quando un alessitimico si trova davanti a qualcuno che provoca in

<sup>18</sup> A questo proposito si pensi, per esempio, a A.R. DAMASIO, *op. cit.*

<sup>19</sup> Per una panoramica cfr. A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *op. cit.*, pp. 44-58 e R. RUMIATI, C. BONA, *op. cit.*, pp. 211-218.

<sup>20</sup> Questa parola è stata coniata e introdotta da P.E. SIFNEOS, *The prevalence of "alexithymic" characteristics in psychosomatic patients*, in *Psychotherapy and Psychosomatics*, 22, 2-6, 1973, pp. 255-262.

lui un interesse amoroso, generalmente (con le dovute differenze individuali) sente il cuore battergli più forte, sente crescere la pressione sanguigna, sente il sudore, la tensione muscolare, la contrazione viscerale, ma non è capace di esperire questi cambiamenti corporei come “amore” e per lo più ne cerca l’origine in qualcosa di fisiologico. Tipicamente finirà col pensare di avere un malore e con il preoccuparsi profondamente per la sua situazione<sup>21</sup>. Un individuo alessitimico tipicamente non sa che emozione prova, ma ha appreso quale emozione dovrebbe provare nella situazione in cui si trova: di fronte, per esempio, a qualcuno che lo insulta non prova rabbia, prova solo uno scombussolamento nel suo corpo, ma sa che dovrebbe provare ciò che altre persone chiamano “rabbia”: come un daltonico sa che una certa gradazione di grigio da lui percepita indica “rosso”, l’alessitimico sa che quello scombussolamento dentro di lui indica ciò che per gli altri è “rabbia”<sup>22</sup>.

L’alessitimia è una condizione particolarmente interessante per studiare innumerevoli questioni. Una di queste è il ruolo che le emozioni svolgono rispetto alla cognizione. Le persone che manifestano tratti alessitimici hanno solitamente capacità cognitive nella norma, oltre che capacità logiche e linguistiche completamente sviluppate<sup>23</sup>. Anzi una caratteristica tipica delle persone affette da alessitimia è quella di superare attraverso le loro capacità logico-razionali alle loro carenze rispetto alla sfera emotiva. Gli individui affetti da alessitimia non percepiscono e non riconoscono correttamente o pienamente le loro emozioni (il loro deficit può essere più o meno grave), dunque spesso non sanno e non concettualizzano quello che provano. Questo deficit non ha conseguenze solamente rispetto alla comprensione che i soggetti hanno di sé stessi, ma comporta anche svariati problemi inerenti più in generale le loro competenze sociali<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Per una panoramica sull’alessitimia in lingua italiana cfr. H. KRYSAL, *Affetto, trauma, alessitimia*, Roma, [1988] 2017 e L. PASTORE, S. DELLANTONIO, *L’identificazione percettiva e la consapevolezza delle emozioni: alessitimia, agnosia e il ruolo delle sensazioni qualitative*, 31, 2, 2019, pp. 315-338.

<sup>22</sup> Il caso di un paziente come questo è riportato da H. KRYSAL, *op. cit.*, p. 309.

<sup>23</sup> In proposito cfr. H. KRYSAL, *op. cit.*

<sup>24</sup> In proposito cfr., a titolo esemplificativo, S. VANHEULE, M. DESMET, R. MEGANCK, R. BOGAERTS, *Alexithymia and interpersonal problems*, in *Journal of Clinical*

Anzitutto, poiché gli alessitimici non comprendono pienamente le emozioni che provano, hanno anche una più generale incapacità di riconoscere e comprendere le emozioni degli altri. Un paziente che soffre di una grave forma di alessitimia può apprendere (razionalmente) che le persone reagiscono in determinati modi alle varie situazioni perché queste ingenerano in loro specifiche emozioni. Dunque possono apprendere a collegare specifiche situazioni e specifiche reazioni, perché sono capaci di fare delle ipotesi circa le possibili emozioni ingenerate da una situazione e circa le possibili reazioni a quelle emozioni. Tuttavia, non avendo mai provato su sé stesso queste emozioni e le corrispondenti reazioni, un alessitimico non ne ha una reale comprensione in prima persona da potere trasferire su altri. Per questa ragione – non potendo immaginare le emozioni e le corrispondenti reazioni nelle diverse situazioni – il tipo di comprensione che avrà degli altri sarà necessariamente impoverita e rigida: dettata da modelli comportamentali appresi associativamente, ma mai sperimentati su sé stessi.

Comprendere gli altri e le loro azioni, riuscire cioè a risalire alle motivazioni e alle emozioni che sono alla base del loro comportamento è essenziale anche al fine di provare empatia, ossia al fine non solo di comprendere gli altri (i loro stati d'animo, pensieri, motivazioni e comportamenti) in senso astratto, ma di riuscire a mettersi nei loro panni e dunque a condividere gli stati d'animo, i pensieri, le motivazioni e i comportamenti dell'altro quantomeno nell'immaginazione, fingendo di vivere quello che l'altro sta vivendo e “ascoltando” introspettivamente cosa noi proveremmo in quella situazione se fossimo l'altro<sup>25</sup>. L'empatia è, inoltre, una condizione necessaria (sebbene non sufficiente) per la simpatia intesa nei termini del dispiacere per la sofferenza dell'altro e della gioia per la felicità dell'altro che può derivare dalla sintonizzazione con i suoi stati.

---

*Psychology*, 63, 1, 2007, pp. 109-117 e S. VANHEULE, J. VANDENBERGEN, P. VERHAEGHE, M. DESMET, *Interpersonal problems in Alexithymia: A study in three primary care groups*, in *Psychology and Psychotherapy: Theory, Research and Practice*, 83, 4, 2010, pp. 351-362.

<sup>25</sup> Una panoramica sull'empatia da questo punto di vista è offerta da K.R. STUEBER, *L'empatia*, Bologna, [2006] 2010.

L'incapacità degli alessitimici di comprendere le emozioni altrui e sintonizzarsi con queste ha ovvie conseguenze anche per quanto concerne le relazioni sociali. L'alessitimico è permanentemente incerto circa la sua corretta comprensione di una dinamica sociale e circa l'adeguatezza dei propri comportamenti. Per questo è costretto a fare riferimento ad altri per orientare il proprio comportamento. Spesso chi ha spiccati tratti alessitimici sviluppa atteggiamenti simbiotici verso qualcuno che funge per lui/lei da guida all'interno delle complesse dinamiche dell'interazione sociale. Dunque, sebbene un soggetto alessitimico non abbia problemi nel ragionamento e nel giudizio razionale, può patire la mancanza di elementi importanti per giudicare e prendere decisioni laddove le informazioni in gioco rispetto a questi giudizi e decisioni concernano emozioni o fattori che da queste dipendono. Se un alessitimico, per esempio, deve operare una scelta, lo farà primariamente sulla base di elementi oggettivi anziché sulla base di emozioni o da fattori che dipendono da emozioni. Il modo stesso in cui un alessitimico comprende gli altri e le situazioni sociali è, come si accennava precedentemente, di carattere teorico e, per così dire, "freddo". Non avendo una conoscenza diretta delle proprie emozioni, una persona con forti tratti alessitimici ragiona sulle situazioni esterne e cerca di inferire i significati e le conseguenze che le situazioni hanno per gli altri a partire da queste situazioni e da ciò che ha appreso (in maniera teorica) sulle emozioni. In questo senso gli alessitimici compensano la loro carenza di consapevolezza emozionale attraverso la razionalità<sup>26</sup>.

Il caso rappresentato dai soggetti alessitimici mette in evidenza alcuni aspetti rilevanti per la discussione circa il ruolo delle emozioni nella cognizione. Anzitutto esso mostra come un deficit (più o meno grave) della consapevolezza emotiva non comporti necessariamente un danno rispetto alle capacità razionali, logiche e di giudizio degli individui. Tuttavia, esso evidenzia anche come le emozioni non siano neppure isolate rispetto alla cognizione e come una percezione carente o incompleta delle emozioni abbia ripercussioni sulle nostre capacità di comprensione delle situazioni sociali e del comportamento altrui. La

---

<sup>26</sup> In proposito cfr. K. MACLAREN, *Emotional disorder and the mind-body problem: a case study of alexithymia*, in *Chiasmi International*, 8, 2006, p. 140.

condizione alessitimica mette in luce come capacità di ragionamento intatte non bastino per garantirci una buona comprensione degli altri e delle situazioni sociali e come anzi l'uso della sola razionalità per la comprensione degli eventi sociali sia causa di severi limiti nella penetrazione delle ragioni e delle motivazioni che sono alla base dei comportamenti delle persone e dunque anche nella previsione relative a comportamenti e motivazioni future.

Un ulteriore aspetto del ruolo delle emozioni rispetto alle cognizioni che può essere analizzato a partire dall'alessitimia concerne la capacità di regolazione emotiva. Chi è affetto da alessitimia ha una consapevolezza carente oppure solo parziale delle proprie emozioni e – di fronte a stimoli emotigeni – avverte cambiamenti corporei, anziché emozioni. Questa incapacità di percepire le emozioni in modo definito – di metterle a fuoco e afferrarle, anche concettualmente – rende a chi ha marcati tratti alessitimici particolarmente difficile applicare strategie di regolazione emotiva che permettano di contenere l'attivazione fisiologica di modo che non sia né eccessivamente intensa né eccessivamente prolungata<sup>27</sup>. La regolazione emotiva è un processo che si basa su strategie di vario genere finalizzato a tenere sotto controllo le emozioni, cioè a vivere le emozioni senza che assumano un ruolo predominante all'interno della cognizione: senza che perdurino per tempi più lunghi di quelli del loro decorso naturale, senza che diventino eccessivamente intrusive rispetto ai nostri pensieri e compromettano, fra l'altro, la nostra attenzione, senza che causino cambiamenti di umore eccessivamente netti o prolungati<sup>28</sup>. Ognuno di noi ha capacità di regolazione emotiva più o meno sviluppate. Il possesso di queste capacità è ciò che ci rende davvero capaci di fruire delle nostre emozioni senza caderne vittima, utilizzando l'informazione affettiva (calda) di cui sono portatrici, ma mantenendo al contempo il controllo su di essa.

Volendo tirare le somme della riflessione condotta si qui, possiamo dire che per comprendere gli altri, le loro motivazioni e, più in generale,

---

<sup>27</sup> A questo proposito cfr. O. LUMINET, G. ZAMARIOLA, *Emotion Knowledge and Emotion Regulation in Alexithymia*, in O. LUMINET, R. BAGBY, G. TAYLOR (a cura di), *Alexithymia: Advances in research, theory, and clinical practice*, Cambridge, 2018, pp. 49-77.

<sup>28</sup> J.J. GROSS, *Handbook of Emotion Regulation*, New York, 2015.

le situazioni sociali e per essere “buoni giudici” del comportamento umano (in senso sia metaforico che concreto) non è né necessario né neppure opportuno astenersi dalle emozioni o estraniarsi rispetto a esse. Al contrario, è indispensabile utilizzarle facendone un buon uso. Di questo buon uso fa parte la capacità di controllarle – ossia di regolarle – al fine di evitare che soverchino le nostre capacità razionali e al fine di poterle anche ponderare con lucidità cosicché siano autenticamente informative.

#### 4. Conclusioni

Le riflessioni proposte in questo lavoro perseguivano due scopi principali. Anzitutto esse erano finalizzate a dare una definizione delle emozioni che mettesse in evidenza come queste descrivano solo un tipo di stati affettivi e come lo studio della relazione fra affetti e cognizione dovrebbe essere allargata sino ad includere anche altre tipologie, ossia altre forme di sensazioni che esercitano (nel bene e nel male) una influenza sulla cognizione. In particolare, è stata sottolineata l'importanza di investigare i cosiddetti *epistemic feelings* che includono una gamma molto ampia di sensazioni legate a stati epistemici diversificati che spaziano dalla verità/falsità e certezza/incertezza di una informazione fino al fatto che si tratta di una informazione interessante oppure ovvia, relativa oppure irrelata rispetto ad altre.

Non solo le emozioni in senso stretto, ma anche questo tipo di sensazioni svolgono un ruolo di primaria importanza rispetto alla cognizione in tutte le sue forme. Tipicamente si ritiene che le emozioni influenzino maggiormente forme di pensiero veloce e intuitivo e in misura minore una forma di ragionamento lenta e riflessiva. Questa differenza fra intuizione e ragionamento si applica solo in parte agli *epistemic feelings*. Infatti, se le ipotesi circa la loro natura sono corrette, gli *epistemic feelings* sono essenziali non solo nella determinazione delle euristiche adottate all'interno di processi intuitivi, ma anche rispetto al pensiero lento poiché sono ciò che stabilisce se per noi una premessa è vera o falsa, certa o incerta e se un argomento è forte e debole e perché.

In secondo luogo, le considerazioni proposte in questo lavoro si sono anche concentrate sulla relazione fra emozioni e competenze sociali (in particolare empatia, capacità di comprendere gli altri e capacità di comprendere situazioni sociali) e hanno inteso mostrare come queste ultime dipendano in maniera pressoché sostanziale dal modo in cui la cognizione umana utilizza l'informazione affettiva. Queste competenze svolgono un ruolo essenziale quando il pensiero ha per oggetto il comportamento di altri esseri umani: le loro azioni, decisioni, motivazioni, etc. È per questo che la migliore valutazione che si possa dare delle azioni altrui è quella di un giudice "emotivo", che deve tuttavia essere in grado di conoscere e riconoscere le proprie emozioni, ossia di regolarle e di guardarle con l'occhio critico della razionalità riflessiva.

### *Bibliografia*

- ARANGO-MUÑOZ S., *The nature of epistemic feelings*, in *Philosophical Psychology*, 27, 2, 2014, pp. 193-211
- ARNOLD M.B., *Emotion and personality. Psychological aspects*, Vol. 1, New York, 1960
- CLORE G.L., *Why emotions require cognition*, in P. EKMAN, R.J. DAVIDSON (a cura di), *The nature of emotion: Fundamental questions*, Oxford, 1994, pp. 181-191
- DAMASIO A.R., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, [1994] 1995
- DE SOUSA R., *Epistemic feelings*, in *Mind Matter*, 7, 2, pp. 139-161
- DELLANTONIO S., PASTORE L., *How can you be sure? Epistemic feelings as a monitoring system for cognitive contents*, in Á. NEPOMUCENO-FERNÁNDEZ, L. MAGNANI, F. SALGUERO-LAMILLAR, C. BARÉS-GÓMEZ, M. FONTAINE (a cura di), *Model-based reasoning in science and technology. Inferential models for logic, language, cognition, and computation*, Cham, Switzerland, 2019, pp. 407-426
- DIXON T., *From passions to emotions: The creation of a secular psychological category*, Cambridge, 2003
- EKMAN P., *Basic emotions*, in T. DALGLEISH, M. POWER (a cura di), *Handbook of cognition and emotion*, Chichester, 1999, pp. 45-60
- EKMAN P., *Emotions revealed: Recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*, New York, 2003

- ELSTER J., *Strong feelings. Emotion, addiction and human behavior*, Cambridge, 1999
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017
- GOLDIE P., *The emotions: A philosophical exploration*, Oxford, 2000
- GROSS J.J., *Handbook of emotion regulation*, New York, 2015
- HAIDT J., *The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment*, in *Psychological Review*, 108, 4, 2001, pp. 814-834
- KAHNEMAN D., *Thinking. Fast and slow*, New York, 2011
- KOHLBERG L., *Stage and sequence: The cognitive-developmental approach to socialization*, in D.A. GOSLIN (a cura di), *Handbook of socialization theory and research*, Chicago, 1969, pp. 347-480
- KRYSTAL H., *Affetto, trauma, alessitimia*, Roma, [1988] 2017
- LAZARUS R.S., *Emotion and adaptation*, New York-Oxford, 1991
- LUMINET O., ZAMARIOLA G., *Emotion knowledge and emotion regulation in alexithymia*, in O. LUMINET, R. BAGBY, G. TAYLOR (a cura di), *Alexithymia: Advances in research, theory, and clinical practice*, Cambridge, 2018, pp. 49-77
- MACLAREN K., *Emotional disorder and the mind-body problem: a case study of alexithymia*, in *Chiasmi International*, 8, 2006, pp. 139-155
- MOORS A., *Theories of emotion causation: A review*, in J. DE HOUWER, D. HERMANS (a cura di), *Cognition and emotion. Reviews of current research and theories*, New York, 2010, pp. 1-37
- PANKSEPP J., *Affective neuroscience: The foundations of human and animal emotions*, New York, 1998
- PASTORE L., DELLANTONIO S., *L'identificazione percettiva e la consapevolezza delle emozioni: alessitimia, agnosia e il ruolo delle sensazioni qualitative*, in *Sistemi Intelligenti*, 31, 2, 2019, pp. 315-338
- PRINZ J., *The emotional construction of morals*, Oxford, 2009
- PRINZ J.J., *Gut reactions: A perceptual theory of emotion*, Oxford, 2004
- PROUST J., *The representational structure of feelings*, in T. METZINGER, J.M. WINDT (a cura di), *Open MIND*, 31(T), Frankfurt am Main, 2015
- RUMIATI R., BONA C., *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019
- SIFNEOS P.E., *The prevalence of "alexithymic" characteristics in psychosomatic patients*, in *Psychotherapy and Psychosomatics*, 22, 2-6, 1973, pp. 255-262
- STUEBER K.R., *L'empatia*, Bologna, [2006] 2010

- THAGARD P., *Hot thought. Mechanisms and applications of emotional cognition*, Cambridge-London, 2006
- TOMKINS S.S., *Affect, imagery and consciousness: Vol. 1*, New York, 1962
- TOMKINS S.S., *Affect, imagery and consciousness: Vol. 2*, New York, 1963
- VANHEULE S., DESMET M., MEGANCK R., BOGAERTS R., *Alexithymia and interpersonal problems*, in *Journal of Clinical Psychology*, 63, 1, 2007, pp. 109-117
- VANHEULE S., VANDENBERGEN J., VERHAEGHE P., DESMET M., *Interpersonal problems in alexithymia: A study in three primary care groups*, in *Psychology and Psychotherapy: Theory, Research and Practice*, 83, 4, 2010, pp. 351-362
- WOTSCHAK C., KLANN-DELIUS G., *Alexithymia and the conceptualization of emotions: A study of language use and semantic knowledge*, in *Journal of Research in Personality*, 47, 5, 2013, pp. 514-523
- ZABOROWSKY R., *Is the control of emotions possible?*, in *History and Philosophy of Psychology*, 14, 1, 2012, pp. 141-170
- ZABOROWSKY R., *On so-called negative emotions*, in *Organon*, 45, 2013, pp. 137-152



## *PROBATIO VS PRAESUMPTIO:* IL RITORNO DEL GIUDICE VENTRILOQUO?

*Francesca Delvecchio*

SOMMARIO: 1. *Le presunzioni legali «nell'epoca dei giudici».* 2. *Preasumptio iuris et de iure e iuris tantum: un preliminare inquadramento dogmatico.* 3. *I modelli presuntivi di accertamento nel processo penale.* 4. *Congegni presuntivi e insicurezza sociale: l'equilibrio ordinamentale è a rischio?*

### *Abstract*

At the present day, the constitutional and conventional model assessment appears less “legicentric” and more open to the contribution (if not to the domain) of jurisprudence, intending to substitute the lack of precision of the legal provisions.

The legislator seems to proceed in the opposite direction, committed to include legal presumptions, almost absolute, that anticipate the judgment on evidence, subtracting it from the freedom of conscience of the judge. The aim is to make the results of the assessment predictable and to make irrelevant the empirical evidences.

Faced with this trend, the scholar is called upon to demonstrate whether, and to what extent, the presumptive device can relate, without completely obscuring it, to the cognitive function from which the criminal trial remains indissolubly inspired. He is also called to verify whether the legal presumptions can alter the institutional balance, justifying (well beyond the threshold of tolerability) the legislator’s invasions in the “forbidden garden” of judicial discretion.

### 1. *Le presunzioni legali «nell'epoca dei giudici»<sup>1</sup>*

Archiviato il tempo delle «norme scolpite nel marmo»<sup>2</sup>, il modello costituzionale e convenzionale d'accertamento contemporaneo appare sempre meno “legicentrico” e sempre più aperto al contributo (se non al dominio) giurisprudenziale, teso a surrogare sul piano interpretativo all'inevitabile *deficit* di determinatezza dei precetti elaborati dai *conditores*.

Ormai disincantati dal mito della legalità formale, ci si affida oggi all'autorità giudiziaria e al suo approccio *case by case* per la tutela dei diritti dei consociati, nella convinzione che quel mero rapporto di identità tra lo schema delineato dalla fonte legislativa e l'atto in apparenza riproduttivo di quello schema sia ormai insufficiente a descrivere i meccanismi dell'epistemologia.

Pur senza tradire il metodo della conoscenza cristallizzato nel codice di rito, da più parti comincia a reclamarsi un vero e proprio dovere conoscitivo del giudice sulla norma, non diversamente da quanto accade nei paesi di *common law*, ove le regole non vengono mai considerate verità definitive, «bensì ipotesi funzionali, continuamente verificate in quei grandi laboratori del diritto che sono le corti di giustizia»<sup>3</sup>.

Va subito detto che non vi è unanimità di vedute circa il significativo ampliamento della funzione creativa della giurisprudenza.

Taluni guardano a questo sviluppo con occhi ottimistici, valorizzando il recupero di quegli spazi di giustizia sostanziale che la norma generale ed astratta inevitabilmente travolge. Quando si prescinde dall'esattezza rigorosa della legge – si è detto – non «è perché non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Quando ci si stacca dalla legge non si fanno dunque delle ‘riduzioni’ della giustizia, ma anzi si trova ciò che è giusto»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss.

<sup>2</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012. La frase citata è nella premessa alla seconda edizione del 1992 ed era riferita al diluvio di riforme normative e di sentenze manipolative che aveva investito il neonato codice di procedura penale.

<sup>3</sup> Così M. SMITH, *Jurisprudence*, New York, 1909, p. 21.

<sup>4</sup> H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2001, pp. 369 ss.

Altri, invece, se ne preoccupano, scorgendo in questa tendenza una degenerazione del diritto, destinata a provocare – sul piano interno al processo – decisioni imprevedibili ad opera di giudici privi di alcuna legittimazione democratica e – sul piano esterno – pericolosi scompensi in punto di separazione dei poteri e democraticità delle scelte di incriminazione.

Pur nell'impossibilità di sintetizzare le posizioni emerse, pare che tutte convergano verso un unico punto di fuga: il «giudice ventriloquo»<sup>5</sup> è una figura mitologica ampiamente abbandonata.

Parallelamente (*rectius*: paradossalmente) rispetto a questo *trend* si è assistito ad una sorta di regresso dell'*ars legiferandi*: ad ogni apertura verso la concretizzazione giurisprudenziale ha fatto seguito, risultandone al contempo causa ed effetto, un trinceramento del sistema penale, irrigidito dall'inserimento di plurimi automatismi legislativi.

Secondo un'efficace definizione, gli automatismi legislativi sarebbero «quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma»<sup>6</sup>.

Da un punto di vista strutturale si può scindere la regola automatica in due elementi: la fattispecie-presupposto, da una parte, e, dall'altra, la conseguenza giuridica ad essa collegata. Se entrambi questi elementi sono configurati dal legislatore in modo così rigido da operare meccanicamente siamo dinanzi ad un automatismo.

È un congegno a base presuntiva: ogni automatismo, infatti, vive un rapporto di sostanziale identità con la presunzione che ingloba e che lo giustifica. In virtù di questo meccanismo, quindi, si assume come valida una massima d'esperienza e la si eleva a premessa maggiore del sillogismo giudiziario.

Da tempo, però, la dottrina più accorta ha evidenziato come l'*id quod plerumque accidit* non possa essere ritenuto un vero e proprio criterio statistico per mezzo del quale indagare scientificamente la realtà sottostante alle scelte legislative, ma si sostanzia semplicemente in un ricorso generico e apodittico a certi dati di comune esperienza che de-

<sup>5</sup> L'incisiva espressione si deve a J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 410.

<sup>6</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 210.

notano la mera *possibilità* che un particolare avvenimento si verifichi con determinate modalità.

Le massime d'esperienza, in altre parole, enunciano solamente una «quasi generalizzazione»<sup>7</sup> spesso smentita nel passaggio dalla categoria generale al fatto specifico. Questi limiti si proiettano sui meccanismi presuntivi, che proprio intorno all'*id quod plerumque accidit* vengono costruiti, ereditandone i *deficit* cognitivi<sup>8</sup>.

Rinviando al proseguo della trattazione per una analisi più approfondita sulle presunzioni, per ora è sufficiente mettere in evidenza come questi meccanismi abbiano l'effetto di sollevare il giudice dall'accertamento dei *merita causae* poiché il fatto da provare è stato accertato con precedenza dal legislatore rispetto a tutti i casi futuri e prescinde da una verifica empirica.

Così, mentre a livello scientifico andava valorizzandosi la discrezionalità giudiziaria come garanzia di giustizia effettuale, parallelamente nelle aule del Parlamento si sperimentavano convulsamente modelli presuntivi collegati alla qualità del reato commesso o a particolari condizioni soggettive, applicati trasversalmente in ciascuna delle fasi dell'accertamento, dal giudizio di cognizione, all'esecuzione, passando per le procedure incidentali.

Si tratta allora di capire innanzitutto se, ed in quale misura, il peculiare valore assegnato al congegno presuntivo in particolari vicende giudiziarie possa rapportarsi, senza oscurarla del tutto, con la funzione cognitiva cui il processo penale rimane inevitabilmente ispirato. Per poi verificare se i moduli semplificati di accertamento e le fenomenologie presuntive riescano a coesistere nel nostro ordinamento senza innescare pericolosi scompensi sul piano dei rapporti fra i poteri dello Stato.

---

<sup>7</sup> L'espressione è di M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 556. Può dirsi ancora valido il tradizionale orientamento secondo cui «[...] le massime d'esperienza devono essere limitate a poche regole fisse e universalmente riconosciute [...] e non possono essere dilatate fino ad identificarsi col giudizio di probabilità, col giudizio cioè fondato sull'*Id quod plerumque accidit*» (G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, p. 164).

<sup>8</sup> Sulle falle di un modello presuntivo di accertamento «arroccato a quei pregiudizi di ordine generale nei quali si sostanzia anche la più ragionevole delle presunzioni» v. E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni e indizi*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, I, Torino, 2008, p. 263.

Il raggiungimento di questi obiettivi passa, però, attraverso un preliminare studio sulla struttura del paradigma presuntivo, che faccia chiarezza dal punto di vista dogmatico su un istituto ancora oggi molto controverso.

## 2. *Presumptio iuris et de iure e iuris tantum: un preliminare inquadramento dogmatico*

Che cos'è una presunzione legale<sup>9</sup>?

Rispondere a questo interrogativo è tutt'altro che agevole.

L'inesistenza di una norma cui ricollegarsi per ricostruire l'istituto nel processo penale orienta la ricerca verso la nozione di presunzione cristallizzata negli artt. 2727 ss. c.c. In diritto civile, come è noto, le presunzioni legali sono disciplinate nel titolo dedicato alle prove; una tassonomia codicistica che inequivocabilmente le colloca all'interno della categoria delle prove, pur con tutte le riserve formulate dalla dottrina in argomento<sup>10</sup>.

Un simile inquadramento, però, già di per sé traballante nel contesto d'origine, appare ancor più instabile ove venga recepito nel processo penale.

Le presunzioni legali, infatti, specie se assolute, non avrebbero «né la struttura né la funzione della prova», integrando piuttosto «un fatto

---

<sup>9</sup> Diamo per acquisita la tradizionale *summa divisio* di età giustiniana fra *praesumptiones iuris* e *praesumptiones hominis* (o *facti*), ossia fra quelle imposte direttamente dalla legge e quelle invece sviluppate spontaneamente dal giudice chiamato a dirimere la causa. Queste ultime non saranno oggetto specifico di questo studio, che si concentrerà sulle sole presunzioni legali.

<sup>10</sup> Pur definite dall'art. 2727 c.c. come procedimenti logico-conoscitivi in base ai quali da un fatto noto si risale ad un fatto ignorato, la dottrina ritiene che le presunzioni legali non possano essere assimilate agli strumenti cognitivi; esse appartengono, piuttosto, al fenomeno della semplificazione analitica della fattispecie oggetto di prova, in virtù della quale la parte è dispensata da qualsiasi obbligo dimostrativo in relazione al fatto presunto. In tema, *ex multis*, V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni* (*dir. proc. civ.*), in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 765 ss.; V. DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 709 ss.; M. TARUFFO, voce *Presunzioni* (*diritto processuale civile*), in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 1 ss.

giuridico materiale, al quale la legge riannoda un dato effetto in considerazione di un altro fatto (fatto presunto) che secondo l'esperienza vi si accompagna»<sup>11</sup>.

Se infatti si considera prova ciò che consente al giudice di rievocare tramite una verifica empirica i fatti del passato onde dimostrare la verità di una proposizione – nozione su cui sostanzialmente converge la dottrina, pur nelle varie formulazioni– non si vede come possa ritenersi sovrapponibile alla presunzione legale, il cui meccanismo riposa su una deduzione dei fatti da provare operata *ex ante* dal legislatore che sottrae al giudice l'oggetto di prova<sup>12</sup>.

In altre parole, se adoperiamo una nozione di prova “soggettiva”, “naturalistica”, è evidente che qualsiasi condizionamento per via normativa alla libera ricostruzione operata dal giudice appare contraddittorio e incompatibile con la premessa: se la prova è uno strumento di convincimento, la legge non può mai imporre una prova, perché un comando non persuade, ma costringe.

È pur vero che prove e presunzioni legali assolute costituiscono la piattaforma gnoseologica del giudice, ma a differenziarle vale il metodo seguito per assumere la decisione, basato non già sulla valutazione delle risultanze fattuali, ma su un'attività meramente ricognitiva di effetti giuridici prestabiliti dal legislatore<sup>13</sup>.

Ciò sancisce l'impossibilità di ricondurre prove e presunzioni ad una categoria unitaria, laddove le prime sono esperienze empiriche che si concludono con un'asserzione di verità che supera il limite del ragionevole dubbio, le seconde, invece, costituiscono semplici pregiudizi normativi che sfuggono alla libera valutazione del giudice.

---

<sup>11</sup> Questa è la nozione proposta da F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 813.

<sup>12</sup> In termini E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1921, pp. 118 ss.

<sup>13</sup> Così, lucidamente, M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 207.

Da questo condivisibile assunto si è giunti a sostenere che le presunzioni legali assolute potrebbero essere ricondotte alla categoria dogmatica delle regole di giudizio<sup>14</sup>.

Questa tesi, che ha il pregio di evidenziare l'irriducibile dualità fra presunzioni e libero convincimento del giudice, può essere accolta solo a condizione di intenderci bene sul significato da attribuire alle regole di giudizio, e al principio di legalità probatoria, più in generale.

Se infatti è vero che nel nostro sistema vige il «principio di legalità della prova»<sup>15</sup>, che rifiuta valutazioni predeterminate, ma comunque richiede che ammissione, acquisizione e possibilità di impiego della prova vengano statuite dal legislatore; allora le regole di giudizio rappresentano proprio quelle norme logiche e giuridiche attraverso cui il principio del libero convincimento del giudice viene incanalato verso la ricerca della verità<sup>16</sup>.

Accogliendo questa ricostruzione, appare difficile accostare le presunzioni legali assolute alle regole di giudizio, poiché esse non si limitano a *guidare* il libero convincimento lungo il sentiero dell'epistemologia tracciato dal legislatore, ma conducono il giudice direttamente alla decisione, bypassando l'accertamento e obbligandolo a compiere un atto dichiarativo delle conseguenze giuridiche previste in astratto dalla legge<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> È la posizione di F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016, p. 55, che comunque conclude per l'inammissibilità di regole di giudizio così rigide in un sistema, quale è il nostro, retto dal libero convincimento.

<sup>15</sup> Su cui diffusamente A. SCALFATI, voce *Prova (sagoma e sistema)*, in ID. (diretto da), *Dig. proc. pen.* online, Torino, 2013, pp. 6 ss.

<sup>16</sup> Per una definizione delle regole di giudizio si rinvia a P. FERRUA, voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, pp. 1 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema v. F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, pp. 644 ss. V. anche M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, *passim*. Pur ravvisando nel «libero convincimento una tecnica di valutazione delle prove», M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 43, precisa però che «nulla ha a che vedere con le regole che concernono i poteri dei soggetti processuali di delimitare l'oggetto del processo e di introdurre o escludere questo o quel mezzo di prova».

<sup>17</sup>Cfr. G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 421. In termini analoghi anche F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1973, p. 40.

Qui non vi è alcun dilemma probatorio da risolvere e la regola di giudizio è in realtà la regola della fattispecie, ossia l'equivalenza che la legge istituisce tra due fatti ai fini processuali-istruttori<sup>18</sup>.

Se allora si vuol parlare delle presunzioni come regole di giudizio, si dovrà necessariamente far riferimento alle "regole di giudicatura" proprie di un sistema a prova legale, che postula regole precostituite per la valutazione di un elemento probatorio, obbligando il giudice ad assegnare un certo significato al dato istruttorio, a prescindere dalle proprie convinzioni al riguardo<sup>19</sup>.

Da questo angolo visuale riesce a scorgersi la vera natura delle presunzioni: «prove legali ad efficacia assoluta»<sup>20</sup> attraverso cui il legislatore riconosce anticipatamente il valore da attribuire ai fatti oggetto dell'accertamento giudiziale.

Evidente, allora, la curvatura anti-cognitiva di simili meccanismi che, ipotizzando la colpevolezza anziché accertarla, finiscono per disconoscere i presupposti basilari del cognitivismo processuale, ossia la verificabilità e la falsificazionabilità dell'ipotesi accusatoria<sup>21</sup>.

A ciò si aggiunga che la prova legale per presunzione, risolvendosi nell'affermazione di un fatto prima e a prescindere dalla prova dello stesso, produce l'inevitabile conseguenza di frustrare il principio dialettico probatorio: le parti perdono il loro diritto alla prova e subiscono

<sup>18</sup> Così F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, pp. 95 ss., il quale precisa che in simili ipotesi «si coglie l'ombra di quell'equivalenza di fatti giuridici, che è uno dei tratti peculiari della prova legale».

<sup>19</sup> Per interessanti riflessioni sul rapporto fra presunzioni e prove legali, in contrapposizione con il canone del libero convincimento del giudice, v. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 81 ss. In tema si rinvia anche a E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 310 ss.; ID., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, ivi, 1974, pp. 377 ss.; M. CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale*, ivi, 1974, pp. 139 ss.

<sup>20</sup> Questa definizione si deve a F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 750. Conf., nel senso che le presunzioni legali assolute costituiscono delle prove legali, S. BORGHESE, voce *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 773; M. FERRAIOLI, voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 307.

<sup>21</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 8.

impotenti gli effetti della presunzione; di qui, un simulacro di contraddittorio in luogo di quello che, autentico, costituisce la vera spina dorsale dell'accertamento<sup>22</sup>.

Guardando, poi, ai meccanismi presuntivi nella prospettiva dell'imputato, ci si avvede subito che questi congegni, rinunciando ad *accertare* la colpevolezza, prestano il fianco ad evidenti dubbi di ordine costituzionale in relazione all'art. 27 Cost.

Questo precetto costituzionale, in uno con quanto stabilito dagli artt. 24 comma 2, 111 comma 3 Cost., 6 comma 1 della Convenzione europea e 14 comma 1 del Patto internazionale, sancisce il diritto dell'accusato alla giurisdizione sulla "fondatezza" dell'accusa e all'acquisizione dei mezzi e/o delle fonti di prova a discarico<sup>23</sup>. I meccanismi presuntivi assoluti appaiono irrimediabilmente distanti da questo paradigma, impedendo all'imputato di fornire prove a discarico che dimostrino la sua innocenza.

Profili di irrazionalità costituzionale sembrano scorgersi anche in relazione al principio di uguaglianza posto che le regole indefettibili, essendo indifferenti nei confronti di disparità potenzialmente rilevanti, sono continuamente esposte al rischio di violazione dell'art. 3 Cost. che, nella sua dimensione negativa, impone di trattare casi diversi in maniera differenziata<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> In questi termini F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 40 e G. FOSCHINI, *op. cit.*, p. 421.

<sup>23</sup> Al "diritto alla prova", nella peculiare prospettiva del diritto di difendersi provando, si riferiscono gli artt. 111 comma 3 Cost., 6 comma 3 lett. *d* della Convenzione europea e 14 comma 3 lett. *e* del Patto internazionale. In tema v. *amplius* G. UBERTIS, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, Milano, 2008, p. 438.

<sup>24</sup> Se le presunzioni assolute – secondo la definizione di F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, p. 30 – forniscono ragioni per agire e per decidere «semplicemente in virtù della loro esistenza in quanto regole, e, pertanto, generano una pressione normativa anche in quei casi in cui le giustificazioni (le *rationes*) ad esse sottese indicano il risultato contrario»; allora – conclude A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4911 – queste regole «fanno necessariamente ingiustizia».

Non solo. La semplificazione cognitiva che questi meccanismi determinano, per quanto possa agevolare le indagini e il successivo accertamento, si traduce in una chiara violazione dell'obbligo di motivazione statuito dagli artt. 13 comma 2 e 111 comma 6 Cost. poiché l'autorità giudiziaria sarà esentata dal difficile compito di dimostrare in concreto gli elementi della fattispecie<sup>25</sup>.

Invero, tutte queste criticità sembrano attenuarsi nel caso delle presunzioni legali relative.

In questi meccanismi, infatti, la sussistenza del fatto presunto, ricavata sulla scorta del fatto indiziante indicato dal legislatore, non è intangibile ma vale solo sino a che non vi sia prova del contrario<sup>26</sup>.

La possibilità di vincere la presunzione, sebbene *ex post*, salverebbe quindi queste figure dai rischi di cortocircuito costituzionale prima evidenziati: non avrebbero quell'inclinazione anti-cognitiva, poiché riescono a spezzare la fissazione formale del fatto sacralizzata dalla legge; non vi sarebbe lesione della presunzione d'innocenza e del diritto di difendersi provando, in ragione della possibilità di fornire una smentita a quanto aprioristicamente la presunzione stabilisce; non vi sarebbe neanche la violazione dell'art. 3 Cost., posto che la generalizzazione sui cui riposa è solo provvisoria e, dunque, la sua sovrainclusività è emendabile sul terreno dell'interpretazione; non sussisterebbe, infine, il *vulnus* al diritto alla motivazione perché il giudice, in presenza di una prova contraria, recupererebbe l'obbligo di motivare circa il grado di persuasività della stessa prova rispetto alla presunzione legale.

---

<sup>25</sup> Elusione inaccettabile, tanto ove si consideri la dimensione oggettiva dell'obbligo di motivazione, intesa come garanzia ordinamentale per un effettivo controllo sulla decisione dell'organo giudicante; quanto nella sua dimensione soggettiva, come declinazione del diritto di difesa dell'imputato *ex art.* 24 comma 2 Cost. che, «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», va garantito «anche attraverso quel controllo dei provvedimenti giudiziari resi nella precedente fase che può realizzarsi solo attraverso una motivazione da “attaccare”, da “contestare”, meglio da criticare per ottenere una differente (e più favorevole) pronuncia». Sul duplice volto dell'obbligo di motivazione v. S. LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 novembre 2018, pp. 1 e 8.

<sup>26</sup> Al riguardo F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 40, che distingue le presunzioni relative dalle «prove legali ad efficacia assoluta», ossia dalle *praesumptiones iuris et de iure*, nella nomenclatura usata da F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 750.

La possibilità di fornire la prova contraria, in definitiva, sembrerebbe colmare quello *spread* fra i meccanismi presuntivi assoluti e il modello di accertamento delineato dalla Carta costituzionale.

Bisogna tuttavia intendersi meglio sul concetto di prova contraria. Nel nostro sistema processuale, infatti, essa è logicamente (ancor prima che giuridicamente) un *posterius* rispetto alla prova diretta che si intende confutare<sup>27</sup>. Ebbene, le presunzioni relative sembrano infrangere questa sequenza, alterando l'ordinario percorso cognitivo del giudice: come può parlarsi di una prova contraria di qualcosa che non è stato mai provato, ma solo supposto?

E pur a voler superare queste difficoltà, sarebbe quantomeno ingenuo ritenere che la formale previsione di un diritto alla controprova sia sufficiente a ricalibrare la curvatura anti-cognitiva e anti-garantista dei meccanismi in questione.

Succede di frequente che una presunzione, etichettata come relativa, nasconda in realtà un meccanismo sostanzialmente assoluto<sup>28</sup>. Ciò accade tutte le volte in cui l'oggetto della controprova o viene eccessivamente dilatato, sino a trasformarsi in un meccanismo di allegazione probatoria diabolico, che ha ad oggetto una prova «negativa indeterminata»<sup>29</sup>, oppure oltremodo ristretto, divenendo una sorta di presunzione «mista o semi-assoluta»<sup>30</sup>.

Se così è, quel barlume di cognitivismo processuale che, per tradizione, si è ritenuto caratterizzare le presunzioni legali relative, si dissolve, mettendo in discussione la stessa arcaica distinzione fra presunzioni assolute e relative.

Queste, quindi, le conclusioni: se la *praesumptio iuris tantum* altro non è che una mal celata *praesumptio iuris et de iure*, allora di questa condivide la natura di prova legale.

---

<sup>27</sup> Per tutti si veda T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, p. 199.

<sup>28</sup> Sull'effetto "dissimulativo" delle presunzioni legali relative v. F. CENTORAME, *op. cit.*, pp. 149 ss.

<sup>29</sup> Così M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 751.

<sup>30</sup> Questa nomenclatura si deve a S. PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 484.

Tutte le presunzioni legali, in altre parole, assegnano una valenza dimostrativa predefinita in via generale ed astratta ad alcuni fatti, sulla scorta di massime d'esperienza, invertendo così le fasi del procedimento probatorio e anteponendo il risultato del processo alle operazioni di verifica giudiziale. A differenziarle, come anticipato, varrà l'intensità dell'effetto coercitivo sul giudice: ad efficacia formalmente assoluta, nei casi di impossibilità della controprova; ad efficacia sostanzialmente assoluta, nelle ipotesi di impraticabilità del diritto alla controprova.

Da questa conclusione scaturisce la naturale conseguenza si ritenere il processo penale impermeabile a *tutte* le presunzioni legali.

### *3. I modelli presuntivi di accertamento nel processo penale*

Nel processo penale, dunque, è vietato presumere, e ciò nonostante il nostro legislatore continua ad inserire modelli presuntivi legati al reato commesso o a particolari condizioni soggettive.

Uno dei settori in cui vi è stata una maggiore audacia nell'utilizzo delle presunzioni legali è stato quello delle misure cautelari e, più nel dettaglio, di quello speciale modulo applicativo della custodia cautelare in carcere per tipologie di delitti, cristallizzato nel comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Come è noto, nella stesura originaria, la custodia cautelare in carcere poteva essere disposta soltanto quando ogni altra misura risultasse inadeguata e l'esclusivo ancoraggio al caso concreto realizzava una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare<sup>31</sup>.

Senonché, con il riacutizzarsi dell'offensiva criminale mafiosa degli anni Novanta, il legislatore aveva rivisto i contenuti di questa previsione, inserendo un lungo elenco di delitti, genericamente riferibili all'associazione mafiosa, al terrorismo e alla criminalità organizzata, per i quali si prevedeva una presunzione assoluta di adeguatezza della custo-

---

<sup>31</sup> Sulla vocazione chiaramente garantista della primigenia volontà del codificatore del 1988 v. G. AMATO, sub *Art. 275*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, p. 43.

dia in carcere, accompagnata da una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari salvo prova contraria<sup>32</sup>.

Di base, la generalizzazione secondo cui l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un radicamento con il contesto territoriale, familiare e sociale di provenienza tale che i *pericula libertatis* possano essere scampati solo attraverso la segregazione carceraria<sup>33</sup>.

Se ciò può rappresentare l'*id quod plerumque accidit* in relazione ai presunti mafiosi<sup>34</sup>, questa stessa copertura statistica non pare invocabile se la custodia carceraria viene estesa a delitti che nulla hanno a che vedere con l'appartenenza ad associazioni criminali. Ed è proprio quanto accaduto all'art. 275 c.p.p., il cui ambito applicativo è stato progressivamente ampliato a colpi di pacchetti sicurezza, sino a ricomprendere fattispecie fra loro eterogenee, accomunate dal solo allarme sociale suscitato<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Come rileva G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1141, la relativizzazione della presunzione è solo apparente; siamo, piuttosto, dinanzi ad un esempio di prova negativa indeterminata (nel significato visto *infra* § 2), che addossa alla difesa «una sorta di *probatio diabolica*». Mentre il pubblico ministero, nel richiedere la custodia cautelare in carcere, coperto com'è dalla presunzione di pericolosità, non dovrà indugiare nel motivare la sua richiesta, che sarà vaga e perlopiù costruita sulla base di formule di stile; di contro, sull'imputato graverà il generico dovere di dimostrare l'assenza di qualsiasi pericolo potenzialmente ricompreso nella fattispecie presuntiva.

<sup>33</sup> V., *ex multis*, Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Cass. pen.*, 2011, p. 146; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, *ivi*, 2011, p. 4251, ove si legge che sono il «dato empirico sociologico», le «peculiari connotazioni» fattuali inglobate nella disciplina, che «forniscono una congrua base statistica alla presunzione considerata». Ed ancora, il sodalizio criminoso di stampo mafioso «sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre [...] una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale».

<sup>34</sup> A tal proposito, in senso critico, si veda l'autorevole posizione di G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo: buttare la chiave o riflettere?*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 19 ottobre 2019. Conf. M. DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 118 ss.; O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 aprile 2012, p. 10.

<sup>35</sup> A seguito dei numerosi innesti emergenziali l'art. 275 comma 3 c.p.p. risultava applicabile non solo ai reati di associazione di tipo mafioso, terroristico ed eversivo, ma anche ad una serie di delitti a sfondo sessuale, all'omicidio volontario, al delitto di se-

Evidente in questa logica l'uso improprio della presunzione di pericolosità, piegata a finalità politico-criminali di repressione anticipata dei fenomeni più preoccupanti.

Sappiamo come sono andate le cose nel mondo delle cautele: durante quello che potrebbe definirsi il “quinquennio demolitorio”, la Corte costituzionale ha fatto cadere una dopo l'altra le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia carceraria, relativizzando il meccanismo<sup>36</sup>; il legislatore ha poi positivizzato questi approdi con la l. 16 aprile 2015, n. 47, introducendo un meccanismo di custodia carceraria “semi-automatico”.

Un percorso verso cui sembrava protesa anche la recente riforma penitenziaria, che intendeva debellare le presunzioni di pericolosità contenute nell'art. 4-*bis* ord. penit.

La norma, come è noto, presume che il condannato per determinati delitti che non abbia collaborato con la giustizia sia, in quanto tale, «in-correggibile»<sup>37</sup>, ossia incompatibile rispetto a un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure esterne al carcere; di qui la preclusione all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative<sup>38</sup>. Il giudice

questo a scopo di estorsione, all'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, al favoreggiamento dell'immigrazione, all'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. e, da ultimo, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

<sup>36</sup> Il riferimento è, in ordine cronologico, a Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., p. 146; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, *ivi*, 2011, p. 3330; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, cit., p. 4251; Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, *ivi*, 2012, p. 1248; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, *ivi*, 2012, p. 2923; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2013; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 625; Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015.

<sup>37</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, 3-4, p. 474.

<sup>38</sup> Su cui L. CARACENI, sub *Art. 4-bis*, in G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Padova, 2019, pp. 38 ss.; E. FARINELLI, sub *Art. 4-bis ord. penit.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, V ed., Milano, 2017, pp. 2125 ss.; A. MARANDOLA, sub *Art. 4-bis*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019,

non dovrà valutare gli eventuali progressi trattamentali poiché la pericolosità del detenuto è stata accertata *ex ante* dal legislatore e rimane indifferente alle evidenze empiriche.

Siamo in presenza di una presunzione formalmente relativa, posto che lo stretto legame fra il mafioso e il contesto d'origine, che giustifica la segregazione muraria, ammette la prova contraria. Non basterà, tuttavia, l'allegazione di una qualsiasi evidenza empirico-fattuale, ma si imporrà una condotta ben precisa, che si assume essere l'unica a dimostrare la volontà di interrompere i contatti con l'associazione criminale<sup>39</sup>, ossia la collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord. penit.<sup>40</sup>.

Anche in questo caso, così come è accaduto nel mondo delle cautele, l'ambito applicativo del meccanismo presuntivo, dapprima circoscritto ai condannati per mafia, è stato con il tempo progressivamente ampliato senza un criterio razionale evidente<sup>41</sup>.

---

pp. 45 ss. In tema si veda anche il contributo monografico di P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, pp. 37 ss.

<sup>39</sup> Configurandosi, per questa via, una presunzione mista o semi-assoluta, nel significato visto *infra* § 2.

<sup>40</sup> La generalizzazione alla base di una simile presunzione è tutt'altro che infallibile. Si pensi ad un condannato che abbia scelto di non collaborare per paura di ritorsioni sui propri familiari o per il rifiuto di rendere dichiarazioni accusatorie nei confronti di stretti congiunti: sono circostanze che si verificano assai di frequente ma che non potranno essere controdedotte. Sulla collaborazione con la giustizia – quale certificazione *per facta concludentia* del distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa – si stagliano ora le recentissime condanne della Corte di Strasburgo (Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 2019, Viola c. Italia(2)) e della Corte costituzionale (Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2019) che, senza alcuna incertezza, hanno ritenuto la (in)compatibilità convenzionale e costituzionale di tale presunzione assoluta.

<sup>41</sup> Nel tempo, e con innesti differenti, sono state aggiunte molte altre fattispecie. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'inserimento dei delitti di riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi, o a tutte le più gravi ipotesi di prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale, o, ancora, al delitto di favoreggiamento all'immigrazione clandestina e, da ultimo, ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione. Per una ricostruzione puntuale si rinvia a L. CARACENI, *op. cit.*, pp. 38 ss.

La Consulta ha tentato di arginare questo processo di graduale espansione, smussando gli angoli vivi del meccanismo, pur senza giungere a rimuoverlo del tutto<sup>42</sup>. Un testimone poi raccolto dalla recente riforma penitenziaria che, nella sua originaria conformazione, intendeva, se non eliminare, quantomeno ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>43</sup>.

Ad un metro dal traguardo, però, c'è stato un brusco *dietrofront*. L'imminente appuntamento elettorale, in uno con un'informazione allarmistica, che prefigurava lo sversamento di mafiosi e terroristi nella società civile, ha inaridito lo slancio riformistico. Ed è così che, formatosi il nuovo esecutivo, sono state subito prese le distanze dal precedente progetto, tacciato come meramente deflativo, a totale discapito della sicurezza della collettività.

La novella è infine entrata in vigore<sup>44</sup> ma si è scelto di rinunciare a qualsiasi opera di sfoltimento delle ipotesi ostative, nel timore (tutt'al-

---

<sup>42</sup> Nel rispetto dell'economia di questo scritto, non è possibile ricostruire la copiosa giurisprudenza costituzionale formatasi in relazione all'art. 4-*bis* ord. penit., sicché si rinvia agli approfonditi lavori di L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, pp. 1 ss.; ID., *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 393 ss.; A. TESAURO, *op. cit.*, p. 4913.

<sup>43</sup> Il primo schema di decreto (A.G. 501) puntava innanzitutto a restringere l'operatività della norma, agendo sul comma 1: l'accesso ai benefici extramurari, salvo i casi di collaborazione con la giustizia, veniva precluso ai condannati per reati di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione, nonché ai detenuti per tutte le altre ipotesi associative già previste, ma limitatamente ai soggetti che avessero rivestito un ruolo apicale in seno al sodalizio.

<sup>44</sup> Il riferimento è al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 e al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. Sulla riforma penitenziaria nel suo complesso si rinvia a P. BRONZO, F. SIRACUSANO, D. VICOLI (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo" carcerario. Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, Torino, 2019; M. COLAMUSSI (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino, 2020; F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2019; F. FIORENTIN, C. FIORIO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

tro che dimostrato) che razionalizzare il meccanismo equivalessse ad abbassare la guardia nel contrasto alla criminalità.

Per l'ennesima volta hanno prevalso le politiche penali repressive ed è così che, parafrasando le parole del presidente della Commissione incaricata di riformare l'ordinamento penitenziario, la parte qualificante della riforma è stata sacrificata sull'altare della certezza della pena<sup>45</sup>.

#### 4. *Congegni presuntivi e insicurezza sociale: l'equilibrio ordinamentale è a rischio?*

Non è questa la sede per analizzare i contenuti (e le omissioni) della riforma penitenziaria; le vicende che hanno condotto alla sua approvazione, però, ben possono essere utilizzate come "mezzo di contrasto" per svelare il vero volto delle presunzioni.

In quella che è stata definita l'«età della giurisdizione»<sup>46</sup>, infatti, si potrebbe essere indotti a credere che la presunzione sia una preziosa arma per riscattare la strategia decisionale basata su regole ad applicazione assoluta e incondizionata, restituendo così al legislatore democratico le scelte di politica criminale e sottraendole al «giudice emotivo»<sup>47</sup>. I meccanismi presuntivi risulterebbero per questa via intimamente connessi al principio di legalità consacrato nell'art. 101 Cost.

Una simile giustificazione, ad un'attenta analisi, mostra tutta la sua fragilità.

La soggezione del giudice alla legge, infatti, non allude affatto ad un rapporto di sostituzione del legislatore al giudice, né indica una cieca ubbidienza alla legge formale, ma solo al "diritto", inteso come «entità

---

<sup>45</sup> Così G. GIOSTRA, F. GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, p. 130.

<sup>46</sup> Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 92.

<sup>47</sup> A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione fra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

estranea, “altra”, se non addirittura contrapposta rispetto a chi deve applicarla»<sup>48</sup>.

Concepire la legalità processuale come una possibilità di surrogazione del legislatore al giudice ed aprire così un varco all’ingresso di presunzioni legali, non solo è operazione ermeneutica scorretta, ma foriera di minare alle basi lo Stato di diritto, costruito attorno al principio di separazione dei poteri.

Lungi dal voler garantire i consociati dall’estro dei giudici attraverso una legislazione chiara e precisa, la tecnica legislativa ormai in auge, in realtà, non fa altro che indugiare in una casistica esasperata, nel disperato inseguimento dell’ultimo eclatante episodio criminoso di risonanza mediatica.

Ad ogni allarme sociale (pedofilia, stupefacenti, sequestri di persona, furti in appartamento, immigrazione clandestina, terrorismo, corruzione, etc.) segue un intervento securitario uguale e contrario, sempre nel segno di quel «diritto penale massimo»<sup>49</sup> che non solo tranquillizza l’opinione pubblica “a costo zero”, ma ne conquista il consenso in termini elettorali.

Questo modo di legiferare si allontana dagli ideali giuspositivistici, assumendo il volto molto più moderno della deriva securitaria verso cui muove il sistema penale.

A confermarlo è proprio il tracollo della riforma penitenziaria, che svela l’aspetto più preoccupante del congegno presuntivo, ovvero la sua speciale *vis attractiva*: una volta introdotto nell’ordinamento, non solo si espande in modo quasi incontrollato in occasione di ogni allarme sociale, ma acquista una particolare forza di resistenza alla sua rimozione perché ogni intervento viene percepito dall’opinione pubblica come un arretramento della risposta punitiva<sup>50</sup>.

L’irrigidimento del sistema diviene così l’antidoto all’insicurezza sociale, giustificando, anzi, reclamando invasioni di campo da parte del

---

<sup>48</sup> Limpidamente M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 650.

<sup>49</sup> La celebre espressione si deve a L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 80.

<sup>50</sup> Cfr. G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, pp. 123 ss.

legislatore nell'area costituzionalmente inviolabile della discrezionalità giudiziaria, con buona pace dell'equilibrio ordinamentale.

Dinanzi ad un quadro così preoccupante, quali prospettive si schiudono?

Sul fronte legislativo ben poche. La rinuncia ad una modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. è sintomatica di un indirizzo di politica criminale più ampio, che non vuole cedere spazi all'autorità giudiziaria in nome di quell'abusato ritornello della certezza del diritto. Si pensi, per rimanere in tema, alla c.d. legge spazzacorrotti (l. 9 gennaio 2019, n. 3), che ha esteso il divieto di concessione di benefici anche ai condannati per alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Non rimane allora che seguire la tecnica dei velisti – secondo un'affascinante metafora – che, «quando soffia un vento avverso rispetto al traguardo da raggiungere procedono di bolina, cioè bordeggiano per avvicinarsi zigzagando alla mèta»<sup>51</sup>. Allo stesso modo per debellare le presunzioni legali dal sistema dobbiamo affidarci alla cauta ma inesorabile strategia messa in campo dalla Corte costituzionale affinché, attraverso la delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione, non solo liberi i giudici comuni dal vincolo di stretta fedeltà alla fattispecie presuntiva, ma soprattutto riporti in asse il sistema, anacronisticamente sbilanciato a favore dell'autorità della legge nell'epoca dell'umanesimo della discrezionalità giudiziaria.

### *Bibliografia*

- AMATO G., sub *Art. 275*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973
- AMODIO E., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974
- ANDRIOLI V., voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966

---

<sup>51</sup> Così G. GIOSTRA, F. GIANFILIPPI, *op. cit.*, p. 131.

- BORGHESE S., voce *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966
- BRONZO P., SIRACUSANO F., VICOLI D. (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo “garantismo” carcerario. Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, Torino, 2019
- CAPPELLETTI M., *Ritorno al sistema della prova legale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974
- CARACENI L., sub *Art. 4-bis*, in G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Padova, 2019
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936
- CATALANO M., *Prove, presunzioni e indizi*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, I, Torino, 2008
- CENTORAME F., *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016
- COLAMUSSI M. (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino, 2020
- CORDERO F., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959
- CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1973
- CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010
- DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009
- DAWSON J.P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968
- DENTI V., *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992
- DINACCI F.R., voce *Regole di giudizio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014
- FARINELLI E., sub *Art. 4-bis ord. penit.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, V ed., Milano, 2017
- FERRAIOLI M., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989
- FERRAIOLI M., voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- FERRUA P., voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011
- FIANDACA G., *Ergastolo ostativo: buttare la chiave o riflettere?*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2019. Conf. M. DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016

- FIorentin F., *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2019
- FIORIO C., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019
- FLORIAN E., *Delle prove penali*, I, Milano, 1921
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione fra ragione ed emozione*, Bologna, 2017
- FOSCHINI G., *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano, 1965
- GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Milano, 2001
- GIOSTRA G., GIANFILIPPI F., *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest. giust.*, 2018
- ILLUMINATI G., *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015
- INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012
- LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2018
- MARANDOLA A., sub Art. 4-bis, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019
- MAZZA O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2012
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974
- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995
- PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015
- PACE L., *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017
- PATTI S., *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001
- RAFARACI T., *La prova contraria*, Torino, 2004
- SCALFATI A., voce *Prova (sagoma e sistema)*, in ID. (diretto da), *Dig. proc. pen. online*, Torino, 2013
- SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000
- SMITH M., *Jurisprudence*, New York, 1909
- TARUFFO M., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009

- TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970
- TARUFFO M., Voce *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991
- TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012
- UBERTIS G., voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, Milano, 2008
- VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. pen. crim.*, 1982
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012

# IL GIUDICE EMOTIVO

## NOTE PER UNA LETTURA INTERDISCIPLINARE

*Flora Di Donato*

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Il contributo all'affettive turn*. 3. *La de-americanizzazione del dibattito*. 4. *Emozioni ed errori*. 5. *Il ruolo della narrazione nella formazione del giurista*.

### *Abstract*

This contribution is a review of the book *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione* by Antonio Forza, Giulia Menegon and Rino Rumiati (2019) discussed within a round table hosted by the GTR 2019. The book is an important contribution for the scientific debate as it emphasises the positive role of emotions in knowing and in judging. In so doing, it becomes part of a current trends on law and emotions and more in general of the affective turn as part of a contemporary effort to break down stereotypes about the division between reason/logic and emotion. Thanks to Damasio or Martha Nussbaum's achievements, we are aware about the positive role of emotions in judging. Emotions are propulsive forces, they have an epistemic role: they drive knowledge. To that extent, interdisciplinary legal education (mixing law, social sciences and narrative studies) could be a valuable tool for judges in order to prepare them for the performance of justice. They should be most aware of cognitive mechanisms, better trained in social interactions as indeed emotions arises in social relations. In fact, if the judge is an isolated man in his library (the Langdell model) this could be a real problem.

## 1. Introduzione

Il mio graditissimo benché non semplice compito, nell'ambito delle *Giornate tridentine di retorica*, edizione 2019, è stato quello di commentare il volume di Antonio Forza, Giulia Menegon e Rino Rumiati (2017) – *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione* – partecipando ad una tavola rotonda che ha visto protagonisti, oltre a due degli autori (il prof. Rumiati e l'avv. Forza), anche il prof. Gaetano Insolera, esperto penalista presso l'Università di Bologna. Di questa graditissima opportunità desidero ringraziare, ancora una volta, i colleghi, professori Maurizio Manzin e Federico Puppo e la collega, dottoressa Serena Tomasi.

È stato un vivo piacere leggere e commentare il volume che traduce in maniera densa e con scrittura leggera tutta l'esperienza degli Autori, di estrazioni disciplinari differenti: diritto, da un lato e scienze psicologiche e cognitive, dall'altro. A sottolinearne il valore è Francesco Mauro Iacoviello, autore della post-fazione che definisce il libro «agile, denso, intrigante come un romanzo dal finale non scontato. Esso ci dà alcune conferme e ci apre orizzonti nuovi» (p. 218 de *Il giudice emotivo*).

La prima conferma e rassicurazione che il testo ci trasmette è che, al di là del fondamento razionale della decisione – vero o presunto che sia – il magistrato è un uomo che giudica altri uomini e come tale è orientato nel suo lavoro, da emozioni, come parti costitutive o propulsive del suo ragionamento (p. 16 ss. de *Il giudice emotivo*). Mi sembra allora che grazie a questo volume si possa salutare con serenità un nuovo sillogismo: gli uomini sono dotati di ragione ed emozione, il giudice è un uomo e l'emozione è una componente del suo ragionamento. Questa componente emotiva è analizzata dagli Autori nelle sue connotazioni positive e negative. Quelle che Ennio Amodio definisce, nella prefazione a sua firma, come «emotività devianti» ed «emotività virtuose» (p. 12 de *Il giudice emotivo*).

In generale, mi sento di affermare che questo volume contribuisce alla c.d. *affective turn* almeno in un duplice senso:

- valorizzando e riconoscendo la sfera affettiva come componente della dimensione cognitiva e dunque parte integrante del processo decisionale
- mettendo in guardia dai possibili errori e *biases* cui la componente affettiva può indurre nella presa di decisione.

Seguendo questa duplice traiettoria, proporrò alcuni commenti al volume muovendomi sul terreno della sociologia del diritto e più in generale delle *humanities*.

## 2. *Il contributo all'affective turn*

Rispetto al primo significato sopra evocato, vale a dire l'importanza di riconoscere la sfera affettiva come componente necessaria ed utile del ragionamento cognitivo e più in generale del processo decisionale, questo testo fornisce un contributo importante perché, come scrivevo prima tra le righe, esso prova a smantellare un tabù, uno stereotipo, una pretesa, quella che il magistrato sia obiettivo e imparziale – non solo per le caratteristiche intrinseche che la sua funzione gli attribuisce – ma per la pretesa razionalista, a lungo dominante, che egli sia immune da emozioni, personalismi, soggettivismi e probabilmente isolato dal contesto. Una specie di «cerveau sans émotions» – per dirla con certi allievi di Piaget, che criticavano il modello de «l'enfant épistémique» che il loro maestro andava descrivendo<sup>1</sup>.

Oggi, grazie all'*interpretative turn*, grazie al culturalismo, ed alle rivoluzioni epistemologiche degli anni 1960-1970, sappiamo che l'oggettività – sempre che essa sia il parametro di riferimento adeguato al processo – è il frutto del lavoro di scoperta dell'inquirente e non uno stato di fatto definito *a priori*<sup>2</sup>. È quanto dimostrano, per esempio, Latour e Woolgar, nel loro volume *Laboratory Life*, analizzando il lavoro che gli scienziati fanno per dimostrare la scientificità della scoperta, ascriven-

---

<sup>1</sup> Fui colpita da quest'espressione impiegata da Anne-Nelly Perret-Clermont, allieva di punta della scuola piagetiana, nel corso di psicologia che ebbi il piacere di seguire presso l'Università di Neuchâtel, nella primavera del 2002.

<sup>2</sup> Si veda su questo punto A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du "droit en situation"*, Zurich, 2006.

dola ad una determinata categoria di fatti, attraverso un lavoro di citazione di articoli che riguardano scoperte simili, proprio come fanno i magistrati per ascrivere i fatti del caso ad una fattispecie astratta richiamando casi analoghi<sup>3</sup>.

Ebbene, il giudice – come lo scienziato –, nel suo lavoro di scoperta, si avvale ragionevolmente di una logica induttiva, basata sulle osservazioni ma pur sempre guidata dall'intuizione che permette di connettere azioni, luoghi e personaggi, sempre che non si tratti di «causalità illusoria» (p. 76 de *Il giudice emotivo*). L'intuizione è mossa, a sua volta, dal bagaglio di conoscenze, categorie, valori che ciascuno possiede. La ricchezza e la diversità di queste variabili fanno sì che le decisioni siano potenzialmente diverse a seconda di chi sia il giudice – un uomo in carne ed ossa, calato in un contesto, *super partes* per definizione, ma il cui operato non è astratto.

«Prima del diritto c'è la realtà», scrive ancora Iacoviello nella postfazione (p. 218 de *Il giudice emotivo*). Un giudice equo non può non tener conto della realtà, del contesto che lo circonda. Perché dovremmo sorprenderci se nel caso di Noemi<sup>4</sup>, la bambina napoletana ferita per errore da un killer della camorra, circa un anno fa, gli inquirenti abbiano agito con rapidità catturando immediatamente il reo, rendendo giustizia alla bimba, alla famiglia ed alla morale sociale che giudicava indegno il misfatto? Vuol dire che ci sono fatti che, a torto o a ragione, colpiscono più di altri diversificando anche le reazioni degli inquirenti, inasprendo la pena se occorre. È una constatazione che Lanza (giudice di merito e legittimità), citato dagli autori a p. 74 de *Il giudice emotivo*, esprime in questi termini:

il senso di disprezzo e di disgusto che può determinare un fatto illecito grave, obiettivamente rivoltante, è sicuramente – *ceteris paribus* – un motivo di rafforzamento degli sforzi nella ricerca della responsabilità dell'autore [...].

---

<sup>3</sup> Si tratta del volume B. LATOUR, S. WOOLGAR, *Laboratory Life*, Beverly Hills, 1979.

<sup>4</sup> [https://napoli.repubblica.it/cronaca/2019/05/20/news/sparatoria\\_a\\_napoli\\_sciolta\\_la\\_prognosi\\_per\\_la\\_piccola\\_noemi-226730260/](https://napoli.repubblica.it/cronaca/2019/05/20/news/sparatoria_a_napoli_sciolta_la_prognosi_per_la_piccola_noemi-226730260/).

Ed ancora, il giudicante – scrive Lanza – «reagisce in modo cosciente di fronte alla gravità dell'imputazione, alla qualità dell'imputato o della vittima, all'interesse dei media sui risultati del processo» (*ibid.*).

Le emozioni suscitate dalla vicenda umana non riguardano solo gli organi inquirenti ma colpiscono anche i magistrati di Cassazione (p. 88 de *Il giudice emotivo*). Forse perché, ipotizzano gli Autori, la distanza dai fatti cede maggior spazio alle emozioni ed alla compassione. Questo spiega perché molte volte abbiamo l'impressione che la Cassazione intervenga a mettere ordine nella soluzione di casi, laddove in primo o secondo grado, si è fatta confusione non solo nell'analizzare i fatti ma anche talora nell'interpretare le norme.

«Le emozioni ci predispongono alle azioni», scrivono ancora gli Autori (p. 58 de *Il giudice emotivo*). Le emozioni sono «parte costitutiva del ragionamento etico», scrive Nussbaum – tra le principali artefici della c.d. svolta affettiva – nel volume *L'intelligenza delle emozioni* (2009):

Invece di vedere la moralità come un sistema di principi che può essere colto dal freddo intelletto, e le emozioni come le motivazioni che favoriscono e sovvertono la nostra decisione [...] dovremmo considerarle come parte costitutiva del ragionamento etico (p. 18).

Ed ancora:

Se pensiamo alle emozioni come a elementi essenziali dell'intelligenza umana [...], ciò ci fornirà ragioni particolarmente forti per promuovere le condizioni del benessere emotivo in una cultura politica: perché [...] senza lo sviluppo emotivo, una parte della nostra capacità di ragionare come creature politiche risulterà mancante (p. 20).

Lasciando da parte le emozioni – guida e sovvertimento dei nostri processi decisionali – ignoreremmo dunque una parte rilevante del pensiero etico. Sia la Nussbaum che gli autori, richiamano le ricerche ben note di Damasio (2005) che ha provato a dimostrare come la pretesa distinzione cartesiana emozione/ragione sia fuorviante. Le emozioni sono forme di consapevolezza intelligente. Esse non contaminano il pensiero razionale come aveva affermato Cartesio (e ancora prima Platone) ma assolvono ad una funzione cognitiva insostituibile: «I sentimenti, insieme con le emozioni da cui provengono, non sono un lusso:

essi servono come guide interne, ci aiutano a comunicare agli altri significati che possono guidare anche loro [...]» (Damasio, 2005, pp. 22-23, cit. p. 46 de *Il giudice emotivo*). In questo senso le emozioni possono avere un ruolo epistemico fondamentale perché ci guidano nella conoscenza.

Che le emozioni svolgano un ruolo di guida cognitiva lo afferma anche David Sander che dirige il Centro interfacoltà di *scienze affettive* presso l'università di Ginevra, prodotto dal polo di ricerca nazionale dal titolo «Le emozioni nel comportamento individuale e i processi sociali»<sup>5</sup>. In una intervista rilasciata per la rivista *Horizons* edita dal Fondo Nazionale Svizzero della Ricerca Scientifica, nel 2019, Sanders dice: «Oggi sappiamo che delle zone del cervello riservate a delle funzioni cognitive superiori sono fortemente influenzate dalle emozioni»<sup>6</sup>, il che è positivo perché le emozioni supportano la presa di decisione. Si tratta di un riconoscimento importante dal momento che proviene da un Paese quale la Svizzera, dove domina un certo orientamento positivista e cognitivista, a dispetto delle *affective* e *cultural turns*.

Il problema tuttavia, fanno notare Forza, Menegon e Rumiati, non sta a valle ma a monte della presa di decisione, in quelle dinamiche psicologiche – cognitive, relazionali e sistemiche – che hanno a che fare con il «come la sentenza si fa» (p. 32 de *Il giudice emotivo*). A quest'ultima categoria si ascrive la ricerca degli autori, che si differenzia dalla maggior parte degli studi esistenti in materia che hanno a che fare con il «come la sentenza è fatta». In questo senso, il loro lavoro non è di tipo prescrittivo né tende ad un modello ideale ma apre a delle piste di ragionamento alternative, allargando il dibattito alle neuroscienze, alla psicologia cognitiva, agli studi sulle narrazioni, auspicando che alcuni degli aspetti esaminati – parte del corredo decisionale del giudice – vengano presi in conto nella formazione del magistrato (p. 32 *Il giudice emotivo*).

---

<sup>5</sup> <https://www.unige.ch/cisa/>.

<sup>6</sup> [https://www.revue-horizons.ch/wp-content/uploads/sites/2/2019/03/Horizons\\_120\\_F-1.pdf](https://www.revue-horizons.ch/wp-content/uploads/sites/2/2019/03/Horizons_120_F-1.pdf): vedi le pp. 13-14.

### 3. La de-americanizzazione del dibattito

Un altro aspetto che mi preme mettere in luce di questo lavoro è che gli autori contribuiscono, probabilmente per scelta, a *de-americanizzare* il dibattito. In generale, gli studi sul funzionamento delle Corti e sulla presa di decisione sono di matrice americana. A parte gli studi pionieristici di Jerome Frank (1949) sul c.d. *fact-skepticism* e l'irrazionalità delle decisioni, vorrei ricordare le indagini sull'etnografia del discorso legale di Conley & O' Barr (1990); gli studi sullo *storytelling* nei procedimenti penali di Pennington & Hastie (1991)<sup>7</sup> (citati appunto dagli autori); gli studi più recente di Berger e Stanchi (2018)<sup>8</sup> su retorica e *storytelling*, etc.

Forza, Menegon e Rumiati, oltre a considerare molte di queste ricerche, riportano alla luce anche lavori di studiosi italiani, come quelli di Altavilla (1948)<sup>9</sup>, uno dei padri fondatori della psicologia giuridica che già nella prima parte del secolo scorso riconosceva uno spazio importante ai «fattori soggettivi» nel processo formativo del convincimento del giudice (p. 32 de *Il giudice emotivo*); oppure di Cavallo che definiva la «motivazione come una razionalizzazione a posteriori dell'atto di intuizione nel quale egli vedeva l'essenza della decisione» (1936, cit. p. 33 de *Il giudice emotivo*)<sup>10</sup>.

Intuizioni e concezioni queste che ritroviamo enfatizzate, più o meno nello stesso periodo, nello scetticismo di Frank (op. cit.: pp. 23-24), per il quale i fatti sono *guesses* (indovinati) o comunque “made” (fatti)<sup>11</sup>, sulla base di testimonianze che rischiano di essere “fallibili” (perché i testimoni potrebbero non aver visto o udito bene o potrebbero ricordare male, etc.). Le conclusioni dei giudici sarebbero unicamente il risultato di fattori psicologici, morali, politici ed economici (citato a p. 123 de *Il giudice emotivo*). Ebbene, senza abbracciare *de plano* con-

---

<sup>7</sup> N. PENNINGTON, R. HASTIE, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 519-557.

<sup>8</sup> L. BERGER, K.M. STANCHI, *Legal Persuasion. A Rhetorical Approach to the Science*, London-New York, 2018.

<sup>9</sup> E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, III ed., Torino, 1948.

<sup>10</sup> V. CAVALLO, *La sentenza penale*, Napoli, 1936.

<sup>11</sup> J. FRANK, *op. cit.*, pp. 23-24.

cezioni estreme alla Frank, questo libro ci invita a considerare che «variabili estranee alle questioni tecnico-giuridiche possono influenzare il processo decisorio anche in giudici professionali di lunga esperienza» (ibid., p. 126).

Infine, pur riconoscendo il giusto valore al principio del c.d. libero convincimento del giudice, gli Autori puntualizzano l'obbligo giuridico oltre che la necessità che vengano argomentate le scelte giudiziarie attraverso un percorso credibile e plausibile non solo per i destinatari della decisione ma per la collettività in generale: «Fatto e diritto – scrivono gli autori – devono trovare il loro punto di incontro nella struttura logica della decisione che dovrà poi essere esplicitata nella motivazione» (ibid. p. 31). Qui gioca un ruolo importante l'argomentazione: è nell'argomentazione ragionevole che risiedono le premesse per una legittimazione interna ed esterna dell'operato del giudice (Abignente, 2017). Ciò che gli Autori definiscono anche come «razionalità argomentativa» (p. 22 de *Il giudice emotivo*).

#### 4. *Emozioni ed errori*

Vengo dunque alla seconda parte della mia analisi ed al secondo significato evocato in partenza, circa i possibili errori cui la componente affettiva può indurre nella presa di decisione. Forza, Menegon e Rumia ti mettono in guardia dalle ingenuità cui ci possono indurre le nostre emozioni, dal rischio di fare della psicologia c.d. ingenua, emettendo giudizi, deduzioni, interpretazioni, per esempio, del comportamento di chi sta accanto a noi, sulla base del suo aspetto fisico, estetico. Trattasi di giudizi tendenzialmente appoggiati alla nostra esperienza e alla nostra quotidiana attitudine all'interpretazione non sempre fondata su competenze in senso stretto (p. 93 ss. de *Il giudice emotivo*). Secondo gli Autori, rientrano in questo ambito le c.d. massime di esperienza che vanno pur sempre adeguate a conoscenze scientifiche.

Non va poi di certo sottovalutato il ruolo delle *categorie* (non solo sociali ma anche giuridiche) che – come insegnano Amsterdam & Bruner (2000) – assolvono ad una funzione oltre che pratica anche di economia mentale perché ci permettono di descrivere la realtà senza dover

evocare ogni volta informazioni rilevanti (p. 109 de *Il giudice emotivo*). Pensate alla categoria di “elettore” oppure di “persona maggiore di età” che ci consentono di individuare immediatamente chi è titolare o meno di certi diritti tagliando fuori informazioni superflue. Vero è che talora le categorie rendono difficile l’inclusione: pensiamo alle categorie di straniero/cittadino, per esempio<sup>12</sup>.

Insomma il rischio di adottare scorciatoie mentali esiste. Gli Autori ci mettono in guardia dalla c.d. *tunnel vision* (p. 141 ss., p. 147 de *Il giudice emotivo*) che canalizza immediatamente l’attenzione del giudice verso un’ipotesi che magari si rivela poi non corretta, escludendone altre e facendoci saltare a delle conclusioni non giuste ma giustificate *ex post*, come accade specialmente nel processo penale, dove giocano un ruolo fondamentale le indagini nelle prime fasi investigative. Lo sappiamo da casi di cronaca, come l’omicidio di Meredith Kercher, la strage di Elba, il delitto di Cogne e per finire il caso Tortora, dove il pubblico ministero aveva fondato l’accusa sulle dichiarazioni di pentiti, poi rivelatesi infondate. Si trattava di processi mediatici, dove l’influenza dell’opinione pubblica ha probabilmente avuto un impatto sullo svolgimento del processo stesso.

Nel trattare tutte queste tematiche differenti, questo libro ci mette in guardia da alcuni dei rischi che sono collegati alla presa di decisione (per esempio l’eccessiva fiducia nella propria esperienza di magistrato) invitando il lettore ad una presa di coscienza ed insistendo sull’importanza di una formazione del giudice che miri all’acquisizione di consapevolezza che vanno al di là dei tecnicismi giuridici. Competenze che riguardano il modo di funzionare della mente umana, i meccanismi cognitivi ed emotivi che concorrono consapevolmente ed inconsapevolmente alla presa di decisione, come il modo di funzionare della memoria, l’immagazzinamento dei dati, etc. (p. 18 de *Il giudice emotivo*).

---

<sup>12</sup> Sul punto rinvio alle critiche di L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017.

### 5. Il ruolo della narrazione nella formazione del giurista

Mi avvio alla conclusione di questa breve analisi soffermandomi sul tema della formazione del giurista e collegandolo all'ultimo capitolo del volume – *Decidere per storie* – dedicato al tema della narrazione nel processo. Colgo l'occasione per fare delle precisazioni, nel tentativo di sgombrare il campo da qualche stereotipo che pure circola su questa tematica.

Il processo è celebrazione, è rappresentazione, scrivono gli Autori: nella rappresentazione, a seconda del tipo di processo (civile/penale), gli attori svolgono diversi ruoli. La messa in forma della realtà nel processo prende la forma di narrazioni, linguistiche o anche visive<sup>13</sup>. Che i fatti, la realtà si *ri-costruiscano* nel processo è ormai un dato acclarato. Neanche i più scettici o i realisti più ingenui credo osino mettere in discussione questa acquisizione che poggia su teorie costruttiviste di varia estrazione disciplinare. Il processo può solo «tendere alla verità» – come ideale regolativo – per dirla con Taruffo (2009). Esistono una serie di artifici e rituali (presunzioni, prescrizioni) che fanno da filtro facendo sì che la *ri-costruzione* dei fatti sia canalizzata, costretta, orientata (Ferrari, 2008). Il giudice decide, nella maggior parte dei casi, su frammenti di realtà, selezionati, *ri-costruiti* e modellati dalle parti nelle varie fasi del giudizio (Di Donato, 2008, 2020).

La «narrazione non è innocente» (Bruner, 2002): l'autore di un racconto ha sempre una finalità performativa, a maggior ragione in un contesto come quello processuale dove l'obiettivo è mostrare la fondatezza delle proprie ragioni e sconfiggere l'altra parte. Lo avevano intuito Pennington e Hastie (1991) ipotizzando che i giurati nel formulare un verdetto seguono lo *story model*, interpretando i fatti e mettendo in relazione causali dati a disposizione, dando un ordine ai fatti (p. 199 de *Il giudice emotivo*).

---

<sup>13</sup> Esistono degli studi interessanti di Richard Sherwin su come i video, i filmati, le immagini vengano impiegati per costruire i fatti, persuadere i giudici, i giurati ovviamente con i limiti imposti dal singolo sistema processuale. Si veda, per esempio, R. SHERWIN, *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque: Arabesques and Entanglements*, London-New York, 2011.

«Vince la narrazione migliore?»<sup>14</sup>. Sì, quella più coerente, più credibile e verosimile oltre che più probabile, perché appoggiata su dati probatori che – per dirla con Taruffo (*op. cit.*) – hanno raggiunto il maggior grado di conferma logica.

Ci sono dimostrazioni evidenti e attuali di quanto questa dimensione narrativa sia pervasiva nel processo. Penso ad alcune disposizioni di legge che ci permettono di constatare che la narrazione di fatto sia penetrata nel nostro tessuto legislativo fino a divenire parametro per una decisione giusta. Penso in particolare alle procedure di audizione dei richiedenti asilo imperniate sul requisito della *credibilità* della storia – in mancanza di altro tipo di documento che possa provare la condizione di vulnerabilità e la necessità di una tutela per la persona. Mi riferisco, per esempio, all’art. 3. co. 5 del d.lgs. 251 del 2007<sup>15</sup>, secondo cui “le dichiarazioni del richiedente asilo debbano essere coerenti e plausibili e non in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso”. In questo contesto normativo, le categorie della *credibilità* e della *verosimiglianza* del racconto prendono il posto della verità.

Allora come reagiamo di fronte a norme di questo tipo? Che tipo di correttivo introduciamo per ottenere “una verità a tutti i costi” quando la “semplice narrazione” della persona non ci sembra rassicurante?

È apparso nel 2019 un libro di Jeanne Gaakeer, giudice e docente di *law and literature*, in cui l’Autrice spiega, ricorrendo a categorie di matrice ermeneutica, che il ricorso alla narrazione da parte del giudice è determinante nel selezionare i fatti del caso e nel condizionarne il risultato. Razionalità narrativa, *emplotment* e *narrative glue*, sono identificati da Gaakeer come variabili del ragionamento giudiziario, che senza dubbio è di tipo ermeneutico nel momento in cui stabilisce una circolarità tra fatti e norme. C’è una somiglianza tra l’attività narrativa e l’interpretazione giudiziaria che non consiste nell’applicazione di regole astratte alla storia del caso ma implica un giudizio di probabilità, vero-

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>15</sup> In attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU Serie Generale n. 3 del 04.01.2008).

simiglianza e verità sulla base della conoscenza del mondo che l'autore (il giudice) possiede. Anche Gaakeer come gli autori de *Il giudice emotivo*, stabilisce una specie di sillogismo: dal momento che i giudici sono essere umani e che la narrazione è un'attitudine tipica degli esseri umani, essi sono anche «esseri narrativi» (*narrative beings*). Guidati da *phronesis* e ragionevolezza, il loro ragionamento è strutturato secondo una trama narrativa che a sua volta è modellata da vincoli formali e procedurali e guidata da *scripts* culturali. Secondo l'Autrice, essere consapevoli della natura pervasiva della dimensione narrativa nel diritto può aiutare non solo i teorici ma anche i pratici a comprendere come l'uso della narrazione possa generare risultati diversi, sulla base della selezione di certi fatti piuttosto che di altri, con un impatto nella vita delle persone cui le decisioni sono dirette. Il messaggio che credo Gaakeer – proprio come gli Autori de *Il giudice emotivo* – vogliano enfatizzare è esattamente questo invito alla consapevolezza, auspicando formazioni specifiche degli operatori giuridici per un uso tecnico della narrazione: i giudici debbono sviluppare un'abilità narrativa come parte di una metodologia legale (Ibid., p. 337 ff.). Ovviamente – preciso – questa competenza riguarda ancora prima gli avvocati se non gli stessi clienti.

Mi soffermo sul libro di Gaakeer nella speranza che l'Autrice, avvalendosi di una prospettiva ermeneutica, riuscirà ad ottenere quella conciliazione pure auspicata tra costruttivismo ed ermeneutica e narrativismo. Sono correnti che si alimentano reciprocamente sia pur seguendo percorsi diversi. Che importanza ha stabilire chi ha parlato per prima di costruzione del caso/costituzione del caso (Hruschka, 2009) o ri-costruzione del fatto? Il mio invito è ad unire le diverse competenze e a mettere insieme le diverse prospettive per analizzare alcuni meccanismi processuali opachi – come hanno fatto Forza, Mengon e Rumiati – e migliorare la formazione del giurista e lo studio del processo.

Accogliendo l'invito degli Autori, propongo di avvicinare sempre più i nostri studenti alla realtà del processo attraverso lo studio dei casi, insegnando loro che i clienti ma anche gli avvocati e non di meno i giudici sono degli esseri umani. Educiamoli ad un pensiero etico ed empatico (Nussbaum, 2010), insegnando loro a vedere il mondo dal punto

di vista delle altre persone, in particolare dei più vulnerabili, coloro i quali non hanno voce nella società.

*Bibliografia*

- ABIGNENTE A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2017
- ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria*, III ed., Torino, 1948
- BRUNER G., *Minding the Law*, Cambridge, 2000
- BERGER L., STANCHI K.M., *Legal Persuasion. A Rhetorical Approach to the Science*, Londra, 2008
- BRUNER J.S., *La fabbrica delle storie*, Roma-Bari, 2002
- CARLIZZI G., *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, Napoli, 2012
- CAVALLO V., *La sentenza penale*, Napoli, 1936
- CONLEY J.M., O'BARR W.M., *Rules Versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, 1990
- D'AMASIO A., *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008
- DI DONATO F., *The Analysis of Legal cases. A Narrative Approach*, London-New York, 2009
- FERRARI V., *Prefazione*, in F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008
- FRANK J., *Courts on Trial*, Princeton, 1949
- GAAKEER J., *The Perplexity of Judges Becomes the Scholar's Opportunity*, in G. OLSON, F. REIMER (ed.), *German Law Journal. Special Issue Law's Pluralities*, 2017, pp. 351-352
- GAAKEER J., *Judging from Experience*, Edinburgh, 2017
- HRUSCHKA J., *La costituzione del caso giuridico*, Bologna, 2009
- NUSSBAUM M., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2009
- NUSSBAUM M., *Non per profitto*, Bologna, 2011
- PENNINGTON N., HASTIE R., *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 519-557
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009



# RUOLO DEL GIUDIZIO NELLA 'IN-VENZIONE' DEL DIRITTO

*Andrea Favaro*

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Scienza del diritto e prudenza del giurista.* 2. *Giuridicità tra eteronomia e autonomia.* 3. *Il ruolo dei fatti nel diritto: l'invenzione nel giudizio concreto.* 4. *L'arte del giudicare nel presente.*

## *Abstract*

The essay, on the basis of some critical considerations about the current 'fortune' of positive law in continental legal systems, retrieves some paradigms of the science and technology of law to highlight the potential absolutist drifts of the primacy of the law. What emerges from these critical profiles is a reassessment of the role of *prudentia iuris*, facilitated by the analysis of the recent contribution of one of the most authoritative living Italian jurists, Paolo Grossi, who spent a lot of effort in denouncing how law lives in human experience more than in written laws.

## *1. Introduzione. Scienza del diritto e prudenza del giurista*

Con il presente Contributo si intende far emergere la consapevolezza che il richiamo tanto frequente (e pure, invero a fasi alterne, insistente) alla scientificità del diritto, tende ad incalmarsi, in modo più o meno evidente, su un paradigma filosofico che vede nel diritto qualcosa di assolutamente contingente, storico, fondato unicamente sull'accordo o, *rectius*, sulla volontà del legislatore, e dunque espressione diretta ed esclusiva della sovranità. Con la conseguenza che la concezione per la quale il diritto in sé possa veicolare determinati valori – a prescindere, volendo, dalla loro fondazione: teologica, antropologica, etica, etc. –

viene percepita sia come un'indebita usurpazione della stessa sovranità (statuale), sia come un'intromissione non dovuta nella sfera ordinamentale da parte di 'altre' istanze sedicenti "sovrane". Riflessione questa, che significativamente ad ogni piè sospinto si ripropone e ad ogni passo viene comunque, *et pour case*, denunciata quale insufficiente come si rileva anche dalla lettura comparata di alcuni contributi sul tema.

La mancanza di un profilo di storia del pensiero giuridico concreto, che valga a ricostruire e a rivivere per linee interne, (...), i motivi e i problemi che nascono direttamente dall'esperienza di coloro che più direttamente sono a contatto con la vita del diritto

a detta del Caiani questa era, infatti, una delle lacune più evidenti della cultura filosofico-giuridica italiana nella prima metà del secolo scorso, alla quale tentava, giovane (e talentuoso) filosofo del diritto all'Università di Padova, di fornire un «modesto iniziale tentativo diretto a colmare»<sup>1</sup> tale deficienza.

Quello stesso "profilo", appunto, che Paolo Grossi cerca di ricostruire sin dal titolo di una delle sue opere con l'esplicita intenzione di definire una "storia della scienza giuridica vista *dal di dentro* della stessa"<sup>2</sup>. La *quaestio* che entrambi gli studiosi malcelano è l'anelito a voler (ri)costruire un piano comune tra i pratici e i teorici del diritto, perché entrambi consci – tanto il filosofo quanto lo storico – che il diritto "pulisca" nella esperienza comune dell'umano, alla quale, solo, ogni studio sul diritto dovrebbe mirare.

---

<sup>1</sup> L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 201.

<sup>2</sup> P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, XVI. Utili e curiosi sono due osservazioni. Innanzi tutto, sebbene i precisi e comuni richiami testuali farebbero pensare altrimenti, il Grossi non fa mai menzione esplicita dell'opera del Caiani. Inoltre, nel prosieguo si vedrà come la tematica, seppur affrontata da studiosi di discipline giuridiche certamente non contigue, è sviscerata utilizzando metodi simili e soprattutto con la comune preoccupazione sia del filosofo che dello storico di guardare dentro la scienza del diritto positivo, non per questo del positivismo, accorgendosi di essere in una posizione al contempo privilegiata ed estranea.

Date tali premesse, ancor più proficua risulta la disamina offerta da Federico Casa<sup>3</sup>, altro filosofo del diritto patavino (come il Caiani) da sempre attento alle dinamiche concrete dell'esperienza giuridica, che ha come scopo precipuo quello di fornire i criteri interpretativi della scienza giuridica italiana, investigandone il profilo epistemologico. L'esito dell'analisi offerta dallo studioso inquadra in maniera lapalissiana la percezione che la filosofia del diritto riuscirà ad interpretare compiutamente il proprio ruolo solo se riconoscerà il senso e il rilievo della scienza giuridica e di quelle concrete attività dei "pratici", che alla scienza medesima strettamente si connettono<sup>4</sup>. Non tanto, o perlomeno non solo, per quello che gli esiti della scienza del diritto hanno di compiuto e di definitivo, quanto, o perlomeno anche, per i contenuti che ad essi ineriscono e per i problemi a cui danno risposta, nonché, infine, per le questioni che questi stessi prospettano.

Difatti siamo latori dell'opinione che, qualsiasi siano l'indole e la funzione<sup>5</sup> che al diritto si intendano attribuire, non se ne può disconoscere il legame che lo unisce alla *realtà* e, precipuamente, ai suoi (eventuali) *conflitti*, ma su questo torneremo nelle Conclusioni. È dunque evidente come la questione in esame non possa utilmente appellarsi ad un interesse meramente storico e ricostruttivo, peraltro importantissimo e imprescindibile<sup>6</sup>, ma chieda al contrario uno sforzo teoretico ulteriore,

---

<sup>3</sup> F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, Padova, 2005.

<sup>4</sup> F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., la nota 89 a p. 29 dove, recuperando E. FAZZALARI, *Conoscenza e valori. Saggi*, Torino, 2004, pp. 25-26, esplica tutta la sua peculiare attenzione al contributo del giurista inteso però non come "teorico del diritto" nemmeno come "scienziato del diritto", quanto invece come "colui che partecipa al dibattito [anche] *de iure condendo*".

<sup>5</sup> Circa una disamina sulla *funzione* del diritto, interessanti rimangono le osservazioni di S. COTTA, *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un'analisi onto-fenomenologica)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973, pp. 398-412. Si confronti con N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.

<sup>6</sup> Come dimostrano gli stessi autori dai quali abbiamo preso le mosse. Dapprima il Caiani (cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit.) che sviluppa le sue meditazioni da teorico generale partecipando dell'esperienza propria del Carnelutti (pp. 79-111), del Satta, del Calamandrei, del Capograssi (pp. 113-128), dello Ascarelli (pp. 129-162), nonché del Betti (pp. 163-199). Negli ultimi scorcii del secolo scorso il Grossi (cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., *passim*) ugualmente appronta il suo

finalizzato alla comprensione di come il tema della scientificità del diritto si possa porre oggi all'interno del processo, e di come esso si intrecci con quello della natura del diritto e del suo fondamento assoluto (ovvero della sua assoluta contingenza). Riflettere ancora una volta sul fondamento del diritto, in summo, può costituire la premessa migliore per aprire un discorso sulla scientificità *tout court* e sui confini che tale concetto assume in una prospettiva giuridica e filosofica, onde carpire se e in che modo un ordinamento riesca a tenere fondanti e vincolanti per esso taluni criteri oggettivi, al di là, *rectius* a prescindere, della contingente volontà del legislatore o degli esiti delle procedure democratiche.

Stimolo cardine di una ricerca tanto improba da apparire illusoria, permane il monito del Grossi che ricorda a tutti (e a ciascun giusperito in specie) come «in ogni branca dello scibile giuridico il giurista più vivace sente il bisogno di affrontare temi di fondazione e di rifondazione del proprio sapere»<sup>7</sup>. In tal modo intendiamo sin da subito ammettere il punto di partenza: verificare nel concreto dell'esperienza umana se il diritto in quanto tale possa configurarsi come uno strumento valido per offrire un criterio di ordine alle relazioni intersoggettive, che non sia fondato in virtù di un mero rapporto di forza, perché riteniamo vera la seguente affermazione: «un'elaborazione ordinata della epistemologia delle scienze umane richiede la esplicitazione di due premesse fondamentali, (...) l'esistenza dell'uomo e l'esistenza della società»<sup>8</sup>.

---

affresco sulla scienza giuridica italiana dipanando un'immensa matassa di sapere giuridico (pratico) raffigurato da studiosi del calibro di, *inter alios*, Chironi, Polacco, Orlando, Vivante, Mortara, Coviello, Messina, Romano, Rocco, Manzini, Chiovenda, Carne-lutti, Jemolo, Calamandrei, Ascarelli, Panunzio, Asquini, Mossa, Giannini, Santoro-Passarelli, Miele, Satta, Bettiol, Antolisei, Ruffini, D'Avack, Pugliatti, Mortati, Esposito, Betti.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 22. Lo storico prosegue asserendo "e di farlo elevando il tono della voce. I tempi appaiono fertili anche se molti semi si isteriliranno e avranno vita nascosta o attecchiranno tardi".

<sup>8</sup> L. FILIASI CARCANO, *Epistemologia delle scienze umane*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, LV, 1976, p. 166.

## 2. Giuridicità tra eteronomia e autonomia

Conclusa la Premessa è utile osservare che la questione dell'autenticità dell'esperienza giuridica può ragionevolmente costituire il riferimento principale per una riflessione sul carattere storico e contingente del diritto o, viceversa, sulla sua sostanziale trascendentalità e necessità.

A quanto è dato conoscere, pure Paolo Grossi si è ben posto il quesito se il diritto possa essere inteso come una dimensione inautentica e dunque eventuale dell'esperienza umana, oppure come dimensione ineludibile dell'essere umano. Solo conseguentemente a quella che può dirsi una vera scelta di campo, la giuridicità può essere identificata come una pura regolamentazione eteronoma, qualcosa che si cala sul soggetto dall'*esterno* e che condiziona il suo agire e le sue possibilità relazionali; oppure come una caratteristica che procede dall'autonomia propria di ogni essere umano e dalle relazioni che si instaurano grazie alla presenza di soggetti autonomi.

Secondo la prima impostazione, la libera attività personale, dimensione davvero autentica della soggettività, sarebbe pertanto artificialmente sottoposta ad una serie di vincoli esterni che, per varie ragioni operativamente perfino comprensibili, costituirebbero un sistema sanzionatorio e repressivo socialmente importante ma, certamente, non autentico. In conseguenza di quella che potremmo chiamare inautenticità, dunque, il diritto dovrebbe continuamente giustificarsi mediante una dimostrazione di conformità ad una dimensione fondativa, quale l'utilità sociale o economica o morale, la volontà sovrana, una procedura di determinazione di esso accettata dai destinatari delle norme, e così via, ma non potrebbe in alcun modo rivendicare un carattere esistenzialmente autentico, anzi sfigurerebbe la stessa esperienza giuridica in qualche accidente solo eventuale. Di talché la norma giuridica diviene la fonte di una dimensione *virtuale* della stessa esistenza umana; la sorgente di una modalità relazionale anche molto utile ma priva, in sé, di giustificazione e autenticità. L'uomo autentico non sarebbe insomma l'*homo juridicus*, né la normatività, e meno che mai la normatività giuridica, potrebbe pretendere di essere ritenuta in qualche modo *naturale*. La naturalità implicherebbe proprio quella dimensione di autenticità che al diritto si

pretende di negare ricercandone proprio il fondamento scientifico, e che apparterrebbe invece unicamente alla libera manifestazione della volontà desiderante dell'uomo; il diritto in quanto forma specifica della normatività insomma non sarebbe certamente una modalità autentica dell'esperienza umana, ma semplicemente una applicazione tecnica determinata dalle necessità dei gruppi sociali più complessi, e che pertanto dovrebbe, da un lato, restringersi il più possibile, lasciando spazio ad altre modalità di gestione e disciplina delle relazioni, ma soprattutto dovrebbe assecondare il più possibile le pretese soggettive, vere manifestazioni della libertà del singolo soggetto giuridico<sup>9</sup>.

In sunto, l'esistenza umana e il diritto avrebbero poco a che fare l'uno con l'altra, o al limite entrano in relazione unicamente in ragione di una necessità concreta: la gestione di una società complessa, il mantenimento del potere e del controllo da parte di un soggetto (o di un gruppo) sugli altri, l'accrescimento della potenza esterna, l'efficiente ripartizione delle risorse, e così via; ed è evidente che, mutando il fine, cambierà non soltanto il mezzo, ovvero le concrete modalità attraverso le quali il diritto cercherà di garantirlo, ma anche il valore e il grado di accettabilità di tale *inautentica* ma operativa normatività. Ciò che non muta, in tutte queste pur varie ipotesi, è che l'esistenza umana non ha, di per sé, niente a che fare col diritto, che cioè essa potrebbe essere in sé stessa pensabile senza di esso. Se pertanto si ricorre al diritto, lo si fa solo se *costretti*. Ecco giustificato, riteniamo, tale ricorso alla virtualità e al formalismo. Visto che il diritto non è essenziale, come tutti gli accidenti, la sua esistenza deve essere giustificata in qualche modo: o mostrandone l'utilità pratica, o politica, o economica, o cercando un qualche valore "superiore" (la pace sociale, la protezione della proprietà e della libertà individuali, etc.) che ne "tuteli" le concrete e storicamente poste modalità di manifestazione.

La logica dell'antigiuridismo contemporaneo<sup>10</sup>, paradossalmente, muovendo da un originario rifiuto della normatività, nel senso di un

---

<sup>9</sup> Il tema, qui solo accennato, meriterebbe una più approfondita riflessione che la brevità della presente disamina non concede.

<sup>10</sup> Sul tema dell'antigiuridismo contemporaneo si veda, *inter alios*, S. COTTA, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978; sul nesso tra antigiuri-

denegato riconoscimento delle strutture normative intrinseche alle relazioni umane, non porta però solamente ad un'assolutizzazione della soggettività anarchica, all'individualismo e alla conseguente rivendicazione del relativismo assiologico; la perdita di importanza della normatività "interna", infatti, determina una situazione in cui il diritto risulta accettabile dai destinatari solo in quanto corrispondente al "loro" desiderio, alla "loro" prospettiva assiologica, alla "loro" utilità personale, solo in quanto cioè i contenuti normativi possono essere avvalorati dall'orientamento specifico di chi li assume come regola della propria azione. Ma ciò, come è stato già notato e studiato, ha portato all'esaltazione contemporanea di una certa concezione del *diritto* come *pretesa*<sup>11</sup>, ovvero dell'idea che il diritto, a causa della sua inautenticità esistenziale, non debba fare altro che offrire riconoscimento e tutela alla spontanea e immediata manifestazione della libertà e delle pretese del soggetto; con il che, tuttavia, si è prodotto un continuo 'inseguimento' delle pretese soggettive da parte dell'ordinamento, che ha dato vita a quel fenomeno di giuridificazione<sup>12</sup> in cui l'intervento del legislatore è invocato per disciplinare un insieme di esperienze umane non standardizzabili (anzi: significative proprio in quanto non tipizzabili), trasformando indebitamente in giuridicamente *tipico* ciò che invece non può che essere autonomamente personale e irripetibile. In altre parole, a fronte di una progressiva riduzione della normatività "interna", e dunque della rivendicazione di una sempre maggiore anomia della vita privata e personale, si espande a dismisura la normatività "esterna", penetrando in ambiti che non possono che essere considerati giuridicamente irrilevanti. Da tale impostazione, si ritiene, emerge la confusione circa la scientificità del diritto presente nel secolo scorso, ma non solo. Difat-

---

dismo, secolarizzazione e libertinismo si vedano F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 1999.

<sup>11</sup> Concetto quello di "pretesa" che in ambito giuridico italiano ha avuto tra i suoi più qualificati propugnatori B. LEONI (cfr., *inter alios*, ID., *Freedom and the Law*, III ed. foreword by A. Kemp, Liberty Fund, Indianapolis, 1991; nonché ID., *Law as Claim of the Individual*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, pp. 45-58).

<sup>12</sup> Su cui J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, Bari, 1987, p. 357. Sul tema anche S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, p. 42.

ti, come potrebbe uno scienziato essere felice di una situazione in cui il proprio oggetto di studio non ha alternativa altra che essere cangiante ogni qual volta il desiderio dell'individuo "vuole" e, soprattutto, ottiene riconoscimento (formale) del "suo" stesso desiderio? In tal senso allora potremmo concordare nel qualificare la scienza del diritto, in particolar modo al momento attuale, come una *scienza sistematica*<sup>13</sup>, dove per tale si intende una teoria del diritto, un sistema che permetta al giurista di ricondurre ad unità il complesso panorama normativo con l'occhio rivolto sempre alla non dominabile esperienza umana. Rendendo ragione così alla verità di fatto che in questa nostra società, dove a venir meno è addirittura parte del materiale d'indagine della scienza giuridica, ovverosia il diritto<sup>14</sup>, la funzione della giurisprudenza deve consistere nel rappresentare un sapere rigoroso che incarni il desiderio di conoscere la realtà (dei fatti).

La "fattualità del diritto" del Grossi risulta, così, essere la presa di coscienza che vanno mutando le stesse modalità di strutturazione del diritto e che l'epoca odierna palesa un pluralismo giuridico nel quale le fonti statuali sono solo una parte (e nemmeno apicale). Scrive senza remore il giurista fiorentino: «Torna il protagonismo dei fatti, giacché il mondo dei fatti – naturali, economici, sociali – non è il terreno inerte e sterile della mera irrilevanza giuridica (...); il mondo dei fatti è, invece, il terreno tipico della storia»<sup>15</sup>.

Quanto affermato anche dal Grossi, peraltro, risulterebbe essere un (saggio) recupero del magistero platonico e così di una modalità alternativa nel cogliere l'essenza del diritto. Nel dialogo che Platone dedica alle questioni inerenti anche alla scienza giuridica, infatti, egli applica alla teoria della legislazione la sua dottrina dell'etica e della politica come sapienza e scienza regia. La principale deduzione che se ne può

---

<sup>13</sup> Abbiamo mutuato il giudizio di S. COTTA, *Il valore del sistema*, in *Diritto e Società*, 1984, p. 402.

<sup>14</sup> Vedasi nuovamente S. COTTA, *Il valore del sistema*, cit., p. 399, dove l'Autore afferma che, a causa della ipertrofia legislativa, «l'oggetto diritto sta diventando un oggetto *misterioso*». Stesso appellativo è utilizzato per descrivere, criticandolo, il sistema legislativo a tutela dei diritti umani, da F. GENTILE, *La selva dei diritti dell'uomo*, in *Intelligenza politica e Ragion di stato*, Milano, 1984, pp. 73-96.

<sup>15</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 69.

trarre, se non erriamo, è un ruolo subordinato delle leggi positive umane, per loro natura generiche ed approssimative, rispetto alle direttive che possono scaturire dall'applicazione della rigorosa scienza pratica alla singola circostanza da parte di un saggio reggitore. Per essere coerenti, afferma Platone, anche se

in un certo modo è chiaro che la legislazione è parte dell'arte regia, (...) la cosa migliore è che abbiano forza non le leggi, ma l'uomo regale dotato di saggezza (...), la legge non potrebbe mai ordinare con esattezza la cosa migliore, comprendendo in sé ciò che è buono e più giusto per tutti<sup>16</sup>.

Lo stesso Platone, acuto osservatore della realtà quotidiana, si trova però a calmierare la teoria con l'esperienza umana e ammettere così la, soltanto relativa, utilità di norme generali, regole pratiche che valgono (solo) nella maggior parte dei casi. È indubbio che «se, per una sorte divina, un uomo generato con una natura adeguata fosse capace di comprendere» la prevalenza dell'interesse comune su quello individuale, «egli non avrebbe bisogno di leggi che lo governino. Nessuna legge e nessun ordinamento, infatti, è più forte della scienza»<sup>17</sup>. Invero la situazione dei singoli soggetti giuridici risulta molto distante da questa ipotesi di divina onniscienza etica, e non resta che accontentarsi di leggi imperfette con l'imperativo, diremmo categorico, di rimanere vigili acciocché tale misera soddisfazione contingente non valga come trascen-

---

<sup>16</sup> Cfr. PLATONE, *Politico*, cit., 294 a-b. Ivi, Platone aggiunge «le differenze degli uomini e delle azioni, e il fatto che, per così dire, mai nessuna delle cose umane è immobile in riposo, non permettono che una qualunque arte in nessuna occasione enunci una norma semplice e valida in ogni caso e per ogni tempo». Proprio per il fatto che l'uomo può attingere alla prudenza regia solo tramite mediazioni successive e sempre provvisorie, appare il ruolo della legge, la quale, con la sua fissità, indi *positività*, che lo fa rassomigliare «ad un uomo prepotente e ignorante, che a nessuno permette di fare qualcosa contro i suoi ordini» (*Politico*, 294-c) consente agli uomini in società di praticare «quella suprema forma di giustizia che si accompagna con l'intelligenza e la ragione, che non soltanto li protegge, ma da peggiori che erano li fa diventare (...) migliori».

<sup>17</sup> Cfr. PLATONE, *Leggi*, cit., IX, 875c-d.

dente e la libertà dell'umano agire venga troppo compressa, se non addirittura irrimediabilmente compromessa<sup>18</sup>.

Per poter individuare una soluzione, anche epistemologica, è necessario svelare il nesso con il quale la scienza giuridica possa individuare il passaggio tra la legge positiva e il «diritto vivente che viene dai fatti»<sup>19</sup>. In virtù di tale scopo, asseriamo che la garanzia della validità delle singole proposizioni scientifiche consiste nella effettiva capacità di comprendere l'esperienza che esse stesse pretendono garantire. Quello scientifico deve, quindi, essere inteso sempre e comunque come un «saper operare»<sup>20</sup>. Non potrebbe essere inteso in nessun altro modo se riuscissimo a rimaner saldi nella verità che si è costituito fondandosi sul monito di «non tentar l'essenze» di galileiana memoria, ma tuttora si prefigge lo scopo, operativo per l'appunto, di dominare<sup>21</sup> le cose.

---

<sup>18</sup> Interessanti, in questo senso, le note critiche che il Grossi riesce a far emergere nel capitolo circa *Ripensamenti e rinnovamenti dottrinali degli anni trenta*, in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 236 ove si legge: «La visione individualistica del contratto era in crisi da tempo (...) e comincia a maturare la innovativa riflessione di Emilio Betti sul tema generale del negozio giuridico (...) come regolamentazione di interessi socialmente rilevanti» costituendo «il tentativo riuscito di superare il principio della sovranità dell'individuo in nome di un più comprensivo ideale di solidarietà sociale, designando una autonomia privata che non si esaurisce in un fatto psicologico individuale, che attiene invece alla vita di relazione». Di seguito il Grossi, provocatoriamente, rileva la diatriba sulla natura «contrattuale» del c.d. «contratto collettivo» mutuando il giudizio in tema di Francesco Carnelutti «Insomma il contratto, diventando collettivo resta ancora un contratto?» e proseguendo «giacché il contratto collettivo, contratto normativo, da quell'autocomando che sembra essere la quiddità di ogni fattispecie contrattuale, si è cambiato in un eterocomando» (cfr. ID., *op. cit.*, pp. 237-238).

<sup>19</sup> Cfr. A. ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, p. 52, citato da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 238.

<sup>20</sup> Anche, *rectius* soprattutto, per quest'ordine di motivazioni, riteniamo che non porti a nessun risultato se non ad aporie, qualsiasi teoria che, a partire da Hobbes, abbia professato una scienza pura del diritto, se per pura si intenda una scienza formale, avallativa, divisa dall'esperienza giuridica.

<sup>21</sup> Pare indicativo rilevare che pure lo Hobbes si era reso conto di tale assunto quando afferma che «mentre la sensazione e la memoria sono soltanto conoscenza del fatto (...), la scienza è la conoscenza delle conseguenze, della dipendenza di un fatto da un altro. Per suo mezzo, muovendo da quanto possiamo fare al presente, sappiamo come

Di qui possiamo osservare una delle antinomie che travagliano la civiltà contemporanea. Questa, da un lato, infatti, pare voler realizzare un nuovo umanesimo, incentivando la “costruzione” di un ri-costruito “tipo umano” impegnato in un’intesa e spregiudicata esplorazione del reale e alieno dalle fughe e dalle acquiescenze dell’antico formalismo. E dall’altro, tendono a cadere in quello strumentalismo, come accoglimento incondizionato di tutte le determinazioni della prassi in quanto tale, senza riflettere sulle conseguenze che esse comportano per la condizione globale dell’uomo, per la sua spiritualità, e non solo per le strutture e le forme materiali dell’esistenza. In summo, la scienza (e la tecnica, come si vedrà *infra*) ha perduto il senso della nuova problematicità di cui era foriera ed ha elevato una pretesa di compiutezza configurandosi come scientismo e tecnicismo, che è come asserire che la scienza, nel senso alto del termine, si sia ridotta a tecnica.

Così al giurista, perduta oramai quella scientifica, nel suo essere interprete e classificatore, non rimane che ritornare all’essenza problematica della filosofia, se non vuole concludere la propria attività nella torre eburnea delle mere forme e adagiare il concetto di “regola” a quello di norma positiva in un novello letto di Procuste.

Ritornando ai classici,

un conto è la facoltà del parlare e un altro le cose dette; un conto è la vista e un altro le realtà viste; un conto l’udito e un altro quel che si ode e, infine, una cosa è la legge e un’altra le norme stabilite (...) dunque la legge non coincide con le norme sancite per legge<sup>22</sup>.

Il diritto *tout court*, quindi, non è quello positivo, anzi, spetta allo scienziato del diritto, in specie al giudice civile munito di incedere filosoficamente problematico, determinare il *suum cuique tribuere*, ossia ciò che il singolo in comunità *desidera* dalla scienza del diritto, senza per questo cedere alle derive anarchiche di cui si è già detto, perché

---

fare qualcosa d’altro quando lo vorremo, o qualcosa di simile in un altro momento» (cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, cit., pp. 38-39).

<sup>22</sup> PLATONE, *Minosse*, 313c-314b, trad. it. di R. Radice, in G. REALE (a cura di), *Tutti gli scritti*, cit., p. 1437.

consapevole che la regola (sia essa legge, consuetudine, uso, etc.) non deve essere “posta”, ma trovata, “inventata” appunto.

### 3. *Il ruolo dei fatti nel diritto: l'invenzione nel giudizio concreto*

Il desiderio di “diritto/giustizia” che l'uomo della strada possiede è oggi fortemente condizionato dall'idea (se non addirittura ideologia) che esso costituisca un fenomeno essenzialmente *razionale*<sup>23</sup>. Nel contempo è ancora l'uomo della strada a sperimentare in presa diretta che l'esperienza giuridica che vive (e spesso subisce) tutto è, fuorché votata alla *razionalità* (decisioni controverse, disposti normativi “l'un contro l'altro armati”, etc.). Sotto tale cono d'ombra la *ratio juris* si mostra come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica. Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna<sup>24</sup>, simile questione ha un eterno ritorno nel mondo del diritto.

L'oggetto dell'analisi non potrà non principiare da una breve disamina generale sul rapporto scienza-filosofia. Sullo sfondo, oggi come allora, rimane il dubbio che, malgrado la splendida fioritura delle scienze moderne, la scienza stessa non venga a provarci che qualche cosa nella realtà resiste alla sua penetrazione in un *continuum* fallibilista senza arresto. La ragione giuridica, così intesa, è unilaterale e unidimensionale perché si sofferma (solo) su un fenomeno semplificato ad arte per scopi pratici: essa è parziale ed insufficiente a cogliere e spie-

---

<sup>23</sup> Cfr. quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., pp. 40-58.

<sup>24</sup> Vedansi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*; B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004; nonché il già a tutti noto N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; nel recente passato vedasi, A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Democrazia e diritto*, 1987, soprattutto pp. 297-298.

gare la complessità del fenomeno giuridico<sup>25</sup>. Difatti, l'impressione di fondo, difficile a celarsi, è che sia prevalente tuttora una concezione intellettualistica e razionalistica del diritto e che, quindi, si debba declinare l'accezione irrazionale come eccezione al cospetto della "norma" (non a caso il termine potrebbe già fornire una cifra indicativa dell'analisi) opposta.

La difficoltà, odierna ma non solo contemporanea, è quella di non riuscire a comprendere pienamente che in sé

la scienza non può e non deve pronunciarsi, perché non ha nessun diritto, non possiede e non può possedere nessun criterio valido per approvare o riprovare una presa di posizione; non deve dire niente, in quanto non ha niente da dire, perché la scelta precede, non segue, la fatica scientifica<sup>26</sup>.

La scienza "non può", afferma Casa, ma spesso "vuole", verrebbe da replicare e per questo rivela la crisi della riflessione scientifica stessa che riprende piena coscienza del vincolo in cui si trova coricata, da cui vuole uscire ma da cui non è facile uscire e così ogni giurista che abbia il minimo desiderio di interrogarsi sul proprio *facere*, «ripete a se stesso il dubbio demolitivo di von Kirchmann sulla non scientificità della *iurisprudencia*»<sup>27</sup>.

In definitiva i giuristi, ancora una volta, sono chiamati ad avere una solerte attenzione che guardi non tanti ai singoli espedienti "tecnici" che influiscono sul diritto (*dai dossi per regolare la velocità del traffico urbano agli strumenti che limitano l'accesso ad alcuni siti internet ritenuti non leciti-adequati-opportuni*), quanto ai soggetti che sono chiamati a determinare i parametri stessi dell'utilizzo della tecnica in ambi-

---

<sup>25</sup> In effetti, è di per sé parziale perché non esplica la domanda di fondo, perché nemmeno se la pone: perché la c.d. "crisi del diritto"? In effetti la elaborazione, come la creazione, del diritto è operata da legislatori (e giuristi), "in virtù" parrebbe dell'ordinata convivenza degli uomini, viene tracciata come opera della ragione, ma soprattutto perché la sua essenza intrinseca pare risiedere nella radice intellettuale dell'uomo e nella sua capacità di ridurre, parafrasando Hegel, il reale a razionale allo scopo di fornire concrete risposte ai problemi dell'esperienza (comune).

<sup>26</sup> F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 394.

<sup>27</sup> Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 276-277.

to giuridico; perché, come già affermato anche dal Grossi, qui in gioco c'è la "libertà" dell'essere umano, con la quale il diritto è da sempre chiamato a giocarsi.

Ci si può, però, domandare se la regolamentazione della libertà attraverso la strumentalizzazione della tecnica possa definirsi (comunque) di natura sostanzialmente giuridica. Volendo finanche distinguere tra "norma" e "regola", qualificando in sunto la doverosità della prima contro la necessità della seconda, la violazione della norma implica una sanzione il cui conseguire non è regolato da una necessità fisica, ma solo dal dovere di ripristinare un ordine giuridico sedicente violato<sup>28</sup>. La regola, invece, impone la sua sanzione per via dell'inesorabile procedere della legge naturale: se non apro l'ombrello sotto la pioggia (regola) mi bagnerò (sanzione).

Passando alla giurisprudenza *tout court*, il Grossi sovviene in ausilio, chiarendo all'interno di quelle che lui stesso ha qualificato "Premesse definitorie e fondative" la prospettiva in cui è avviluppata la scienza giuridica moderna che la «regola giuridica può identificarsi tranquillamente (...) con la sua voce, l'unica in grado di dar voce alla

---

<sup>28</sup> Volendo ipotizzare uno spunto d'approfondimento potremmo collegare il concetto di "ordine" (necessariamente intrinseco a quello di "ordinamento") a quello di "regola" quale *medium* che "sub-stanzi" l'ordine medesimo. Recuperando l'insegnamento di S. COTTA (in *Soggetto Umano – Soggetto Giuridico*, Milano, 1997) si potrebbe, fin a che punto vale l'asserzione non è questa la sede più appropriata per determinarlo, definire quindi la categoria di "regola" come fondamento e principio del diritto. Invero, sempre sul tema dell'ordine interessante notare come il Cotta esprima tale asserzione per porsi in netta contrapposizione alla tesi sostenuta in B. LEONI, *Diritto e politica*, in *RIFD*, 1961, n. 1, pp. 89-107 e (più in generale) in ID., *Freedom and the Law*, Toronto-New York-London, 1961, pp. 97-113, per la quale il fondamento del diritto sarebbe la categoria della "pretesa individuale". Il Cotta, icasticamente, domanda «su quale base poggia la pretesa perché si possa attribuirle plausibilmente l'autorità di fondamento del diritto al posto della *regola*?» (*op. cit.*, p. 61). Ma è la sua risposta che qui più rileva ai nostri fini: «Invero, già di per sé il fenomeno "ordine" evoca l'idea di regola e quindi di dovere» per poi perentoriamente affermare che «la realtà empirica della vita lo conferma: l'ordine, perché ci sia e si mantenga, si ha il *dovere* di rispettarlo» (*op. cit.*, pp. 61-62).

volontà generale»<sup>29</sup>. Ecco che nel negare tecnicamente “a priori” e a prescindere dalla libertà (diremmo pure dall'autonomia del singolo), l'accesso a certi dati, ovvero il diniego “fisico” di viaggiare ad una certa velocità, la tecnica muta in “regola” ciò che dovrebbe essere propriamente “norma”.

Non impropriamente Lessig<sup>30</sup> definisce “tirannia” questa forma di regolamentazione. Le norme giuridiche devono essere violabili, innanzi tutto perché, talvolta, la loro violazione assume un significato istituzionale disciplinato perfino dall'ordinamento<sup>31</sup>.

Il panorama che descriviamo non pare rassicurante. Il nostro però non è un sostegno alla tesi diffusa per la quale la tecnica come forma di regolamentazione deve essere giudicata sempre e comunque riprovevole. L'obiettivo che ci prefiggiamo, invece, è evidenziare come essa non rappresenti una modalità puramente “neutra” di imposizione del comando giuridico. Essa ne stravolge la natura, ne modifica la qualità e rischia di infingere pure l'operato dei giudici.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto), costituisca una sorta di *zona franca* per l'autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non viene più considerato come soggetto (giuridico) nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo

---

<sup>29</sup> Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 6 dove lo storico fiorentino giustifica le sue affermazioni recuperando il magistero di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Roma-Bari, 1961, p. 119.

<sup>30</sup> Cfr. L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; vedasi inoltre L. LESSIG, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York, 2004. Altri saggi relativi al tema possono invece essere letti sul sito personale dell'Autore al seguente indirizzo: <http://www.lessig.org/>.

<sup>31</sup> L'esempio eclatante è il meccanismo (imposto dal diritto positivo stesso) di accesso alla Corte costituzionale. A ben vedere, difatti, tale procedura è configurata in maniera tale da (sup)porre in capo ai consociati un “diritto di resistenza”: violare/criticare una norma ritenuta incostituzionale è il modo privilegiato che il privato cittadino ha per adire la Corte con il risultato (solo eventuale) che ciò che precedentemente era antiggiuridico diviene ora norma giuridica. In un tale meccanismo istituzionale, per cui nessuna norma può dirsi eterna, siamo spesso abituati a vedere un progresso della nostra civiltà giuridica. La regolamentazione con la strumentalizzazione della tecnica da mezzo a fine, invece, rimuove *ab ovo* questa possibilità.

e lo lede nel suo essere “autonomo”, pienamente consci che *nell’espressione autonomia, classicamente, è implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola.*

Disposizione, non imposizione. Disposizione non convenzionale, quindi, ma reale, come risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale è sempre determinata da regole convenzionalmente poste, ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti che ne sono parte attiva siano disposti a seguirle realmente e non convenzionalmente; «ma nell’espressione autonomia vi è qualcosa di più. Vi è l’indicazione dell’attitudine del soggetto all’autoregolamentazione»<sup>32</sup>.

#### 4. *L’arte del giudicare nel presente*

D’altronde, a ben vedere, quanto abbiamo cercato di esporre in merito alla necessaria riflessione della tecnica nel campo della scienza giu-

---

<sup>32</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 38. A questi problemi si riferiva Hobbes per sostenere una tesi del tutto opposta a quella della regolarità come condizione naturale del soggetto. Per il padre della geometria legale, infatti, giustificando il fatto che il sovrano non è soggetto mai alle leggi civili che egli emana, «non è possibile che una persona si obblighi verso sé stessa, poiché chi può legare può anche sciogliere e dunque chi è obbligato soltanto verso di sé non è obbligato affatto» (T. HOBBS, *Leviathan*, (1651) [tr.it. a cura di A. Pacchi] Roma-Bari, 2000, parte II, cap. XXVI, p. 220). E non vi è dubbio che sia così, se si parte dal preconcetto o ipotesi che condizione del rispetto delle regole sia un atto di volontà. Non a caso Hobbes sta parlando qui del *sovrano*, ovvero dell’uomo la cui legge (dello Stato) è la sua volontà. Invero pure a PLATONE l’espressione “essere padrone di sé” pareva insoddisfacente, «infatti chi è più forte di sé stesso sarà certo anche “più debole di sé stesso” e viceversa. Giacché in tutte queste frasi il soggetto è sempre lo stesso» (cfr. PLATONE, *La Repubblica*, IV, 430e, [a cura di F. Adorno], Milano, 1995, vol. I, p. 137). Occorre, allora, superare la concezione dell’autonomia come esercizio di volontà e riconoscere che «il vero senso di questa espressione è che nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il governo della peggiore, ecco l’espressione “essere padrone di sé”, e suona lode. Quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto “schiavo di sé stesso” e “intemperante”, e suona biasimo e rimprovero» (cfr. PLATONE, *La Repubblica*, IV, 431a, cit., pp. 137-138).

ridica compendia il perennemente arduo equilibrio tra *anomia* ed *eteronomia*, dove si riassumono e nel contempo sfumano tutti i contrasti epocali in cui si dibatte l'esperienza giuridica. In tutti queste dispute l'opzione per l'autonomia è sicuramente la strada maestra per il recupero del senso originario e non contingente del diritto, *l'intelligenza della giusta misura*, "l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana": in una parola, (ancora) il *giudizio*. Tale risulta essere a ben vedere il fulcro anche dei recenti moniti del Grossi già giudice costituzionale, inevitabilmente circoscritti al reale "diritto", in ordine al ruolo del giudice cui "non si addice più il sillogismo"<sup>33</sup>.

L'affermazione poi del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, non permette di distogliere lo sguardo dalla difficoltà insita nel paradigma (*rectius* nella definizione dei suoi contorni), visto che «dall'autonomia si è posti di fronte al punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica»<sup>34</sup>. Assunto così il giego della

---

<sup>33</sup> P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit., p. 7.

<sup>34</sup> F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 225. Circa il rapporto tra Enrico Opocher e il "punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica", Gentile svolge dei tratteggi poco noti (ai più) nel commemorare il suo Maestro all'Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti in Venezia nell'Adunanza accademica del 18 marzo 2005. Cfr. F. GENTILE, *Enrico Opocher*, in *L'Ircocervo (Rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale e Dottrina dello stato)*, n. 1/2005 rinvenibile in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it) e poi ripresa pure in *RIFD – Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXII (2/2005), pp. 215-234. In tale contributo si presenta un riordino dell'*excursus* teoretico dell'Opocher e sin dal principio si pone in evidenza come la cifra primigenia della ricerca opocheriana verta sul tema della "individualità" così come posta dal Fichte (cui il giusfilosofo trevigiano dedicherà la prima monografia redatta a trent'anni, cfr. E. OPOCHER, *G.A. Fichte e il problema dell'individualità*, Padova, 1944, ma al cui pensiero Opocher aveva già dedicato due saggi ancora più giovanili) e come interpretato dal Maestro di Opocher, Adolfo Ravà, il quale, suo malgrado a causa delle leggi razziali che lo accantaronero nel 1938 in congedo obbligatorio, lasciò in eredità non solo i propri pensieri sull'irrazionalità fichtiana a Enrico Opocher (vedasi come i suoi saggi siano datati *et pour case* nel 1937 e nel 1940) e, suo tramite, al di lui allievo Antonio Negri (cfr. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo*, Padova, 1962). Ci si permette in questa sede un rinvio per approfondimento ad A. FAVARO, *Note d'appunti sull'au-*

sfida, pratica e teoretica all'unisono, ciò non elide in nulla l'affermazione del primato di tale costitutiva relazionalità, la quale delinea una visione del diritto come regola di "certezza" solo nel momento concreto in cui sia regola oggettiva, necessaria, originaria. *Oggettiva*, perché riconosciuta come sussistente indipendentemente dal volere del singolo, che appunto subordina la propria volontà normativa al riconoscimento ermeneutico di un senso intrinseco nella realtà. *Necessaria*, perché tesa a garantire la coesistenza dalle spinte disgreganti e conflittuali naturalmente presenti in essa, e radicate nella libertà che orienta la prassi del singolo. *Originaria*, perché tale dimensione del soggetto umano ha bisogno di una struttura di fondamento all'interno della quale essere garantita nella sua stessa condizione di possibilità, uniformando l'esistenza singolare alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.

Tentando il balbettio di una disamina dal carattere evidentemente interlocutorio, per alzare il velo sulle aporie della c.d. "geometria legale" senza chiudere gli occhi, sono necessari un abito radicalmente problematico, quale solo un autentico amore per il sapere (*vera nisi fallor non simulata philosophia*) è in grado di propiziare, ed una fedele applicazione della

buona regola secondo la quale di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere (Polit., 285 a-b).

Scoperta la definizione platonica di dialettica si palesa già annunciata la dimensione *prudenziale* dell'essenza del giuridico. Se la Prudenza può essere definita come «la regola concreta, la "recta ratio", la giusta misura dell'agire virtuoso»<sup>35</sup> e il diritto è un umano agire, la prudenza

---

*tonomia del singolo ovvero* sul punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica, in F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, Napoli, 2017, pp. 415-455.

<sup>35</sup> T. CENTI, *Introduzione a Tommaso d'Aquino, La Somma teologica*, cit., p. 215.

stessa è la reale “razionalità del diritto”. Razionalità che deve essere incontrata con sollecitudine proprio nell’esperienza concreta, come insegna San Tommaso<sup>36</sup>. È proprio l’essenza del giuridico che è scoperta nel fluire quotidiano delle relazioni intersoggettive. In questa immersione nel concreto, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere sia etico che professionale, pare particolarmente conveniente evidenziare quale importanza di primo grado possieda la “prudenza” nella comunità politica e nel diritto.

Seguendo tale iter argomentativo, calandosi quindi filosoficamente nel “pulsare dell’esperienza umana”, all’operatore giuridico di ogni tempo è dato lo strumento per difendersi dalla tentazione di ridursi ad “enzima” del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *Prudentia iuris*. Se avessimo l’autorevolezza per formulare brocardi, potremmo osare un “Veritate non auctoritate dicitur ius”. Come ha notato suggestivamente Michel Villey, risalendo alle origini romane del diritto attraverso l’esperienza filosofica delle *quaestiones* tomistiche<sup>37</sup>,

L’ufficio del diritto o del giurista dev’essere concepito essenzialmente come un lavoro di conoscenza: conoscenza del giusto nelle cose. La giusta proporzione dei benefici e dei carichi in un gruppo sociale (mediante cui si determina la parte che spetta a ciascun litigante) è cosa che è, che il giurista per la sua funzione specifica dovrà accertare e dire all’indicativo<sup>38</sup>.

Ci si trova così di fronte al nodo problematico radicale dell’esperienza giuridica, posto dal rapporto tra intelligenza e volontà, tra con-

---

<sup>36</sup> TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 9 dove recuperando il magistero di Aristotele, l’Aquinato ricorda: «“certitudo non est similiter quaerenda in omnibus, sed in unaquaque materia secundum proprium modum”. Quia vero materiae prudentiae sunt singularia contingentia, circa quae sunt operationes humanae, non potest certitudo prudentiae tanta esse quod omnino sollicitudo tollatur».

<sup>37</sup> Sarà interessante nel prosieguo della presente Ricerca riflettere su come la *quaestio* scolastica affondi le sue radici nell’esperienza giuridica medioevale. Cfr. E. ANCONA, *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, in *L’Ircocervo (Rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale e Dottrina dello stato)*, 2/2008, rinvenibile in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it).

<sup>38</sup> M. VILLEY, *De l’indicatif dans le droit*, in *Arch. phil. droit*, 1974, p. 39.

retto e precetto, tra verità e virtualità, tra indicativo e imperativo, tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità, poiché non si può attribuire a ciascuno il *suo* senza sapere quale sia il proprio di ciascuno, ma, nel medesimo tempo, non basta avere nozione di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo.

La *quaestio* sarà quella di riuscire a comprovare come anche nell'ordinamento giuridico la *prudencia* debba costituire la misura del volere (legislativo)<sup>39</sup>, ma soprattutto dell'agire (giurisprudenziale) allo stesso modo in cui la misura della prudenza è la *ipsa res*, la cosa stessa e che il conformarsi del volere o dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere o dell'agire all'essere, o natura, delle cose<sup>40</sup>.

Quel che si tenta di affermare è che riflettere ancora una volta sul fondamento del diritto, in sunto, può costituire la premessa migliore per aprire un discorso sulla scientificità *tout court* e sui confini che tale concetto assume in una prospettiva giuridica e filosofica, onde carpire se e in che modo un ordinamento riesca a tenere fondanti e vincolanti per esso taluni criteri oggettivi, al di là, *rectius* a prescindere, della contingente volontà del legislatore o degli esiti delle procedure democratiche. La declinazione del confronto del momento prudenziale con la teoria generale del normativismo, si potrebbe sinteticamente rappresentare come la dicotomia tra la figura del “giudice” e quella del “legislatore”. Tema questo che viene anche oggi identificato all'interno dell'istituzione “stato” (modernamente intesa). Difatti, la vera grave preoccupazione

---

<sup>39</sup> D'altra parte, non è forse San Tommaso ad insegnare che «Unde oportet quod ille sit praecipuus actus prudentiae qui est praecipuus actus rationis agibilium. Cuius quidem sunt tres actus. Quorum primus est consiliari [*ndt: deliberare*] [...]. Secundus actus est iudicare [...]. Sed pratica ratio, quae ordinatur ad opus, procedit ulterius, et est tertius actus eius praecipere: qui quidem actus consistit in applicatione consiliorum et iudiciorum ad operandum. Et quia iste actus est propinquior fini rationis practicae, inde est quod iste est principalis actus rationis practicae, et per consequens prudentiae» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 8).

<sup>40</sup> Come insegna Cotta «Il tema della verità [...] è dominante [...] proprio nel momento più altamente critico della giuridicità: quello in cui la controversia (privata... pubblica...) mettendo a confronto convinzioni veridiche e interpretazioni diverse e opposte, solleva la questione della verità della legge da applicare e quindi della sua vigenza» (S. COTTA, *La legislazione tra il divino e l'umano*, in A. FILIPPONIO, R. COPPOLA, *Diritto divino e legislazione umana*, Torino, 1998, p. 25).

pazione del giurista che voglia rinvenire la dimensione corretta di libertà-autonomia entro il vaso di pandora della *prudentia* è chiamata a incanalare il discorso lungo il solco della limitazione del “potere”. È opportuno, prima di ogni altro argomentare, ridefinire gli orizzonti dell'autonomia nella società e nella politica. A partire dal nodo gordiano del “giudizio”, la prospettiva “prudenziale” può proporre allora una alternativa strutturandosi quale essenza stessa del giuridico, poiché solo nel “luogo” del processo delle singole rivendicazioni si può esplicitare la vera natura del diritto come entità connaturata all'essere umano e per questo restia a qualsiasi amputazione procustiana d'ordine formale.

Pare utile richiamare come i problemi specifici di interpretazione e di applicazione che ciascun magistrato (dal giudice di pace a quello che siede in Corte costituzionale e nelle varie sedi internazionali) si trova a dover affrontare, sono riconducibili a questioni più generali, ma non per questo astratte. Sulla scia del giusfilosofo, in effetti, ci dobbiamo chiedere se e come possano sussistere garanzie formali e sostanziali affinché il risultato interpretativo non cambi con il mutare della (*prudentia*) della “persona” del giudice<sup>41</sup>.

In altri termini consueti al dibattito giuridico moderno, la problematica sembra incentrarsi sul rapporto tra stato (di diritto) e il principio di uniformità interpretativa, lasciando in sospeso l'ulteriore nesso tra quest'ultimo principio e quello di certezza del diritto in una prospettiva di ordine prudenziale. Mentre, infatti, la certezza del diritto va intesa quale frutto ultimo e fondamentale della uniformità interpretativa, alla luce della dinamicità economica, politica, culturale (e quindi, si potrebbe intendere, anche giuridica) della società, pare necessario sottolineare che tali questioni non devono interessare soltanto la comunità degli specialisti (gli studiosi e i c.d. “pratici” del diritto), ma possono trovare

---

<sup>41</sup> La *vexata quaestio* per la quale la *prudentia* secondo taluni non si dovrebbe estendere alla dimensione collettiva, perché attinente al solo bene privato dato che «existimabant quod non oportet hominem quaerere nisi bonum proprium» trovava in San Tommaso questa replica: «Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et praecipere de his per quae pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 10).

spazio nell'agone della dialettica politica quotidiana. È facile intuire come non sia ipotizzabile una teoria esaustiva ed organica circa il ruolo ed i poteri del giudice in società. Già taluni autori si sono spinti lungo questa intuizione che non è però riuscita a palesare effettive, ma soprattutto efficaci, alternative. D'altronde, in termini sintetici, pare utile dedurre che queste prospettive scontano spesso una critica immediata: l'aver trattato con superficialità quella letteratura giusrealista che enfatizza(va) l'elemento arbitrario insito proprio negli arresti delle corti.

Con una sorte di gioco di parole che nella presente sede varrà anche quale cennata conclusione (inevitabilmente interlocutoria) si potrebbe affermare che la fiducia nel giudice è fondata sulla "non credenza" della reale possibilità di sentenze "incredibili"; e questa convinzione, ci pare, nasce non perché vi possa essere davvero qualche ingenuo positivista devoto, non (tanto) al legislatore, ma (in alternativa) allo *stare decisis*, ma perché si possa ritenere che, per quanto sussista una forma di arbitrio nelle sentenze, essa non potrà/dovrà mai palesarsi fisiologicamente in un ordinamento giuridico in termini generali. D'altra parte, proprio su questi elementi il Grossi ha anticipato da par suo le "critiche" sulla potenziale arbitrarietà del giudice "inventore" del diritto, affidando quello che oltre ad essere una convinzione razionale risulta palesare un *affectus* reale su "imparzialità" e "ragionevolezza" del giudice medesimo in quanto tale<sup>42</sup>. Il giudice, difatti, più del legislatore-sovrano dovrebbe essere ben consapevole che ci sono dei confini nell'argomentazione, il cui superamento è considerato da tutti, e quindi anche dal giudice medesimo in prima persona, prima che ingiusto ed irrazionale, statisticamente improbabile e che si regge sull'obbligo di motivazione di una sentenza, obbligo che (oggi) non ha nessun testo legislativo.

---

<sup>42</sup> Cfr. P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 10.

*Bibliografia*

- ANCONA E., *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, in *L'Ircocervo (Rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale e Dottrina dello stato)*, 2/2008, rinvenibile in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977
- CAIANI L., *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955
- CARRINO A., *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Democrazia e diritto*, 1987
- CASA F., *Sulla giurisprudenza come scienza*, Padova, 2005
- COTTA S., *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un'analisi onto-fenomenologica)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973
- COTTA S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991
- COTTA S., *Il valore del sistema*, in *Diritto e Società*, 1984
- COTTA S., *La legislazione tra il divino e l'umano*, in A. FILIPPONIO, R. COPPOLA, *Diritto divino e legislazione umana*, Torino, 1998
- COTTA S., *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978
- COTTA S., *Soggetto Umano – Soggetto Giuridico*, Milano, 1997
- D'AGOSTINO F., *Una filosofia della famiglia*, Milano, 1999
- FAVARO A., *Note d'appunti sull'autonomia del singolo ovvero sul punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica*, in F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, Napoli, 2017
- FAZZALARI E., *Conoscenza e valori. Saggi*, Torino, 2004
- FILIASI CARCANO L., *Epistemologia delle scienze umane*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, LV, 1976
- GENTILE F., *Enrico Opocher*, in *L'Ircocervo (Rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale e Dottrina dello stato)*, n. 1/2005, rinvenibile in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)
- GENTILE F., *La selva dei diritti dell'uomo*, in *Intelligenza politica e Ragion di stato*, Milano, 1984
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000
- HABERMAS J., *Il discorso filosofico della modernità*, Bari, 1987
- HOBBS T., *Leviathan*, 1651, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2000
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004
- LEONI B., *Diritto e politica*, in *RIFD*, 1961, n. 1, pp. 89-107
- LEONI B., *Freedom and the Law*, Toronto-New York-London, 1961

- LESSIG L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999
- LESSIG L., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York, 2004
- OPOCHER E., *Fichte e il problema dell'individualità*, Padova, 1944
- PIOVANI P., *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Roma-Bari, 1961
- PLATONE, *La Repubblica*, IV, 430e, a cura di F. Adorno, Milano, 1995
- PLATONE, *Minosse*, 313c-314b, a cura di R. Radice, in G. REALE (a cura di), *Tutti gli scritti*
- ROMANO B., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II

## FORMAZIONE DELLA PROVA ED EMOZIONI DEL GIUDICE IN «THE CHILDREN ACT»\*

*Ida Ferrero*

SOMMARIO: 1. *La tutela dei minori: la legislazione britannica attraverso la finzione letteraria.* 2. *La formazione della prova e le emozioni del giudice Fiona Maye.* 3. *Il verdetto.*

### *Abstract*

The essay deals with the novel “The Children’s act” written by Ian McEwan that offers to the reader the chance to witness the evolution of the emotions during the judgement concerning the case of the young Jehovah’s Witness, Adam. The boy, aged seventeen, is treated for a leukaemia and refuses to receive a blood transfusion because of his religious belief. The hospital acts against his refusal and the judge Fiona Maye is charged with the decision. She is experiencing some troubles with her husband and decides to meet Adam in order to understand how conscious he is about the consequences of his choice. The emotions concerning her personal life and the ones generated by the encounter with the boy have an impact on the development of Fiona’s judgement. The tragic end of the novel shows how strong could be the impact of a court decision on the personal life of the people involved in it.

---

\* L’edizione del romanzo, tradotto in italiano, usata per la redazione del presente contributo è la seguente: I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2014.

### 1. La tutela dei minori: la legislazione britannica attraverso la finzione letteraria

Il romanzo *The Children Act* di Ian McEwan<sup>1</sup> offre al lettore la possibilità di assistere all'evoluzione delle emozioni e alla formazione del giudizio del magistrato sessantenne Fiona Maye, in carica nella Sezione Famiglia dell'Alta Corte britannica. Il giudice si trova ad affrontare il caso del giovane malato di leucemia Adam Henry il quale, a pochi mesi dalla maggiore età, rinuncia alle trasfusioni di sangue diventate necessarie a causa delle terapie subite. Il rifiuto dipende dalle sue convinzioni religiose poiché i Testimoni di Geova, dei quali la famiglia del minore fa parte, ritengono che tale tipo di trattamento sia contrario alla loro fede.

La contrarietà dei genitori e del ragazzo mettono in pericolo la vita del giovane e su Fiona, descritta come dotata di «divino distacco e diabolica perspicacia» e pronta a «presiedere con tutta la serietà e l'accura-

---

<sup>1</sup> Figlio di un ufficiale dell'esercito inglese, Ian McEwan (Aldershot, 1948), conseguita la laurea in letteratura inglese presso l'Università del Sussex, si è specializzato in scrittura creativa, studiando con il romanziere Malcom Bradbury. Autore prolifico, ha pubblicato la sua prima raccolta di racconti *First Love, Last Rites* nel 1975. A essa sono seguiti numerosi romanzi, racconti, libri per bambini, opere teatrali e sceneggiature che lo hanno reso uno dei narratori britannici più noti e letti. Libri come *Il giardino di cemento* (1978, trasposto al cinema nel 1993 da Andrew Birkin), *The Comfort of Strangers* (*Cortesie per gli ospiti*, 1981, da cui nel 1990 venne tratto l'omonimo film interpretato da Christopher Walken, Rupert Everett, Natasha Richardson ed Helen Mirren per la regia di Paul Schrader), *L'amore fatale* (1997), anch'esso alla base di un film diretto da Roger Michell, *Amsterdam* (1998) e *Sabato* (2005) si sono imposti come punti di riferimento nella letteratura mondiale per la loro intensità psicologica e per la capacità di esplorare situazioni al limite del paradosso e complesse relazioni sentimentali. Nell'arco della sua carriera ha vinto il Somerset Maugham Award per *Primo amore, ultimi riti*, il Whitbread Award per *Bambini nel tempo* e il Booker Prize per *Amsterdam*. Con i bestseller *Espiazione* – da cui nel 2007 è stato tratto il celebre lungometraggio di Joe Wright – e *Chesil Beach* è stato due volte finalista al Booker Prize. Tra il 2010 e il 2019 ha pubblicato: *Solar*; *Sweet Tooth* (Miele); *The Children Act* (*La ballata di Adam Henry*, la cui protagonista è stata magistralmente interpretata al cinema da Emma Thompson); *Nutshell* (*Nel guscio*); *My Purple Scented Novel* (*Il mio romanzo viola profumato*) e il fantascientifico *Machine like me* (*Macchine come me*).

tezza di un fisico nucleare»<sup>2</sup> grava la responsabilità di stabilire quale peso attribuire alla volontà di Adam Henry.

Infatti, il sistema giudiziario britannico prevede che – nel caso di un figlio minore ormai prossimo a raggiungere la maggiore età – la contrarietà dei genitori non sia l'unico elemento da tenere in considerazione per la formazione della decisione giudiziale ma si debba valutare anche il grado di maturità del giovane e, di conseguenza, attribuire peso anche alla sua volontà. Tale approccio è stato definito a partire dalla decisione *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* che «appeared to grant mature minors the right to make independent decisions»<sup>3</sup>. La ragione alla base di tale approccio favorevole a supportare scelte autonome da parte dei minori risiedeva nella convinzione che essi potessero scegliere liberamente il loro «lifestyle and to enter social relations according to his own inclinations uncontrolled by the authority of the adult world, whether parents or institutions»<sup>4</sup>.

La sentenza è stata considerata una vittoria per la tutela dei diritti dei minori ed è stata seguita anche da cambiamenti legislativi volti a corroborare tale approccio. Si tratta proprio del *Children Act* che ha ispirato il titolo della versione originale del romanzo: tale testo normativo aveva previsto che, in talune circostanze, si dovesse tenere conto dei desideri del minore nel caso in cui avesse «maturato discernimento e capacità sufficienti a comprendere appieno quanto proposto». Il provvedimento legislativo si ispirava apertamente all'approccio adottato dalla sentenza *Gillick* tanto da prevedere dei criteri per valutare la maturità dei minori chiamati proprio test della «capacità di *Gillick*».

Anche nel romanzo di Ian McEwan, durante la prima seduta di fronte al giudice Maye, l'avvocato che sostiene le ragioni della struttura ospedaliera, la quale vorrebbe imporre la trasfusione di sangue al minore al fine di tutelarne la salute e la vita, richiama tali criteri al fine di sostenere che, nonostante l'intelligenza e la cultura del ragazzo, il giovane avesse

---

<sup>2</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 32.

<sup>3</sup> Come si legge in C. BRIDGE, *Religious beliefs and teenage refusal of medical treatment*, in *The Modern Law Review*, vol. 62, n. 4, 1999, p. 585.

<sup>4</sup> G. DOUGLAS, *The retreat from Gillick*, in *The Modern Law Review*, vol. 55, n. 4, 1992, p. 570.

una nozione assai imprecisa di quanto sarebbe accaduto in caso di mancato trattamento ematico. La sua era un'idea vaga e per certi versi romantica della morte che lo attendeva. Pertanto, non si poteva ritenere che Adam rispondesse ai criteri stabiliti da Lord Scarman [giudice della sentenza Gillick]<sup>5</sup>.

In Gran Bretagna si è però presto rivelata la complessità dell'applicazione di tale normativa, sfociata in una serie di decisioni giudiziali degli anni Novanta che hanno contrastato le scelte in materia medica dei minori a favore della linea d'azione suggerita dal personale medico<sup>6</sup>.

Tra questi casi si può annoverare quello di *Re L [Medical treatment. Gillick competency]*<sup>7</sup> relativo ad una quattordicenne appartenente – così come i suoi genitori – alla congregazione dei Testimoni di Geova, la quale aveva riportato ustioni su gran parte del corpo. Per evitare la cancrena, la giovane avrebbe dovuto subire più operazioni il cui buon esito sarebbe dipeso anche dalla possibilità di effettuare trasfusioni di sangue. La ragazza, come il protagonista del romanzo di Ian McEwan, aveva dimostrato particolare intelligenza per la sua età così come una convinta adesione al credo condiviso con la sua famiglia, e aveva fermamente rifiutato la possibilità di essere sottoposta a emotrasfusioni.

Nel caso della giovane, dalla lettura della sentenza pare evidente come non fosse stato esplicitamente domandato il consenso dei genitori in merito alla trasfusione: la ragione della mancata richiesta risiedeva probabilmente nella volontà di non sottoporre la ragazza ad ulteriori pressioni, mettendola nella condizione di aderire necessariamente alla posizione della famiglia<sup>8</sup>. In ogni caso la giurisdizione dell'Alta Corte

---

<sup>5</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 64.

<sup>6</sup> C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 585, dove si afferma che «in an apparent 'reversal of fortune' judges proceeded to overrule the medical decisions of older children in favour of the clinical decisions of their doctors».

<sup>7</sup> Si tratta del caso deciso da Sir Stephen Brown, presidente della *Family Division* dell'Alta Corte britannica e riportato in *Family Law Review*, 1992, vol. 2, p. 810.

<sup>8</sup> C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 586, dove si ricorda come «the judgement gives no indication to why they were not asked but, presumably, their religion would have compelled them to refuse thus placing even more pressure on the girl to adhere to their purported wishes».

britannica, come appare sia nella realtà del caso giudiziario sia nella finzione narrativa, ha il potere di prendere una decisione in contrasto sia con la volontà di un minore, pur dotato di una maturità tale da rientrare nei criteri della sentenza Gillick, sia con la volontà dei suoi genitori<sup>9</sup>.

Sia nel caso giudiziario sia nel romanzo, al minore che rifiuta la trasfusione di sangue non vengono descritti i terribili dettagli della morte e dei possibili handicap fisici e mentali cui andrebbe incontro se persistesse nel non consentire il trattamento medico. In tribunale, infatti, il medico che segue Adam Henry afferma che egli è a conoscenza solo «in termini molto generici»<sup>10</sup> di che cosa gli succedrebbe se continuasse a non voler essere sottoposto alla trasfusione e la giovane ragazza «had not been told, by either her doctor or her family, of the distressing nature of her predicted death»<sup>11</sup>.

Anche il caso *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*<sup>12</sup> è stato preso in considerazione dalla dottrina giuridica che si è occupata di studiare l'evoluzione della legislazione e giurisprudenza britannica nell'ambito della possibilità di scelte autonome dei minori di adesione o rifiuto di trattamenti sanitari. Si tratta del caso di un giovane di quasi sedici anni, affetto da leucemia, il quale aveva rifiutato, così come i suoi genitori, di essere sottoposto a trasfusioni di sangue perché in contrasto con il credo dei Testimoni di Geova dei quali faceva parte.

Si tratta del caso che ha direttamente ispirato Ian McEwan nella scelta del tema da affrontare per il suo romanzo. Lo scrittore ha infatti dichiarato di aver avuto occasione di leggere alcune sentenze del giudice Alan Ward durante una cena fra amici e di essere rimasto particolarmente impressionato da tale lettura:

---

<sup>9</sup>C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 586, dove si afferma che «the power of the high court exercising its inherent jurisdiction may override both *Gillick* competent children and their parents».

<sup>10</sup>I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 53.

<sup>11</sup>C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 591.

<sup>12</sup>Si tratta del caso *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* riportato in *Family Law Review*, 1993, vol. 1, p. 386. Va sottolineato, però, come il caso fosse stato proposto all'Alta Corte Britannica nel 1990, prima dell'entrata in vigore del *Children Act*.

it was the prose that struck me first. Clean, precise, delicious. Serious, of course, compassionate at points, but lurking within its intelligence was something like humor, or wit, derived perhaps from its godly distance, which in turn reminded me of a novelist's omniscience<sup>13</sup>.

Il parallelo fra la prosa giudiziaria e l'attività del romanziere è tratteggiato dallo stesso McEwan, il quale afferma

these judgments were like short stories, or novellas; the background to some dispute or dilemma crisply summarized, characters drawn with quick strokes, the story distributed across several points of view and, towards its end, some sympathy extended towards those whom, ultimately, the narrative would not favor<sup>14</sup>.

La descrizione dello scrittore e il parallelo fatto tra la narrativa delle sentenze e quella letteraria sembrano concordare con quanto afferma Patrick Hogan, secondo il quale

Our emotional response to stories is inseparable from our empathic response to the characters, their situations, actions, capacities, and so forth is relevant in both literature and law<sup>15</sup>.

Nel caso specifico, McEwan aveva altresì avuto la possibilità di conoscere di persona il giudice estensore della sentenza e comprendere appieno il suo approccio, anche emotivo, per la decisione del caso a lui sottoposto. Va sottolineato come l'interesse dei romanziere per le tematiche e per il tipo di narrazione adottata nelle aule giudiziarie non contraddistingua solo il periodo attuale ma risalga ad un'epoca ben precedente. Già Thomas Hardy, alla fine dell'Ottocento, dichiarava di aver tratto ispirazione per i personaggi e la trama dei suoi romanzi dalla frequentazione dei tribunali: si tratta di un dato che può essere confermato dalla lettura della biografia curata dalla moglie Florence Hardy, la quale

---

<sup>13</sup> I. MCEWAN, *The Heartwrenching Court Cases That Inspired My New Novel*, in *The New Republic*, 6 settembre 2014.

<sup>14</sup> I. MCEWAN, *The Heartwrenching Court Cases*, cit.

<sup>15</sup> P.C. HOGAN, *What Literature Teaches Us About Emotion*, Cambridge, 2011, p. 276.

spiegava come il marito fosse «still compelled to get novel padding»<sup>16</sup>, quando aveva occasione di passare del tempo nelle aule di giustizia<sup>17</sup>.

Il contatto con le variegate vicende del mondo ‘reale’ probabilmente influenzò anche la sua produzione letteraria, come dichiarava egli stesso in un’intervista al quotidiano *Dorset county chronicle* del 18 febbraio 1886 nella quale affermava come «the duties of office keep him in touch with some sterner facts of existence that are apt to be lost sight in the dream world of books»<sup>18</sup>.

Nel caso del romanzo *The Children Act*, l’autore era entrato in contatto proprio con il giudice Alan Ward, il quale si era occupato del caso sopra citato, *Re E*. Per arrivare alla decisione, egli si era soffermato in particolare sulla valutazione della presenza o meno di fattori tali da permettere, secondo il ‘test di Gillick’, una scelta autonoma del minore. Come nel caso *Re L*, il giovane malato di leucemia aveva dimostrato intelligenza e maturità ma il giudice aveva valutato che ci fosse «a range of decisions of which some are outside his ability fully to grasp their implications». Trattandosi di una questione di vita e di morte, si

---

<sup>16</sup> F. HARDY, *The early life of Thomas Hardy, 1840-1891, compiled largely from contemporary notes, letters, diaries, and biographical memoranda, as well as from oral information in conversations extending over many years*, New York, 1928, p. 297. Il termine *novel padding* potrebbe essere tradotto con la ricerca di materiale per i suoi romanzi: tale interesse è testimoniato anche dalle annotazioni prese nel suo taccuino T. HARDY, *Thomas Hardy's 'Facts' Notebook: A Critical Edition*, a cura di W. Greenslade, Aldershot, 2004.

<sup>17</sup> Come risulta dall’opera E.G. SAMPSON, *Thomas Hardy justice of the peace*, in *Colby Library Quarterly*, vol. 13, n. 4, dicembre 1977, p. 263. In particolare, Thomas Hardy aveva ricoperto la carica di *Justice of the Peace for the Borough of Dorchester*: tale ruolo non comportava alcuna retribuzione, né alcuna specifica preparazione giuridica era richiesta poiché tale tipo di magistrato si occupava delle *Borough petty sessions*, ovvero dei reati minori. I testi posseduti da Thomas Hardy rivelano, comunque, una solida preparazione giuridica: fra gli altri *Every Man's Own Lawyer: a Handy book of the Principles of Law and Equity comprising the rights and wrongs of Individuals, Select extracts from Blackstone's Commentaries* (1837) e *The Justice's Manual* (1889) di Samuel Stone, come si legge in T. FERGUSON, *Thomas Hardy's legal fictions*, Edimburgo, 2013, p. 3.

<sup>18</sup> La sua dichiarazione può essere così tradotta: “i doveri d’ufficio l’avevano mantenuto in contatto con gli aspetti più duri dell’esistenza, che si rischiavano di perdere di vista nel mondo di sogno dei libri”.

potrebbe osservare che pretendere la completa comprensione delle conseguenze delle proprie decisioni possa essere considerato un parametro difficile da adempiere sia per un sedicenne, sia per un ventenne o sessantenne malato e impaurito.

Ciononostante, il giudice Ward aveva valutato che ci fossero altri fattori i quali avevano fatto sì che il giovane avesse un'autonomia di scelta solo apparentemente libera da costrizioni: infatti, pur dimostrando un'adesione convinta ed una conoscenza non superficiale della sua fede, il ragazzo aveva sempre vissuto sotto la forte influenza della comunità religiosa cui apparteneva, col conseguente desiderio di non deludere le aspettative ed entrare in contrasto con i genitori e gli altri membri del culto<sup>19</sup>. Nella sentenza si legge, infatti, che si trattava di un giovane «who seeks and needs the love and respect of his parents whom he would wish to honour as the Bible exhorts him to honour them»<sup>20</sup>.

Una prospettiva simile era stata adottata anche per il caso sopra citato di *Re L.*, nel quale il giudice aveva osservato che per la giovane

the Jehowa's witness congregation [formed] a very large part of her life and she had spent some 60 hours of the week before her accident dealing with matters connected with the church<sup>21</sup>.

Anche in questa vicenda, per valutare la possibilità di decisione autonoma del minore, era stato considerato decisivo l'elemento dell'influenza di una comunità chiusa e coesa come quella dei testimoni di

---

<sup>19</sup> M. BRAZIER, C. BRIDGE, *Coercion or caring: analysing adolescent autonomy*, in *Legal studies*, 16, vol. 1, 1996, p. 22, dove si legge che «a life-long indoctrination bolstered by the convictions of his parents and church elders perhaps left little room for E to exercise free will».

<sup>20</sup> *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*, in *Family Law Review*, 1993, vol. 1, p. 393.

<sup>21</sup> *Re L [Medical treatment. Gillick competency]*, in *Family Law Review*, 1992, vol. 2, p. 813. Come si osserva in C. BRIDGE, *op. cit.*, pp. 587-590, ci si può chiedere se «was such devotion truly genuine and long lasting or was it simply a facet of youth combined with the powerful influence of organised religion?». L'accento sulla limitata esperienza della giovane si ripete nella sentenza dove si afferma «her life had been sheltered, although not unrealistically so, yet the narrow confines of her 'tight family circle' gave the girl a 'limited experience of life'».

Geova, la quale aveva lasciato pochissimo spazio per il confronto con opinioni diverse e aveva, invece, ingenerato il possibile timore di esclusione dal gruppo di appartenenza. Nel caso *Re L*, la corte aveva adottato l'approccio dello psichiatra che aveva visitato la ragazzina, il quale riteneva che alla giovane mancasse la «constructive formulation of an opinion which occurs with adult experience»<sup>22</sup>. Resta da domandarsi se solo con un elemento come quello del raggiungimento della maggiore età ci siano maggiori possibilità di confronto e di 'razionalizzazione' tali da rendere la scelta davvero 'autonoma', o se permanga l'influenza di un credo religioso che, di qualsiasi tipo, sfugge per sua natura alla razionalità...

La lettura del romanzo *The Children Act* risulta particolarmente interessante se associata all'analisi della dottrina giuridica che si è occupata di commentare tali sentenze e che pone l'interrogativo se

The court's power always be exercised to protect their welfare. Why then go through a process which is essentially a sham? Why pretend to apply a test of competence in a case such as this when the inevitable result of the court's deliberation is so clearly based on outcome'<sup>23</sup>?

Infatti, attraverso le pagine del romanzo e l'interazione che ne emerge fra le logiche processuali, la conoscenza approfondita del diritto e le emozioni che scaturiscono dall'incontro diretto fra la giudice Maye e il giovane, è possibile un approccio da un diverso punto di vista ovvero un'indagine sul ruolo svolto dall'emotività e dall'esperienza personale sul percorso argomentativo e sulle scelte di un magistrato.

---

<sup>22</sup> *Re L [Medical treatment. Gillick competency]*, cit., p. 812.

<sup>23</sup> C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 591.

## 2. *La formazione della prova e le emozioni del giudice Fiona Maye*

La conclusione che si può ritrovare nella dottrina per cui

The law should openly declare that welfare reigns when grave decisions with momentous outcomes are considered and recognise that adolescent autonomy is, inevitably, circumscribed<sup>24</sup>

pare essere simile all'approdo finale del lungo processo decisionale del giudice Maye, alla cui evoluzione si assiste nel romanzo così come alla formazione delle sue convinzioni sotto il profilo giuridico ed emotivo.

Fin dal primo momento in cui le viene esposto il caso dal cancelliere, il giudice Maye sembra divisa fra più emozioni: da un lato, è consapevole della necessità di mantenere il suo atteggiamento professionale in base al quale il suo compito non è di «salvarlo, ma di stabilire che cosa [sia] logico e legale», dall'altro lato, occuparsi della questione sembra offrirle una possibilità inaspettata di allontanare la mente dai suoi problemi coniugali. È forse proprio la sua situazione personale, ed il turbamento emotivo che ne consegue, a spingerla ad affrontare il caso con strumenti diversi da quelli ai quali si sarebbe normalmente affidata. Può essere proprio il fatto che Adam avesse «quasi diciott'anni, l'età dell'autonomia in base alla legge»<sup>25</sup> a farle ritenere che la volontà del ragazzo «avrebbe giocato un ruolo di cruciale importanza» per la sua decisione. Fiona, pronta a «presiedere con tutta la serietà e l'accuratezza di un fisico nucleare» è consapevole del fatto che su di lei gravi la responsabilità di stabilire quale peso attribuire alla volontà di Adam Henry.

Così, nella duplice prospettiva di assolvere adeguatamente al proprio compito esprimendosi con una decisione «frutto dell'osservazione diretta» e di «togliersi per un'ora o due dal pantano di casa»<sup>26</sup>, la giudice decide di recarsi di persona a far visita al giovane in ospedale.

---

<sup>24</sup> C. BRIDGE, *op. cit.*, p. 591.

<sup>25</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 30.

<sup>26</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 31.

Partendo dalla considerazione espressa nella sentenza *Re MB (medical treatment)* dove si è affermata l'incapacità di una donna adulta di accettare o rifiutare un taglio cesareo a causa della sua fobia per gli aghi, sulla base del presupposto per cui «graver the consequences of the decision, the commensurately greater the level of competence is required to take the decision»<sup>27</sup>, si può agevolmente concludere che tale principio possa essere applicato anche ai minori. Per questa ragione, in un caso come quello del giovane Adam Smith nel quale è in gioco la sua stessa sopravvivenza, è palese l'influenza della letteratura giudiziaria nel romanzo per la scelta della dichiarazione di Fiona, la quale afferma che

non è tanto la sua conoscenza delle Scritture a interessarmi quanto la sua capacità di comprendere le condizioni in cui versa e ciò che lo aspetta, nel caso in cui io decidessi di respingere le richieste dell'ospedale<sup>28</sup>.

Un altro motivo che la spinge alla visita in ospedale è legato solamente alla sua sfera emotiva e al bisogno di far sentire a Adam che «non si trova nelle mani di una macchina burocratica impersonale»<sup>29</sup> ma che la decisione della causa dipenderà anche dall'interazione con un essere umano che ha a cuore il suo benessere. La scelta di Fiona sembra concordare con quanto richiamato da un'altra giudice, Jeanne Gaaker<sup>30</sup> quando condivide la considerazione per cui «too much respect for law

---

<sup>27</sup> *Re MB (medical treatment)*, in *Family Law Review*, 1997, vol. 2, p. 426.

<sup>28</sup> La scelta letteraria può essere stata influenzata da quanto avvenuto anche nel caso sopra citato del quale si era occupato il giudice Alan Ward, il quale ha descritto al quotidiano *The Telegraph* come «I felt it was wrong to decide as crucial a case as that without seeing him, On a Friday afternoon in September, in the middle of rush hour, I flogged across to Hammersmith, waved the family away from the bed and had half an hour talking to him about this and that, Tottenham and so forth, just to introduce myself».

<sup>29</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 67.

<sup>30</sup> J. GAAKEER, *Practical Wisdom and Judicial Practice: Who's in Narrative Control?*, in *ISLL Papers The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, vol. 8, 2015, p. 5.

and a lack of humane imagination is a terrible thing in a judge»<sup>31</sup>. Fiona non manca di immaginazione e sceglie un incontro dal vivo per valutare la situazione del giovane e fargli percepire che il suo obiettivo sia la tutela del benessere di Adam.

Proprio al concetto di benessere del minore viene dedicata nel romanzo una lunga riflessione del giudice, in occasione della decisione di un altro caso a lei sottoposto. Fiona accoglie la tesi di Lord Hailsham per cui il concetto di benessere non può essere distinto da quello di bene e non può «non essere comprensivo di tutto ciò che appaia rilevante nel favorire un corretto sviluppo del minore come persona»<sup>32</sup>. La giudice si premura altresì di sottolineare come la prospettiva da adottare per tale valutazione sia quella di un medio-lungo termine, in armonia con le attuali aspettative di sopravvivenza. L'adesione a tale tipo di concetto di benessere influisce sicuramente sull'approccio ad un caso come quello del giovane testimone di Geova il quale rischierebbe, qualora non venisse effettuata la trasfusione, la morte o comunque una forma di grave disabilità.

In occasione della prima udienza presso di lei le parti si esprimono in merito alla sussistenza o meno in capo a Adam della sopra citata «capacità di Gillick»: l'avvocato che rappresenta l'ospedale sostiene che il ragazzo non possieda capacità sufficienti «per comprendere appieno quanto proposto» e l'assistente sociale che lo ha conosciuto durante la malattia dichiara che «il ragazzo [è] sveglio e [sa] il fatto suo, ma ancora tanto giovane. Un bambino non si dovrebbe ammazzare per la religione»<sup>33</sup>. Dall'altro lato, il legale del giovane e dei suoi genitori sostiene che la mancata conoscenza delle precise modalità della sua morte non comprometta la sussistenza in capo al suo assistito dei criteri richiesti dalla sentenza Gillick poiché nessun individuo giudicato capace secondo tale decisione può disporre di una consapevolezza completa in merito.

Un ulteriore elemento su cui si sofferma la difesa dell'ospedale è il sospetto che Adam sia indebitamente influenzato dalla paura di essere

---

<sup>31</sup> G. WATT, *Equity Stirring. The Story of Justice beyond Law*, Oxford-Portland, 2009, p. 20.

<sup>32</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 16.

<sup>33</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 63.

escluso dalla congregazione in caso di rifiuto poiché «se accettasse di essere trasfuso verrebbe, come dite voi, dis-aggregato, in altre parole bandito dalla comunità». Sul punto è lo stesso padre del giovane ad affermare che «sono pochissimi quelli che si allontanano dagli insegnamenti del corpo direttivo. Io non ne conosco nemmeno uno nella nostra congregazione»<sup>34</sup>.

In merito a quest'ultimo aspetto, appare chiaro nel romanzo come la giudice si renda conto di appartenere a sua volta ad un'élite di intellettuali che forma

una comunità storica chiusa agli estranei, una fortezza abitata da giudici e avvocati che erano al tempo stesso musicisti, intenditori di vini, aspiranti scrittori [...] un covo di competenze miste a chiacchiere<sup>35</sup>.

L'incontro fra Adam e Fiona può essere così visto come quello fra due gruppi chiusi, ciascuno caratterizzato da abitudini e regole condivise. Può essere proprio il senso di appartenenza alla propria comunità, la possibilità di esprimere al suo interno anche le sue passioni musicali e condividerle con colleghi, amici e col marito, così come il timore di esserne esclusa a causa della crisi col marito, a rendere la giudice particolarmente sensibile al caso del giovane testimone di Geova.

Durante la sua visita in ospedale, Fiona esplicita chiaramente al ragazzo quale sia il fine del colloquio ovvero quello di accertarsi «che [egli] sappia quel che [fa]»<sup>36</sup>. Sono proprio le emozioni scatenate nella giudice dall'incontro a farle «passare il segno, superare il limite imposto dalla legge», ponendo al giovane la seguente domanda «credi che Dio sarebbe contento di averti cieco, demente o in dialisi per il resto della vita?»<sup>37</sup>. Non solo, la volontà di conoscere meglio il giovane anche sotto il profilo emotivo la spinge a porgli domande sui suoi interessi musicali e letterari, temi che si riveleranno importanti ai fini della sua decisione.

---

<sup>34</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 60.

<sup>35</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 91.

<sup>36</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 77.

<sup>37</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 78.

Infatti, quando Fiona chiede notizie al giovane in merito ad una delle poesie che egli ha scritto, questi risponde che

l'ho scritta quando il signor Crosby, uno degli anziani mi ha detto che in caso non si fosse potuto evitare il peggio, la cosa avrebbe avuto conseguenze fantastiche per tutti<sup>38</sup>.

Adam chiarisce infatti che, nel caso fosse morto a causa della sua volontà di mantenere fede alle proprie convinzioni religiose, il suo gesto «avrebbe inondato la chiesa d'amore». Appare così chiaro che sia i genitori sia gli altri membri della comunità non abbiano neppure preso in considerazione la possibilità che Adam scegliesse di acconsentire e di ricevere una trasfusione di sangue: all'interno del suo gruppo di appartenenza non c'è stata alcuna possibilità per Adam di valutare e discutere un'eventuale alternativa all'osservanza dei precetti religiosi. L'impressione suscitata nel giudice è quella per cui il ragazzo

si fece portavoce della confraternita quando disse che i membri della sua congregazione non chiedevano altro che di essere lasciati vivere secondo verità che reputavano inequivocabili<sup>39</sup>.

Anche nel momento in cui il giovane prende in mano il violino, che ha cominciato a suonare da un mesetto, la giudice è commossa dalla sua bravura e perseveranza: anche questo elemento serve per la formazione delle sue convinzioni poiché ella è convinta che chi si avvicina ad uno strumento musicale compia «un gesto di speranza che comporti il desiderio di un futuro»<sup>40</sup>, desiderio che non avrebbe potuto realizzarsi se il giovane avesse continuato a rifiutare la trasfusione.

### 3. *Il verdetto*

Nel momento in cui Fiona torna in aula per esporre la sua decisione, l'influenza delle impressioni suscitate dall'incontro col giovane è evi-

---

<sup>38</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 80.

<sup>39</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 83.

<sup>40</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 84.

dente. Da un lato, in merito alla cosiddetta «capacità di Gillick», la giudice non può far che concordare sul fatto che il giovane sia dotato di intelligenza e perspicacia fuori dal comune ma che, allo stesso tempo, abbia poca cognizione del dolore e dell'angoscia che lo aspetterebbe se non venisse effettuata la trasfusione.

Ciononostante, Fiona esplicita chiaramente che l'elemento decisivo per le sue scelte non sia stata o meno la sussistenza in capo al giovane dei requisiti richiesti dalla sentenza Gillick ma il concetto che ha guidato la sentenza del giudice Ward, esplicitamente richiamata nel testo del romanzo, ovvero quello in base al quale «il benessere del minore pertanto guida la mia decisione e sarà mio dovere stabilire come esso imponga d'agire»<sup>41</sup>. Il punto su cui la giudice si concentra è proprio la forza dei convincimenti di Adam e dei genitori, tanto potente da far sì che egli sia pronto a morire ed i suoi genitori pronti a sacrificarlo: è proprio l'intensità della fede dimostrata a farla riflettere perché

l'infanzia [di Adam] è stata un'ininterrotta e monotona esposizione a una potente visione del mondo dalla quale il ragazzo non può non essere stato condizionato<sup>42</sup>.

Richiamando il concetto del benessere del minore espresso dal giudice Ward, Fiona afferma infine che «non favorirà il suo benessere patire i tormenti di una morte non necessaria e trasformarsi così in un martire della fede»<sup>43</sup>. Infatti, la giudice sostiene che la decisione condivisa dal ragazzo, dai genitori e dalla congregazione sia contraria al benessere di Adam, «che costituisce il discrimine sovrano di questa corte»<sup>44</sup>. Il benessere di Adam, secondo Fiona, avrebbe tratto maggiore vantaggio dalla possibilità di continuare a coltivare l'amore per la poesia e per il violino invece che dal rispetto del suo diritto di rifiutare le cure che ne avrebbe comportato la morte o comunque un grave handicap.

Dalla sentenza appare chiaro come l'incontro col ragazzo e le emozioni suscitare nel giudice dalla scoperta delle vivaci passioni intellet-

---

<sup>41</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 88.

<sup>42</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 89.

<sup>43</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 89.

<sup>44</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 90.

tuali di Adam abbia orientato la scelta di Fiona e sia stato decisivo per una valutazione del provvedimento che maggiormente avrebbe favorito il benessere del ragazzo.

Lo strumento letterario permette di far luce anche sul coinvolgimento della sfera emotiva del giovane a seguito della sentenza e di assistere alle conseguenze provocate dalla sentenza. Come Fiona viene a sapere dallo stesso Adam, il giovane aveva subito con sofferenza la trasfusione di sangue ma un turbamento ancora maggiore era stato provocato dal fatto di aver compreso come i genitori non condividessero il suo sgoimento e, anzi, gioissero del miglioramento della sua salute dovuto al trattamento. L'intervento della giudice aveva infatti permesso che, da un lato, i genitori rispettassero la legge, ubbidissero agli anziani, sperando così di poter accedere al paradiso, ma, dall'altro lato, avessero il figlio vivo e in buona salute<sup>45</sup>.

Come Adam racconta a Fiona, la scoperta di quello che lui ritiene essere un imbroglio lo ha fatto allontanare dalla fede, lasciandolo disorientato e senza punti di riferimento. Fiona pare così aver veramente assunto, anche per i genitori, le vesti di nume tutelare del benessere del minore: assumendo la piena responsabilità di un atto che essi ritengono contrario ai dettami della loro religione ha fatto sì che fosse salvaguardata la salute del loro amato figlio. Adam si trova così ad affrontare il mondo esterno, privo delle sicurezze che la fede gli aveva fino a quel momento fornito. Il giovane cerca un sostegno in Fiona perché, a differenza dei membri della sua congregazione, la donna «ha sempre saputo come stavano le cose ma non lo ha detto. Ha solo fatto domande e ascoltato le risposte»<sup>46</sup>. Lo stesso Adam si rende conto di essere stato pronto a morire anche perché il suo sacrificio lo avrebbe reso simile ad un eroe nobile e che sarebbe stato ammirato e «i miei genitori e gli anziani erano fieri di me, e questo mi piaceva»<sup>47</sup>. Con una visione retro-

---

<sup>45</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 100. Adam descrive con rabbia e ironia quello che lui sente come un inganno: «Prendetevela con il giudice, con un sistema senza dio, prendetevela con quello che certe volte noi chiamiamo “il mondo”. Che sollievo! Abbiamo ancora nostro figlio pure avendo sostenuto che doveva morire».

<sup>46</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 119.

<sup>47</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 116.

spettiva l'intervento di Fiona gli ricorda quello di un adulto che entra in una stanza di bambini che litigano e li invita a smettere con le sciocchezze e di andare a tavola.

Ciononostante, Fiona non può e non vuole dare al giovane il sostegno di cui lui avrebbe bisogno. La giudice si rende conto solo dopo la morte di Adam ormai maggiorenne, il quale ha avuto una recidiva della leucemia e ha nuovamente rifiutato le trasfusioni, di essere stata convinta che «le sue responsabilità non andassero oltre le mura di quell'aula»<sup>48</sup> senza rendersi conto che al giovane doveva essere sembrato «immenso e bello e spaventoso il mondo, senza la fede»<sup>49</sup>.

Il romanzo di Ian McEwan permette al lettore di addentrarsi nei dettagli di un caso processuale che coinvolge necessariamente anche la sfera delle emozioni e delle convinzioni personali con un approccio molto lontano da quello che si potrebbe avere attraverso la sola lettura dei provvedimenti e degli atti del processo. La letteratura si fa strumento per indagare su un tassello, come quello delle emozioni del giudice, che inevitabilmente fa parte del processo con cui si arriva ad una decisione ma che costituisce di norma solo un sostrato che può essere solamente intuito e che, invece, il romanzo permette di cogliere appieno.

### *Bibliografia*

- BRAZIER M., BRIDGE C., *Coercion or caring: analysing adolescent autonomy*, in *Legal Studies*, 16, vol. 1, 1996
- BRIDGE C., *Religious beliefs and teenage refusal of medical treatment*, in *The Modern Law Review*, vol. 62 n. 4, 1999
- DOUGLAS G., *The Retreat from Gillick*, in *The Modern Law Review*, vol. 55, n. 4, 1992
- FERGUSON T., *Thomas Hardy's Legal Fictions*, Edimburgo, 2013
- GAAKEER J., *Practical Wisdom and Judicial Practice: Who's in Narrative Control?*, in *ISLL Papers The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, vol. 8, 2015
- HARDY T., *The early life of Thomas Hardy, 1840-1891, compiled largely from contemporary notes, letters, diaries, and biographical memoranda, as well*

<sup>48</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 152.

<sup>49</sup> I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, cit., p. 151.

*as from oral information in conversations extending over many years*, New York, 1928

HARDY T., *Thomas Hardy's 'Facts' Notebook: A Critical Edition*, a cura di W. Greenslade, Aldershot, 2004

HOGAN P.C., *What Literature Teaches Us About Emotion*, Cambridge, 2011

MCEWAN I., *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2014

MCEWAN I., *The Heartwrenching Court Cases That Inspired My New Novel*, in *The New Republic*, 6 settembre 2014

SAMPSON E.G., *Thomas Hardy Justice of the Peace*, in *Colby Library Quarterly*, vol. 13, n. 4, 1977

WATT G., *Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*, Oxford-Portland, 2009

# APPUNTI E SPUNTI SU ONERE DELLA PROVA E «COMUNE SENTIRE»

*Mattia Garavaglia*

**SOMMARIO:** 1. Due premesse su «ragione», «emozioni» e onere della prova. Prima premessa: l'«emozione» come «comune sentire». 2. Seconda premessa: le due facce della regola dell'onere della prova. 3. Origine della regola. Onere della prova e crisi del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite. 4. Analisi dell'evoluzione storica che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova rispetto a talune fattispecie. A) Il conflitto fra *aequitas* sotteso alla ripartizione dell'onere della prova nel retratto litigioso. 5. Segue: B) La ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto dal codice «liberale» del 1865 e quello del 1942. 6. Segue: C) Onere della prova e politica economica. Il caso del privilegio del credito del venditore di macchine esaminato da Enrico Finzi, fra un precedente inglese e un attuale dibattito americano. 7. Onere della prova e «comune sentire» oggi. Le implicazioni sottese al criterio della «vicinanza» alla prova: ricerca della «verità» ed «economia» del processo. 8. Inutilità dell'onere della prova? A proposito di un recente scritto di Jordi Nieva Fenoll.

## *Abstract*

In civil litigation, there is a strong bond between the way the burden of proof is allocated between the plaintiff and the defendant, and the common policy of a given social and cultural context.

This bond dates back to the ancient Roman age, where the burden of proof itself was born from the ashes of the *iusiurandum*. Then, through the centuries, and from the Italian perspective, the allocation of the burden of proof has always been correlated to political and economic reasons.

In the present days, most of the times the allocation of the burden of proof complies with the access to evidence rule, which in turns links to two procedural policies.

An epistemic one, by which the burden of proof must be assigned to which one of the parties has the easiest access to the evidence regarding a certain issue of fact because this ensures highest chances of discovering the truth.

Moreover, a cost-effectiveness one, by which the burden of proof must be assigned to whom has the easiest access to the evidence because this is the most efficient way to cut trial costs.

*1. Due premesse su «ragione», «emozioni» e onere della prova. Prima premessa: l'«emozione» come «comune sentire»*

Il tema dell'«*Onus probandi*. La formazione della prova fra ragioni ed emozioni» ben si presta a essere indagato dall'angolo visuale del processo civile, ove, con riferimento al principio dell'onere della prova, sembrerebbe assai vivo il contrasto fra «ragione» ed «emozioni», queste ultime intese in senso lato come «sentimenti»<sup>1</sup>.

Quanto alla prima, è agevole vedere nella norma più importante in questa materia, l'art. 2697 c.c., un autentico monumento alla «ragione» dell'onere della prova, non a caso ereditato in linea retta dal principale prodotto della cultura giuridica di stampo «illuminista», il *Code Napoléon*<sup>2</sup>. Questa norma delinea una dimensione indubbiamente razionale (financo «meccanica») dell'*onus probandi*, suddividendo i fatti rilevanti per la fattispecie dei diritti soggettivi in quattro «categorie» (costitutivi, estintivi, modificativi e impeditivi), e stabilendo poi che i primi

---

<sup>1</sup> Sui rapporti intercorrenti fra queste due nozioni v. per tutti e in generale N.H. FRIJDA, *The emotions*, Parigi, 1986, anche nella traduzione in italiano curata da Anna Emilia Berti e Vanda Lucia Zammuner, *Emozioni*, Bologna, 1990; ID., voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, pp. 559 ss.

<sup>2</sup> Il codice civile francese del 1804 prescriveva all'art. 1315, co. 1, che «Celui que réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver», e, al co. 2, che «Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait que a produit l'extinction de son obligation». Del tutto analogamente disponeva l'art. 1312 del codice civile del Regno d'Italia del 1865 («chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende di esserne liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»). Con l'art. 2697 c.c. tali preceetti, prima circoscritti alla materia delle obbligazioni, sono stati generalizzati.

devono essere provati da chi «fa valere» il diritto in giudizio (solitamente l'attore), mentre gli altri devono essere provati da chi li eccepisce<sup>3</sup>.

Il rapporto fra le «emozioni» e l'onere della prova invece è inevitabilmente più sfuggente, e può essere considerato quantomeno da due diversi punti di vista. Pare anzitutto innegabile che il tema abbia suscitato e susciti tuttora in chi se ne è occupato in dottrina una serie di reazioni emotive estremamente eterogenee. Si passa invero dall'*entusiasmo* di Leo Rosenberg, che si meravigliava che i colleghi di cattedra potessero avere interessi scientifici diversi dall'onere della prova<sup>4</sup>, alla *malinconia* di chi osservava laconicamente che la corretta applicazione di tale principio è un enigma che attende ormai da due millenni una soluzione<sup>5</sup>. Dalla *frustrazione* di chi inveiva contro i numerosi passi del diritto romano dedicati all'*onus probandi*, definendoli «disgraziati» poiché «hanno già consumata molta fatica, e verosimilmente ne consumeranno ancora molta, senza che venga mai raggiunto un risultato sicuro»<sup>6</sup>, al *rispetto* di chi ne parla come «Rückgrat des Zivilprozesses», la «spina dorsale» del processo civile<sup>7</sup>. Vi è poi chi si è riferito all'onere

---

<sup>3</sup> La letteratura sul tema è copiosissima. In generale, e per limitarci alle opere principali, v. l'appendice di L. GIANTURCO, *Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale*, in F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, vol. XXII, Milano, 1906, pp. 366 ss., e poi G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli, 2013; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto Priv.*, vol. XIII, Torino, 1995, pp. 65 ss. Nella dottrina tedesca v. soprattutto la fondamentale opera di L. ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, V ed., Berlino, 1965.

<sup>4</sup> Così lo ricorda Vittorio Colesanti in *Riv. dir. process.*, 1964, p. 314.

<sup>5</sup> F. SCHULZ, *Die Rechtfertigungslast*, Altona, 1919, p. 3; L. GIANTURCO, *op. cit.*, p. 430.

<sup>6</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 1887, pp. 591 ss., p. 593 in nota. Anche per E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, rist., I ed., Milano, 1968, p. 316, la questione dell'onere della prova è «infida e sottile».

<sup>7</sup> Il primo a esprimersi in tal senso fu Oskar Hamm nel corso della ventitreesima edizione dei *Deutschen Juristentages*; v. il testo integrale del suo intervento in *Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages*, Berlin, 1895, vol. II, pp. 303 ss. L'espressione è poi stata generalmente accolta dalla dottrina tedesca, che è solita riproporla anche nei manuali istituzionali: v. per es. J. BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*:

della prova definendolo un tema di studio *seducente*<sup>8</sup>, e chi ha finito per sviluppare addirittura un *attaccamento morboso*, riconoscendo di essersene reso schiavo<sup>9</sup>.

D'altra parte, e più in generale, l'onere della prova sembrerebbe contraddistinto da uno *charme* che trascende gli austeri confini della letteratura scientifica, e, oltre a catturare l'attenzione di chi, in qualità di «operatore» giuridico, è chiamato a farne quotidiana applicazione a livello professionale<sup>10</sup>, attrae anche chi «operatore» giuridico non è, come dimostrerebbe lo spazio – spesso considerevole – dedicato all'argomento nei romanzi gialli a sfondo legale, c.d. «legal thrillers»<sup>11</sup>.

*Erkenntnisverfahren*, Tübingen, 2014, pp. 712 ss., spec. p. 714. Similmente G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., rist., p. 782, colloca l'onere della prova fra i problemi più «vitali» del processo.

<sup>8</sup> G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 182.

<sup>9</sup> Ci riferiamo alle parole con cui Tommaso Siciliani apriva la sua incompiuta monografia, intitolata *L'onere della prova nel processo civile*, Noci, 1907: «Le poche pagine, che – unicamente a titolo di saggio – affido alle stampe, sono le prime di un mio lungo studio sull'onere della prova nel processo civile, del quale da tre anni mi sono reso schiavo». Gli scritti dell'a., in gran parte dedicati al tema dell'onere della prova, sono stati recentemente raccolti da Franco Cipriani in T. SICILIANI, *Scritti di diritto processuale civile*, Napoli, 2006. Il «saggio» in questione è alle pp. 227 ss.

<sup>10</sup> È impressionante rilevare che, a oggi, inserendo la parola chiave «onere della prova» nella banca dati *DeJure*, la ricerca restituisce oltre 130.000 risultati, di cui più di 75.000 sono decisioni della Corte di Cassazione, sovente rese a sezioni unite, nelle materie più svariate. Il tema è altresì oggetto di discussione nelle sedi congressuali con insolita frequenza.

<sup>11</sup> I quali però, va detto, si incentrano per lo più su vicende processualpenalistiche, forse perché, come osservava F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 40, nel processo penale ci si occupa dell'«essere», mentre nel processo civile solamente dell'«avere».

Il pensiero corre fra l'altro al considerevole successo dei romanzi di Scott Turow, unanimemente indicato come il precursore di questo genere letterario, e, in particolare, a *Burden of proof*, pubblicato per la prima volta nel 1990 e poi più volte ristampato. È dello stesso anno la prima edizione della traduzione in italiano curata da Roberta Rambelli e intitolata *Onere della prova*, anch'essa oggetto di numerose ristampe e riedizioni, mentre solamente nel 1993 è stato doppiato e distribuito in Italia, con il titolo *Prova schiacciante*, l'adattamento televisivo diretto da Mike Robe. Naturalmente, la scelta di parlare di onere della prova in un romanzo giallo, come tale destinato a una vasta e variegata platea di lettori, è tanto più significativa quando l'autore, come nel caso di

In questa occasione peraltro non si farà riferimento all'emozione come stato d'animo soggettivo, bensì come stato c.d. «motivazionale», o di «preparazione all'azione». Da questa diversa prospettiva, l'emozione viene in considerazione come stimolo esterno idoneo a orientare il comportamento di un soggetto verso la realizzazione di certi fini, per lo più funzionali all'emozione stessa (l'invidia, per es., induce ad appropriarsi di beni altrui e a farne uso)<sup>12</sup>.

Calata nel mondo giuridico, l'emozione, in questa sua seconda veste, sembrerebbe intersecare in più punti l'inesauribile dibattito relativo alla contrapposizione fra diritto «vivente» e diritto «positivo», o, meglio, fra il «sentimento» diffuso fra tutti i consociati – e, proprio per questo, «comune» – su come la regola giuridica, rispetto a una data fattispecie, «dovrebbe essere», e il modo in cui la fattispecie stessa viene concretamente disciplinata dal legislatore; tema, questo, sul quale negli ultimi anni sono intervenuti a più riprese Nicolò Lipari e Paolo Grossi, con pregevolissimi contributi<sup>13</sup>.

---

Turow, ha un solido *background* giuridico, poiché è fatta con la consapevolezza del *fascino* che tale argomento può avere agli occhi dei «profani».

<sup>12</sup> N.H. FRUDDA, voce *Emozioni e sentimenti*, cit., p. 562, pp. 564 ss.

<sup>13</sup> Di N. LIPARI v. almeno *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2005, pp. 11 ss.; *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*, spec. pp. 20 ss.; *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim* (su cui v. l'ampia recensione di P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume: Il diritto civile tra legge e giudizio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 1407 ss.); *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 479 ss.; *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 635 ss., spec. pp. 636 ss., p. 638; *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 1 ss., spec. p. 15; *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, *ivi*, pp. 873 ss.; *I civilisti e la certezza del diritto*, *ivi*, pp. 1115 ss., spec. p. 1132, pp. 1137 ss., e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Ospedaletto, Pisa, 2016, vol. II, pp. 1471 ss.; *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 1153 ss.; *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 28 ss.; *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 1 ss.; *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1427 ss.; *Ragionare di diritto oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 489 ss.

Di P. GROSSI v. invece *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, *passim*, spec. pp. 30 ss., pp. 87 ss., pp. 122 s. (e su quest'opera cfr. N. LIPARI, *A partire da "L'inven-*

Il diritto vivente è in continua formazione, poiché riflette il perenne susseguirsi dei mutamenti storici, politici ed economici che plasmano nel corso del tempo il contesto sociale in cui pure il diritto positivo deve essere applicato. Questi mutamenti sono lo stimolo esterno che determina nei consociati il desiderio di cambiare il diritto vigente, il quale, in una visuale ideale del mondo, dovrebbe sempre rispecchiare il «comune sentire».

Il diritto positivo, dal canto suo, è solamente il risultato della temporanea cristallizzazione del diritto vivente per opera del legislatore, e, come tale, è virtualmente destinato all'obsolescenza già a partire dal giorno seguente a quello della entrata in vigore della nuova norma scritta<sup>14</sup>. È per queste ragioni che lo scarto fra i due viene considerato addirittura fisiologico<sup>15</sup>, per certi aspetti simile a una malattia cronica, dalla quale è possibile solamente trattare i sintomi, «aggiornando» («rattoppando», direbbe James Bradley Thayer)<sup>16</sup> ciclicamente il «testo» alla luce delle innovazioni del «contesto», ma non guarirla del tutto, eliminando alla radice la intrinseca relatività storica del diritto scritto.

---

zione del diritto” di Paolo Grossi, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 349 ss., che in un certo senso rappresenta il seguito di Id., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 755 ss.), *Introduzione al Novecento giuridico*, II ed., Roma-Bari, 2015, pp. 67 ss., e *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 1135 ss. A tutti questi scritti si rinvia anche per le opportune indicazioni bibliografiche sull'argomento. Per uno scorcio «nichilista» di questa realtà v. in particolare N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. process.*, 2014, pp. 41 ss.

<sup>14</sup> Come sottolineava Thomas Jefferson in una lettera del 6 settembre 1789 indirizzata a James Madison, «no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law», e ogni norma scritta dovrebbe «scadere» automaticamente dopo diciannove anni, permettendo alle nuove generazioni di rimodellare il diritto positivo alla luce delle nuove esigenze sociali, economiche e politiche; vedila ora in *The papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, Princeton, 1958, p. 392. Questo sentimento di «legal skepticism» è poi germogliato nel movimento del c.d. «realismo giuridico» americano, sul quale v. C. NYQUIST, *Re-Reading Legal Realism and Tracing a Genealogy of Balancing*, in *Buffalo Law Review*, 2017, vol. LXV, pp. 771 ss.

<sup>15</sup> N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., pp. 482 ss., p. 487.

<sup>16</sup> A *Preliminary Treatise on Evidence in the Common Law*, Boston, 1898, pp. 500 ss., spec. p. 508.

L'approdo «finale» di questo processo di uniformazione coincide con un intervento del legislatore volto a modificare o abrogare la norma oramai superata, o a introdurre una norma nuova, ma è raro che l'iniziativa di quest'ultimo non sia in qualche misura «anticipata» dalla giurisprudenza. Ciò in quanto è anzitutto il giudice che, essendo chiamato ad applicare nel processo le norme generali e astratte a un caso concreto, ha la possibilità di «intercettare» per primo i mutamenti di cui si è detto, cercando, ove possibile, di interpretarle conformemente al rinnovato «comune sentire»<sup>17</sup>.

In quest'ottica, l'onere della prova si distingue da sempre come uno dei mezzi più versatili (se non il più versatile in assoluto) per raggiungere quel fine. Invero, e fermo restando che solo il legislatore può stabilire quali fatti storici siano anche giuridicamente rilevanti per un dato rapporto sostanziale, attraverso la ripartizione dell'onere della prova è possibile qualificare diversamente il «senso» in cui opera la rilevanza giuridica di un fatto storico all'interno della fattispecie (costitutivo, «impeditivo» e via dicendo), restituendo così un'immagine di quest'ultima che sia più in linea con il diritto vivente<sup>18</sup>.

Chiarito così qual è l'aspetto «emotivo» dell'onere della prova che si prenderà in considerazione, si spiega anche il titolo scelto per questo intervento. Non essendo evidentemente questa la sede idonea a ospitare un'indagine approfondita sul tema, mi limiterò a tratteggiarne i profili generali e fare alcune esemplificazioni, per lo più ricorrendo alla tecni-

---

<sup>17</sup> N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 483, ID., *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1117 ss., ID., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, cit., pp. 1160 ss., p. 1162, anche in nota, rileva esattamente che oggi il giudice non opera più come semplice *bouche de la loi*, bensì come «voce» della «comunità interpretante»; non più come «recettore» di un diritto scritto calato dall'alto, ma come «tessitore» di un diritto che nasce dal basso, frutto dell'esperienza umana o, appunto, del «comune sentire». Sorprende la continuità con il pensiero di M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, II ed., Torino, 1883, p. 111, che similmente indicava il processo come il luogo migliore per «decodificare» i «veri bisogni della pratica civile col mezzo del *sentimento comune*» (enfasi mia).

<sup>18</sup> L. ROSENBERG, *op. cit.*, pp. 68 ss.; F. LEONHARD, *Zur Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1906, pp. 454 ss.

ca della comparazione «verticale», ossia fra diversi periodi storici e non fra ordinamenti<sup>19</sup>.

## 2. Seconda premessa: le due facce della regola dell'onere della prova

Va altresì precisato, sempre in via di premessa, che un discorso di questo tipo lascia inevitabilmente fuori l'altra faccia del principio dell'onere della prova, attinente al problema della decisione sul fatto «incerto»<sup>20</sup>.

In questa prospettiva, si dice che l'onere della prova opera come una regola di giudizio che permette al giudice di pervenire a una decisione di merito anche nel caso in cui, a istruttoria chiusa, residui incertezza sui fatti controversi<sup>21</sup>. Una situazione di questo tipo, in un antico passato, poteva essere risolta con una pronuncia di *non liquet*, mediante la quale il giudice statuiva di non potere accogliere, né rigettare la domanda nel merito a causa della perdurante incertezza sui fatti controversi. Nei moderni ordinamenti, tuttavia, un simile esito contrasterebbe con la ragion d'essere del potere giurisdizionale in genere e, specialmente, con la funzione essenzialmente dichiarativa del processo di cognizione. Di qui l'esigenza di vincolare il giudice a «convertire» il dubbio in motivo di rigetto nel merito della pretesa della parte che non ha assolto il suo onere probatorio<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 3 ss.

<sup>20</sup> In generale sull'argomento, anche per gli indispensabili riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a M. GARAVAGLIA, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. process.*, 2019, pp. 1499-1520.

<sup>21</sup> V. per tutti G.A. MICHELI, *op. cit.*, *passim*, spec. pp. 149 ss., pp. 192 ss., pp. 213 ss., pp. 327 ss. La possibilità di ricavare dal principio dell'onere della prova un'autentica regola di giudizio sul diritto controverso è invece esclusa da G. VERDE, *op. cit.*, pp. 22 ss., p. 33, pp. 37 ss., pp. 112 ss., pp. 231 ss., pp. 240 ss.

<sup>22</sup> Sulla decisione di *non liquet*, oltre agli scritti cit. alle note prec., v. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, pp. 15 ss., e A. BLOMEYER, *Non liquet*, in *Juristenzeitung*, 1955, pp. 600 ss.

Ora, che si preferisca parlare di due distinte regole dell'onere della prova<sup>23</sup>, oppure, come in altra sede è parso preferibile, di due funzioni svolte dalla medesima regola in relazione al momento in cui viene applicata dal giudice<sup>24</sup>, l'importante è tenere distinto il problema della decisione sul fatto incerto (onere «oggettivo», o funzione processuale dell'onere della prova), da quello della ripartizione «in senso stretto» degli oneri dimostrativi (onere «soggettivo», o funzione sostanziale dell'onere della prova). In questa sede si prenderà in considerazione solamente questo secondo aspetto dell'onere della prova, l'unico idoneo a essere influenzato dal «comune sentire», salvi i rilievi conclusivi nel n. 8. L'applicazione della regola di giudizio rappresenta invero l'aspetto «meccanico» della materia cui si accennava prima, poiché, quando l'istruttoria si è chiusa senza alcun apprezzabile risultato in termini di persuasione del giudice, quest'ultimo non può fare altro che rigettare nel merito la pretesa di chi non ha assolto il suo onere probatorio, secondo la struttura tipica delle regole anankastiche. Ogni spazio «emotivo» – e, in un certo senso, «creativo» – del giudice, cioè, si consuma una volta che sia stato ripartito l'onere della prova, stabilendo «chi deve provare cosa».

### 3. Origine della regola. Onere della prova e crisi del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite

Così delimitato il campo di indagine, si potrebbe iniziare osservando che i rapporti fra onere della prova e «comune sentire» sembrerebbero risalire quantomeno al primo secolo a.C., e, più precisamente, alla fase di transizione dal procedimento *per legis actiones* a quello formulare, all'apice della crisi del giuramento *in iure*. Anzi, è probabile che la na-

---

<sup>23</sup> J. FERRER BELTRÁN, *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, in *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Barcelona, 2018, pp. 133 ss., spec. pp. 136 ss., p. 141 anche alla nota 39. Questo scritto è stato tradotto in italiano da Luca Passanante, con il titolo *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pp. 898 ss.

<sup>24</sup> M. GARAVAGLIA, *op. cit.*

scita stessa della regola dell'onere della prova sia stata determinata dai mutamenti che sconvolsero il contesto sociale di riferimento in quel periodo storico. Ma occorre procedere con ordine.

Ripercorrendo velocemente la storia «ideale» del giuramento, magistralmente tracciata da Enrico Allorio<sup>25</sup>, si può notare che esso nasce come autentico sistema di risoluzione della lite, e che, come tale, ha gradualmente rimpiazzato i grotteschi «giudizi di Dio» (ordalie, *épreuves*), i quali si mostravano sempre meno idonei a governare una realtà più complessa da molteplici punti di vista (culturale, demografico, economico, e via dicendo)<sup>26</sup>.

Ora, nel vigore del procedimento *per legis actiones* le liti venivano per lo più risolte attraverso il giuramento *in iure* delle parti, solitamente del convenuto, mentre il giudice si limitava a controllare la ritualità delle formule sacramentali usate nel deferimento e nella prestazione del giuramento. Sarebbe tuttavia un errore ritenere che la parte cui veniva deferito il giuramento godesse di una posizione di vantaggio rispetto a quella che oggi indicheremmo come «onerata» della prova, poiché le sanzioni sociali e *lato sensu* «spirituali» con cui veniva punito lo spergiuro erano di entità tale che se non si era sicuri di ciò che si stava per giurare si preferiva tacere e perdere la lite<sup>27</sup>.

La tenuta di un sistema del genere dipendeva allora dal grado di fiducia riposto dalla collettività nella efficacia deterrente di tali sanzioni, e, più in generale, dal valore riconosciuto alla parola data e alla sacralità del giuramento<sup>28</sup>. Viceversa, nel momento in cui fosse maturato un

<sup>25</sup> E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, pp. 32 ss.

<sup>26</sup> Come osservava C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, pp. 131 ss., si è passati dalla «magia» al «raziocinio», transitando per il formalismo. Cfr. R. PROVINCIALI, voce *Giuramento decisorio (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 103 ss., e P. FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento*, in *Studi classici e orientali*, 1953, pp. 63 ss., p. 67, ove altri riferimenti dottrinali.

<sup>27</sup> G.A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 25 ss.; F. PATETTA, *Le ordalie*, rist., Milano, 1972, p. 15, anche alla nota 1, pp. 220 ss.

<sup>28</sup> Per G. TARDE, *Les transformations du droit*, II ed., Paris, 1894, pp. 27 ss., la diffusione del giuramento della parte come tecnica di risoluzione della lite era indice sicuro della «force du déshonneur et de l'horreur sacrée qui s'attachaient à l'idée du parjure».

sentimento diverso, diventando più conveniente spergiurare pur di vincere la lite, è chiaro che il giuramento avrebbe cessato di essere un valido sistema di risoluzione della lite.

Per Allorio, alla radice del passaggio allo stadio successivo della storia «ideale» del giuramento (che è storia «ideale» del processo e, prima ancora, del diritto «nell'ambito di una civiltà»)<sup>29</sup>, ossia quello in cui viene concepito come mezzo di prova legale di singoli fatti, vi è stata proprio una crisi di valori di questo tipo, la quale, peraltro, si sarebbe via via ripresentata con tempistiche diverse ma caratteristiche analoghe in ogni territorio in cui il giuramento aveva inizialmente trovato applicazione come sistema di risoluzione della lite<sup>30</sup>. Più precisamente, si iniziò a chiedere a chi doveva giurare di «corroborare» il giuramento, facendolo cadere su oggetti sacri o comunque simbolici (la divinità, la bibbia, la spada e via dicendo), e, successivamente, di individuare dei *coniuratores* che giurassero con lui in numero via via sempre maggiore, finché il giuramento smette di essere una cosa che si «pensa», e diventa una cosa che si «conta»<sup>31</sup>.

Presso i romani, che furono i primi ad affrontare tale crisi, quando essa raggiunse il suo apice si iniziò a riconoscere un ruolo ben più attivo al giudice che ora, nel processo formulare e in veste di arbitro privato, poteva stabilire discrezionalmente chi dovesse provare cosa, quanto e come provarlo, e lo faceva alla luce di considerazioni pratiche, di

<sup>29</sup> E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., p. 26.

<sup>30</sup> E. ALLORIO, *op. cit.*, pp. 32 ss., spec. pp. 56 ss.; ciò vale specialmente per il giuramento di «purgazione» del convenuto, tipico dei popoli germanici. Conformi G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 783 ss.; T. SICILIANI, *La prova dei fatti negativi*, in *Scritti di diritto processuale civile*, cit., p. 49; C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, II ed., vol. II, Firenze, 1903, pp. 273 ss., p. 275. Su questa crisi del giuramento della parte si intrattiene anche Montesquieu, nel suo celebre *Esprit des lois*; v. alle pp. 443 ss. dell'edizione parigina del 1862.

<sup>31</sup> M. MICHELET, *Origines du droit français*, Paris, 1837, pp. 50 ss., pp. 331 ss., ricorda per es. che, presso i franchi, se dapprima la prova della castità di una donna poteva essere raggiunta mediante il giuramento di dodici congiuratori, successivamente, ne occorrevano ben sessantadue per condannare una renna e, in alcune controversie di natura commerciale, addirittura seicento. Cfr. per analoghe considerazioni e C. LE GENTIL, *Essai historique sur les preuves*, Paris, 1863, pp. 228 ss., e R. DARESTE, *Études d'histoire du droit*, Paris, 1889, pp. 265 ss., p. 287.

semplice buon senso (l'«umana sapienza», diceva Gianturco) o per scelte di mera convenienza sociale o politica<sup>32</sup>.

*4. Analisi dell'evoluzione storica che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova rispetto a talune fattispecie. A) Il conflitto fra aequitas sotteso alla ripartizione dell'onere della prova nel retratto litigioso*

A partire da questo momento è sempre parso possibile, nel corso della storia, riscontrare un collegamento fra il modo in cui viene ripartito l'onere della prova rispetto a una determinata fattispecie e il «comune sentire»; ciò in quanto, lo ribadisco, attraverso una determinata distribuzione degli oneri dimostrativi risulta possibile perseguire finalità di varia natura.

Si consideri anzitutto l'evoluzione che ha interessato la ripartizione dell'onere della prova con riferimento al c.d. «retrato» di diritto litigioso<sup>33</sup>. Si trattava di un istituto giuridico di origine romana in virtù del quale, a fronte di una cessione di credito, il debitore ceduto poteva liberarsi dall'obbligazione versando al cessionario la minor somma che quest'ultimo aveva versato al cedente per l'acquisto del credito. Fu introdotto nel 506 da Anastasio, con una costituzione imperiale che ne porta il nome, la *lex Anastasiana*, per fronteggiare un'emergenza politica e sociale particolarmente sentita: l'incetta di crediti litigiosi a prezzi irrisori da parte di affaristi spregiudicati che vessavano poi i debitori, turbando la vita economica della comunità.

---

<sup>32</sup> G.A. MICHELI, *op. cit.*, p. 15, pp. 17 ss. Tutti ricordano il famoso esempio tratto da un passo di Aulo Gellio in cui in un giudizio di condanna al pagamento di una somma di denaro il giudice impose al convenuto l'onere di dimostrare che nulla fosse dovuto in quanto egli era la parte più «disonesta», *turpis persona et vitae diffamatissimae*. È peraltro noto che al giudice del processo formulare era consentito rinunciare alla composizione definitiva della lite mediante una pronuncia di *non liquet*, e che la funzione processuale della regola dell'onere della prova si affermò solo durante l'età imperiale, con il passaggio alla *cognitio extra ordinem*.

<sup>33</sup> In generale sull'argomento C. ARIAS, *Il retratto di diritto litigioso*, Padova, 1933; E. BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. process. civ.*, 1926, II, pp. 320 ss.

Orbene, la fattispecie processuale che tipicamente si presentava era la seguente. Il cessionario agiva in giudizio contro il debitore ceduto domandando il pagamento del diritto di credito acquistato dal cedente, affermando che per l'acquisto del credito era stata sborsata una somma pari o di poco inferiore al suo valore nominale. Il debitore ceduto, dal canto suo, sosteneva che il prezzo versato al cedente fosse in realtà molto inferiore, e pretendeva di essere liberato versando al cessionario-attore una somma corrispondente.

Inizialmente si stabilì che l'onere della prova dell'esatto ammontare della somma versata al cedente incombeva al cessionario. Questa ripartizione degli oneri dimostrativi era infatti ritenuta «giusta» perché conforme alla *aequitas cerebrina*, ossia alla medesima filosofia – oggi diremmo: *policy* – cui si era ispirato il legislatore nell'introdurre il reatrito litigioso. Questa idea di equità, conosciuta anche con il nome di equità «bizantina», veniva intesa nel senso di «mitezza» e di «indulgenza» verso gli obbligati e i soggetti più «deboli», e spingeva a temperare in loro favore le rigide conseguenze delle regole giuridiche<sup>34</sup>. O meglio: ripartendo in questo modo l'onere della prova, e stabilendo che spettava al cessionario-attore dimostrare di aver versato al cedente una somma più elevata di quella indicata dal ceduto-convenuto, è stato possibile veicolare nel processo i fondamenti dell'equità bizantina.

Diversi secoli dopo, però, l'equità romana «classica» recuperò terreno, provocando un mutamento nel «comune sentire» rispetto alla pratica della cessione dei crediti. Questa diversa idea di equità, intesa come «giustizia in ogni rapporto», imponeva infatti di «concedere agli altri ciò che a buon diritto ci chiedono», anche se per acquistare il credito è stata corrisposta al cedente una somma inferiore al suo valore nominale. Sicché, in questo rinnovato contesto culturale, il lucro del cessionario non poteva più essere considerato disonesto se la cessione del credito era avvenuta per libera volontà del cedente<sup>35</sup>.

Ciò determinò inizialmente una inversione dell'onere della prova, in quanto appariva ora più «giusto» che fosse il debitore ceduto a – eccipere e – dimostrare che fu versata al cedente una somma inferiore a

---

<sup>34</sup> C. ARIAS, *op. cit.*, pp. 19 ss.

<sup>35</sup> C. ARIAS, *op. cit.*, pp. 21 ss., e poi pp. 217 ss.

quella affermata dal cessionario, e questo nuovo «assetto» di ripartizione degli oneri dimostrativi si mantenne pressoché inalterato fino al codice civile del 1865<sup>36</sup>. L'istituto del retratto litigioso fu poi abbandonato con il passaggio al nuovo codice, risultando ormai pienamente legittimata dal «comune sentire» la pratica commerciale di acquistare crediti «deteriorati» a un prezzo inferiore al loro valore nominale, e poi agire contro il debitore per recuperare l'intero, o almeno per ricavare una plusvalenza.

5. Segue: *B) La ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto dal codice «liberale» del 1865 e quello del 1942*

È possibile replicare riflessioni di questo genere pressoché per ogni fatto giuridico e per ogni fattispecie. Si pensi, per fare un esempio più attuale, alla ripartizione dell'onere della prova della causa del contratto. Sotto l'imperio del codice civile del 1865 l'onere incombeva a chi sosteneva che fosse assente, oppure che fosse illecita, poiché la liceità della causa era presunta fino a prova contraria<sup>37</sup>. Ciò era conforme allo spirito liberale del tempo, e, specialmente, all'esigenza di limitare il più possibile i poteri del giudice sul controllo dello scopo del negozio che le parti avevano inteso raggiungere.

Con l'avvento del nuovo regime si ritenne però opportuno eliminare tale presunzione, stabilendo che è onere di chi sul contratto fonda una pretesa giuridica dimostrarne anzitutto la causa. Il collegamento fra questa inversione della ripartizione dell'onere della prova e il rinnovato «comune sentire» è ben messo in luce ai nn. 613-615 dalla Relazione al codice civile del 1942, ove si rimarca l'intenzione di conferire alla causa del contratto «massima efficienza», perché «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della

---

<sup>36</sup> Art. 1546: «quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti, e cogli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione».

<sup>37</sup> Art. 1120: «Il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa». Art. 1121: «La causa si presume sino a che non si prova il contrario».

causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto»<sup>38</sup>. Ciò che, peraltro, legittima anche la possibilità, per il giudice, di rilevarne d'ufficio assenza o illiceità, *ex artt.* 1418 e 1421 c.c.

6. Segue: C) *Onere della prova e politica economica. Il caso del privilegio del credito del venditore di macchine esaminato da Enrico Finzi, fra un precedente inglese e un attuale dibattito americano*

Nel 1928 usciva sul primo fascicolo della *Rivista di diritto processuale civile* un breve commento critico di Enrico Finzi a Trib. Siena 25 novembre 1927, intitolato *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi* (pp. 156 ss.), che offre un lucido esempio di come l'onere della prova possa essere ripartito in funzione di ragioni di politica economica.

L'art. 773, co.1, n. 3), del codice di commercio del 1882, regolava il privilegio del credito del venditore di macchinari industriali e agricoli nel caso in cui il compratore fosse fallito nei tre anni successivi alla consegna degli stessi, disponendo fra l'altro che tale privilegio «non ha effetto se il venditore non abbia, entro tre mesi, dalla consegna delle macchine ... fatto trascrivere il documento, da cui risulti la vendita ed il credito, in un registro speciale e pubblico».

In quell'occasione il giudice senese riconobbe alla trascrizione natura costitutiva del privilegio del venditore, stabilendo che spettava anzitutto a quest'ultimo provare di *non* essere incorso nella decadenza prevista dalla norma, dimostrando di aver trascritto tempestivamente quanto richiesto dalla legge.

Secondo Finzi, invece, la trascrizione non sarebbe propriamente costitutiva di un privilegio che si perfeziona solo con essa, bensì «conservativa» di una qualità del diritto di credito del venditore, che è già privilegiato nel momento stesso in cui sorge. Di qui la conclusione che è

---

<sup>38</sup> La relazione Grandi è consultabile per intero in *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, pp. 9 ss. V. al riguardo G.A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 32 ss.

onere di chi contesta la natura privilegiata del credito eccepire e dimostrare la decadenza del venditore per mancata o tardiva trascrizione, mentre quest'ultimo potrà limitarsi a «controeccepire» la tempestività della stessa per difendersi dall'eccezione di decadenza sollevata dall'avversario, fermo restando che l'eventuale stato di dubbio sulla decadenza dal privilegio andrebbe sempre risolto a favore del venditore<sup>39</sup>.

Egli precisava che questo assetto di ripartizione degli oneri probatori trovava piena corrispondenza nelle finalità pratiche che hanno ispirato il legislatore, così come emergevano dalle pagine della relazione della Commissione incaricata di redigere il progetto preliminare del codice di commercio. Premesso che «l'uso delle macchine è diventato ormai una condizione essenziale dello sviluppo delle industrie italiane, e della possibilità di resistere agli effetti della concorrenza straniera», si rimarcava la necessità di «agevolare» la posizione dei venditori nel recupero del proprio credito, essendo concreto il pericolo che, in caso di fallimento del compratore, essi «veggano tutti i creditori pagarsi a loro pregiudizio col prezzo degli oggetti per i quali nulla essi hanno ricevuto, sebbene costituiscano piuttosto il valore principale, che non il valore accessorio dello stabilimento del debitore»<sup>40</sup>.

Rilevava altresì che tale ripartizione dell'onere della prova era conforme alla *policy* del tempo, squisitamente liberale – e, quindi, in quel contesto storico, «comune» a tutti i consociati – per cui la tutela «sociale» accordata dal diritto positivo dovrebbe essere sempre subordinata alla difesa individuale del titolare del diritto e al suo interesse a «conservarlo» sotto tutti i suoi aspetti<sup>41</sup>. Lo scopo della formalità prescritta dall'art. 773, cioè, non era quello di costituire un autentico diritto nuovo da far valere contro i terzi, ma, più semplicemente, quello di subordinare l'effettività del privilegio accordato al venditore alla condizione che quest'ultimo fosse veramente interessato a usufruirne.

Chi poi volesse fare un raffronto con l'attuale disciplina del privilegio del credito del venditore di macchine, così come risulta dal-

---

<sup>39</sup> E. FINZI, *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, cit., p. 158, pp. 161 ss.

<sup>40</sup> E. FINZI, *op. cit.*, pp. 157 ss.

<sup>41</sup> E. FINZI, *op. cit.*, pp. 159 ss., p. 168.

l'art. 2762 c.c., e, in parte, dall'art. 3 l. 28 novembre 1965, n. 1329, potrebbe facilmente constatare che la trascrizione del documento da cui risultano la vendita e il credito assolve oggi una finalità diversa, conforme all'idea per cui la tutela «sociale», ora intesa però come tutela dei terzi, deve considerarsi predominante rispetto alla tutela del singolo. Oggi, in altri termini, ripugna l'idea che il venditore possa opporre il privilegio agli altri creditori del compratore senza che della natura privilegiata del suo credito sia stata assicurata una opportuna pubblicità legale, mediante la trascrizione dei documenti indicati dalla legge nel registro di cui all'art. 1524 c.c. Di qui la natura effettivamente costitutiva della trascrizione, e, conseguentemente, l'esigenza di distribuire diversamente gli oneri dimostrativi, apparendo ora più ragionevole pretendersi anzitutto dal venditore la prova del perfezionamento del suo privilegio se vuole opporlo a terzi.

A questo punto, anche per toccare con mano quanto sia diffusa la pratica di ripartire gli oneri dimostrativi in funzione di ragioni di politica economica, può essere interessante svolgere brevemente due esempi tratti da ordinamenti stranieri.

Si pensi in primo luogo a come è cambiata nel corso del tempo la ripartizione dell'onere della prova nell'azione di *nuisance*. Si tratta di un'azione di diritto inglese a tutela del diritto di proprietà, con la quale è possibile ottenere il risarcimento del danno «ingiusto» derivato da atti disturbativi di vario tipo (immissioni di fumi e di rumori, ostruzione di luci e di vedute e via dicendo)<sup>42</sup>.

Inizialmente spettava al convenuto dimostrare che il danno cagionato alla proprietà dell'attore era giustificato da esigenze relative a un'attività economica da lui intrapresa sul fondo adiacente<sup>43</sup>. A partire dalla

---

<sup>42</sup> In generale sull'argomento D.M. PROVINI, *Balancing Pollution and Property Rights: a Comparison of the Development of English and American Nuisance Law*, in *Anglo-American Law Review*, 1978, vol. VII, pp. 31 ss.; S. WEXLER, J. EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal*, 1984, vol. XXIX, pp. 473 ss.; S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of British Columbia Law Review*, 1999, vol. XXXIII, pp. 75 ss., spec. p. 77.

<sup>43</sup> V. in questo senso due decisioni riportate da E. COKE, *Reports*, London, 1777, vol. V, pp. 103 ss.: *Aldred's Case*, 77 E.R. 816, K.B. (1611) e *Baten's Case*, 77 E.R. 810, K.B. (1612). Nel caso *Aldred's* l'attore citò il proprietario del fondo adiacente chiedendone la condanna al risarcimento del danno derivato dalla costruzione di un

seconda metà del diciottesimo secolo, però, si iniziò progressivamente a invertire l'onere della prova, stabilendo cioè che era l'attore a dover dimostrare l'ingiustizia del danno subito (perché non giustificato nel modo che si è detto), e la sua imputabilità a titolo di colpa (o di dolo) al convenuto. Ciò in quanto il precedente schema di ripartizione dell'onere della prova, funzionale a una tutela integrale del diritto di proprietà, si mostrava oramai incompatibile con le nuove esigenze produttive sottese alla Rivoluzione industriale, e avrebbe rischiato di frenare lo sviluppo economico del territorio. Si cominciò così a sottolineare con sfumature diverse che i proprietari «non possono stare immobili sulle loro posizioni derivanti da diritti assoluti e agire in giudizio per ogni piccolo fastidio», poiché, altrimenti, «non si potrebbe più costruire nulla in alcun angolo delle città»<sup>44</sup>.

Si pensi poi al dibattito, attualmente aperto negli Stati Uniti, su quale sia il modo più corretto di distribuire gli oneri dimostrativi nei giudizi promossi dalla *Food and Drug Administration*, l'ente pubblico predisposto a tutela dei consumatori, contro i produttori di integratori alimentari, allorché la prima sostenga che uno dei prodotti dell'azienda convenuta debba essere ritirato dal mercato in quanto non genuino, o comunque *unsafe*.

Il legislatore accolla l'onere della prova all'ente pubblico, che deve pertanto dimostrare la *non* genuinità del prodotto<sup>45</sup>, ma attenda dottrina

porcile (*house of hogs*) esattamente a fianco della sua abitazione, che diventò presto inabitabile a causa degli odori nauseabondi che ne fuoriuscivano. Il convenuto si limitò a professarsi come *not guilty*, osservando incidentalmente che «un uomo non dovrebbe avere l'olfatto così delicato da non sopportare l'odore dei maiali» («one not ought to have so delicate a nose, that he cannot bear the smell of hogs»). Nonostante il richiamo del *defendant* a tale regola di «buon senso», verosimilmente espressione del «comune sentire» dell'epoca, la domanda venne poi accolta poiché era mancata la prova, da parte quest'ultimo, che il danno cagionato all'attore poteva trovare qualche giustificazione economica nella sua attività professionale di allevatore.

<sup>44</sup> I passi riportati nel testo sono presi in parte da *Fishmongers' Co. v. East India Co.*, 21 E.R. 222, K.B. (1752), e in parte da *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, 21 E.R. 232, Chancery (1865). In quest'ultima occasione, in particolare, i giurati vennero istruiti dal giudice nel senso di considerare i fatti di causa «nel rispetto di tutte le circostanze, comprese quelle relative al contesto storico e locale» (mio il corsivo).

<sup>45</sup> V. la *Section 4* del *Dietary Supplement Health and Education Act* del 1994.

rileva criticamente che tale orientamento violerebbe il principio di *access to evidence* («vicinanza» alla prova, sul quale v. al n. seg.), poiché, nella maggior parte dei casi, l'ente non avrebbe accesso a tutte le informazioni relative ai prodotti dell'azienda convenuta (analisi di laboratorio, *clinical studies*, ecc.), le quali si trovano solitamente presso le sedi di quest'ultima e, spesso, costituiscono l'unico mezzo di prova per dimostrare la non genuinità di questo genere di prodotti<sup>46</sup>. Nemmeno in questo caso, tuttavia, la ripartizione dell'onere della prova è casuale, o irragionevole, ma è funzionale al perseguimento di concrete esigenze di *money and politics*, e, precisamente, quella di agevolare coloro che scelgono di investire negli Stati Uniti, entrando in un mercato che registra numeri sempre più importanti.

*7. Onere della prova e «comune sentire» oggi. Le implicazioni sottese al criterio della «vicinanza» alla prova: ricerca della «verità» ed «economia» del processo*

L'influenza del «comune sentire» sulla ripartizione degli oneri probatori traspare oggi dalla prassi giurisprudenziale, sempre più diffusa, di addossare l'onere alla parte che sia più «vicina» alla prova, nel senso che si trovi nella migliore posizione per fornirla<sup>47</sup>. Nonostante si faccia spesso riferimento a una presunta «ingiustizia» che si perpetrerebbe ai

---

<sup>46</sup> M.J. WAIS, *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review*, 2005, vol. XXVIII, 3, pp. 849 ss.

<sup>47</sup> Convenzionalmente si riconosce l'inizio di questo nuovo *trend* nella notissima Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, con la quale la Suprema Corte ha invertito la ripartizione dell'onere della prova del fatto «adempimento» del debitore, stabilendo che esso incombe a quest'ultimo anche nel caso in cui il creditore domandi la risoluzione del contratto per inadempimento. A partire da quel momento la Corte ricorre al criterio della «vicinanza» alla prova nelle materie più svariate, fra le quali spicca per importanza quella della responsabilità sanitaria, ove si dice che è onere del medico dimostrare la sua incolpevolezza perché ha le competenze tecniche indispensabili per fare chiarezza sulle modalità con cui è stato eseguito l'intervento e sul contenuto della cartella clinica del paziente; v. fra le tante Cass. 6 maggio 2015, n. 8989. In generale sull'argomento C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2015, pp. 1383 ss.

danni della parte più «lontana» dalla prova qualora le si addossasse l'onere probatorio (perché la si graverebbe di un onere di «difficile» assolvimento), sembrerebbero principalmente due gli obiettivi che si intendono perseguire ricorrendo al criterio della «vicinanza» alla prova, in parte connessi fra loro.

Il primo riflette lo stato del dibattito sulla funzione della prova e, più in generale, del processo. Brevemente, a chi in dottrina sostiene che lo scopo del processo sia la ricerca della verità «assoluta», o «materiale», e che, pertanto, alla prova giuridica competerebbe la medesima funzione dimostrativa tipica della prova scientifica, si è obiettato che il processo è per più ragioni<sup>48</sup> uno strumento ontologicamente imperfetto per raggiungere quello scopo, e che, proprio per questo, si dovrebbe semmai ambire alla carneluttiana «giusta composizione» della lite. Conseguentemente, l'unica «verità» raggiungibile in sede giudiziale sarebbe solamente quella «formale», o «processuale», e alla prova giuridica andrebbe riconosciuta una più modesta funzione «persuasiva»<sup>49</sup>. La prima posizione è ora fatta propria anche dalla giurisprudenza, la quale ritiene ragionevole onerare della prova di un certo fatto chi è nella mi-

---

<sup>48</sup> A. MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive*, in N. DONADIO, A. MANIACI (a cura di), AA. VV., *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, pp. 183 ss., per la precisione, individua ben quindici argomenti «contro-epistemici».

<sup>49</sup> Sul punto mi limito a richiamare la vivace polemica intercorsa fra Michele Taruffo e Bruno Cavallone: v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, *passim*, spec. pp. 74 ss., la successiva critica di B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia. Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. process.*, 2010, pp. 1 ss., e ora in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, Pisa, 2016, pp. 245 ss. (quest'ultimo scritto riprende in parte considerazioni già espresse dall'a. in un precedente contributo, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 947 ss., anche questo consultabile in *Scritti ritrovati*, cit., pp. 187 ss.), e la replica di M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. process.*, 2010, pp. 995 ss. Di M. TARUFFO v. anche i più recenti *Tre divagazioni intorno alla verità e Verità e prova nel processo*, pubblicati entrambi in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, rispettivamente alle pp. 133 ss., e pp. 1405 ss. Sulla funzione «persuasiva» della prova v. invece A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, rist., Milano, 1971, pp. 95 ss., ID., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss.

gliore posizione di fornirla poiché, così facendo, si avrebbero più *chances* di scoprire la «verità»<sup>50</sup>.

Il secondo obiettivo è invece frutto della convinzione che la «risorsa giustizia», come si continua a ripetere negli ultimi anni, è «scarsa» e va utilizzata con parsimonia. In quest'ottica, addossando l'onere alla parte più «vicina» alla prova sarebbe possibile ottenere il medesimo risultato (si intende, la prova di un certo fatto) con il minimo «sforzo» economico e istruttorio, riducendo così la durata del singolo processo (la fase istruttoria dovrebbe invero esaurirsi più velocemente) e, a cascata, i costi della giustizia che gravano sulle casse pubbliche<sup>51</sup>.

Non è questa la sede per affrontare nel merito tutte le questioni sottese al criterio della «vicinanza» alla prova, e, specialmente, quella attinente alla ricerca della «verità», che non pare affatto persuasiva se si considera che la regola di giudizio dell'onere della prova è stata giustamente definita come la regola antiepistemica per eccellenza<sup>52</sup>. Sul punto, per coerenza con i limiti di queste note, può bastare richiamare l'attenzione sulla sorprendente continuità fra il criterio della «vicinanza» e la famosa massima *negativa non sunt probanda* proprio nella prospettiva del «comune sentire». Micheli attribuisce invero la nascita di questa massima a un'erronea esegesi dei primi glossatori, che interpre-

---

<sup>50</sup> Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, per es., rileva che nei giudizi instaurati dal compratore contro il venditore per ottenere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo sul presupposto che la cosa acquistata è affetta da vizi (art. 1492 c.c.), l'onere della prova dovrebbe incombere al compratore che ne ha ricevuto la consegna, poiché, in questi casi, la cosa stessa è la migliore «fonte» di prova per fare luce sulla presenza dei vizi denunciati.

Il collegamento fra «vicinanza» alla prova e ricerca della «verità», comunque, è comune anche nella dottrina straniera: v. J.S. KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal*, 1993, vol. CIV, 129, e, più in generale, il movimento della c.d. *carga dinámica* della prova negli ordinamenti iberoamericani, sul quale rinvio allo scritto di Jordi Ferrer Beltrán cit. alla nota 23.

<sup>51</sup> Cfr. al riguardo G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, nota alla già cit. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Il corriere giuridico*, 2019, pp. 750 ss., spec. pp. 757 ss. Più in generale sul tema B.L. HAY, K.E. SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies*, 1997, vol. XXVI, pp. 413 ss.

<sup>52</sup> B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia*, cit., pp. 18 ss.

tarono il passo paolino *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* secondo i canoni della principale corrente filosofica di quel periodo, quella tomista<sup>53</sup>. Si trattava di una scuola di pensiero eminentemente pratica, che, dall'angolo visuale del processo e del giudizio di fatto, enfatizzava per l'appunto la ricerca della «verità» al minor «costo» possibile. Di qui la generale inopportunità della prova del fatto «negativo» (*recte*, della inesistenza di un fatto giuridico), che appariva «sconveniente» da molteplici punti di vista, e la scelta di ripartire l'onere della prova funzionalmente a tale convinzione. Oggi è pacifico che anche i fatti «negativi» *probanda sunt*, e forse in futuro anche l'idea che la «lontananza» di una parte dalla prova sia un valido argomento per sgravarla del relativo onere, verrà abbandonata.

#### 8. Inutilità dell'onere della prova? A proposito di un recente scritto di Jordi Nieva Fenoll

È risaputo che le sedi congressuali e il confronto con studiosi di altre discipline o di atenei stranieri sono l'occasione migliore per il proficuo scambio di opinioni, idee e suggerimenti di letture relativamente agli interessi scientifici coltivati da ciascuno. Sono venuto così a conoscenza di un recente scritto di un noto processualista spagnolo, Jordi Nieva Fenoll<sup>54</sup>, in cui il principio dell'onere della prova viene definito come una «reliquia», una *pieza da museo* che dovrebbe oggi essere abolita; esso induce a domandarsi se questo sentimento di *insofferenza* verso il principio dell'onere della prova sia effettivamente diffuso, o giustificato.

Incidentalmente: le critiche alla regola dell'onere della prova non sono certo una novità, considerando che già ben prima, nel 1913, Josef Kohler la additava come «eine juristische Antiquität»<sup>55</sup>, e ancora di recente qualcuno l'ha definita come subdolo strumento a disposizione del

<sup>53</sup> G.A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 32 ss.

<sup>54</sup> *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2018, pp. 1 ss.

<sup>55</sup> F.V. HOLTZENDORFF, J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Begründet*, II ed., vol. III, Berlin, 1913, pp. 314 s.

giudice per modificare il diritto sostanziale<sup>56</sup>. Tuttavia, almeno fino al contributo di Nieva Fenoll, le critiche erano indirizzate principalmente alla funzione sostanziale dell'onere della prova, mentre l'a. spagnolo le estende anche alla regola di giudizio ricavata da tale principio, e lo fa sulla scorta di un duplice ordine di argomentazioni.

Si osserva anzitutto che non avrebbe senso porsi un problema di «ripartizione» dell'onere della prova in un processo governato dal principio del libero convincimento e improntato alla ricerca della «verità», poiché il giudice avrebbe il dovere di ricercarla apprezzando liberamente tutte le prove indipendentemente da chi le abbia dedotte: «non è importante chi provi, purché si provi»<sup>57</sup>. La logica sottesa all'onere della prova, del resto, sarebbe «obsoleta» e «semplicistica», e la risposta alla *vexata quaestio* «chi deve provare cosa» sarebbe addirittura ovvia: ognuno deve provare i fatti che integrano i «presupposti» applicativi della norma giuridica cui si richiama e della quale chiede l'applicazione al giudice<sup>58</sup>.

La seconda argomentazione, in parte connessa alla prima, può essere così riassunta. La regola dell'onere della prova andrebbe abolita poiché non «elimina» il problema della incertezza sui fatti, ma permette solo di «accantonarlo», consentendo al giudice di pervenire comunque a una decisione di merito, che, però, essendo inevitabilmente lontana dalla «verità», «no es aceptable por la ciencia», e sarebbe pertanto una decisione «fittizia»<sup>59</sup>.

D'altra parte, le conseguenze dell'applicazione del principio dell'onere della prova sarebbero «disastrose». Fra l'altro, nei casi in cui l'attore non abbia la possibilità di provare i fatti che pure sarebbe necessario dimostrare per ottenere la tutela richiesta, l'onere della prova fungerebbe da deterrente all'agire in giudizio, e anche questo ostacolerebbe la ricerca della «verità». L'attore avrebbe invero consapevolezza

---

<sup>56</sup> R.B. DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. XXV, pp. 1167 ss.

<sup>57</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 2, pp. 7 ss., pp. 16 s. Riecheggiano qui gli insegnamenti «utilitaristici» di J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, vol. II, p. 163.

<sup>58</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 2, pp. 11 s., p. 14.

<sup>59</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 3.

che, in scenari di questo genere, l'avversario «non verrebbe in suo soccorso» allegando i fatti «mancanti» e deducendo prove per capire come siano andate realmente le cose<sup>60</sup>.

L'autore sostiene infine che, in caso di incertezza sui fatti, e prima che si ponga in concreto la necessità di evitare una decisione di *non liquet*, il giudice dovrebbe limitarsi a non dare per provato il fatto incerto, e, così, a non applicare la norma di cui il fatto incerto integra uno dei «presupposti» applicativi. In questo modo il problema della decisione sul fatto incerto verrebbe risolto immediatamente attraverso l'attenta lettura della norma sostanziale, senza che sia necessario ricorrere alla regola di giudizio dell'onere della prova. Quest'ultima, del resto, conterebbe poco o niente anche nella prospettiva della «validità» della decisione di merito, intesa come sua idoneità a precludere successive reiterazioni della medesima domanda, che sarebbe sempre assicurata dall'istituto della *cosa juzgada*, anche se sia stata resa in presenza di un fatto incerto<sup>61</sup>.

Personalmente non mi sentirei di dire che la critica di Nieva Fenoll, così compendiata, riesca effettivamente persuasiva. Anzitutto, non pare opportuno sovrapporre il problema della valutazione (libera o legale) delle prove e quello dell'onere della prova, affermando che quest'ultimo avrebbe senso solamente in un sistema di prova legale (con il quale anzi si confonderebbe)<sup>62</sup>. Per mezzo della prova legale, infatti, il legislatore si preoccupa di evitare «a monte» che si formi incertezza sul fatto controverso, vincolando il giudice a «pesarla» in un certo modo, mentre l'onere della prova presuppone tale stato di incertezza e si preoccupa di risolverlo per così dire «a valle». Le antipatie nutrite dall'a. per il sistema della prova legale, di per sé pienamente legittime, non

---

<sup>60</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, pp. 12 s., p. 14. Per tali ragioni, si precisa, la regola dell'onere della prova finirebbe per essere una presunzione «malamente posta», che permette di inferire che chi non ha la possibilità di provare un diritto di cui si afferma titolare sta azionando in giudizio un diritto inesistente. Tuttavia, la massima di esperienza su cui si fonda tale presunzione sarebbe falsa, poiché, spesso, semplicemente non si ha la possibilità di provare i fatti costitutivi del diritto azionato nonostante esso sia realmente esistente.

<sup>61</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, pp. 14 ss.

<sup>62</sup> J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 9.

possono quindi essere traslate sul piano dell'onere della prova semplicemente perché si tratta di cose diverse, che ben possono coesistere fra loro. È emblematico in tal senso il caso del giuramento suppletorio (art. 2736 c.c.), poiché se la parte individuata dal giudice non lo presta, permane lo stato di incertezza che ne aveva giustificato il deferimento in prima battuta, stato di incertezza che potrà (e dovrà) essere superato solamente ricorrendo alla regola di giudizio dell'onere della prova<sup>63</sup>.

Che poi il giudice, in virtù del principio di acquisizione processuale, possa trarre elementi di convincimento a favore dell'onerato anche dalle prove dedotte dall'avversario è cosa nota, ma stabilire a chi incombeva l'onere di provare il fatto rimasto indimostrato è fondamentale per capire a favore di chi debba essere risolto l'eventuale stato di dubbio.

Quanto alla critica alla logica dell'onere della prova, invece, mi limito a osservare quanto segue. In tutto il suo scritto Nieva Fenoll si richiama alla famosa *Normentheorie* di Rosenberg<sup>64</sup>, dandone puntualmente conto nelle note. Tuttavia, lo stesso Rosenberg sottolineava che il problema vero, e per niente scontato, è proprio quello di stabilire quando un certo fatto debba essere considerato «presupposto» della norma «favorevole» all'attore («Grundnorm») o di una delle tante «contronorme» cui si richiama il convenuto («Gegennormen»); problema, questo, che si accentua in particolar modo rispetto ai fatti e alle norme «impedienti»<sup>65</sup>. Egli, è vero, proponeva poi di risolverlo attraverso una rigorosa analisi sintattica, o logico-formale, del testo delle varie norme sostanziali, ma è parso subito evidente anche alla dottrina successiva che si trattava pur sempre del problema della ripartizione degli oneri probatori<sup>66</sup>. In altri termini: dire che il giudice non può applicare la norma sostanziale cui si richiama la parte onerata in difetto di prova dei relativi «presupposti» di fatto, e dire che il diritto dedotto in giudizio non può essere accertato come esistente (e la domanda non può

---

<sup>63</sup> G.A. MICHELI, *op. cit.*, pp. 197 s.

<sup>64</sup> L. ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, cit.

<sup>65</sup> L. ROSENBERG, *op. cit.*, p. 99, pp. 119 ss., pp. 122 ss.

<sup>66</sup> D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966, pp. 38 ss.; ID., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin-New York, 1985, pp. 17 ss.

essere accolta) se è mancata la prova dei fatti costitutivi, è la stessa cosa. In entrambi i casi la decisione di rigetto nel merito è frutto dell'applicazione di una regola di giudizio ricavata dal principio dell'onere della prova, ma nel primo si pone al centro la struttura della norma sostanziale anziché quella della fattispecie, secondo il principio di *Rechtsanwendung*<sup>67</sup>.

Rispetto alla seconda argomentazione<sup>68</sup>, invece, osservo solo che il profilo esecrato da Nieva Fenoll non ha necessariamente dei connotati negativi, se si considera che, a volte, la ripartizione dell'onere della prova è funzionale proprio al contenimento di azioni «temerarie», o comunque fatte con leggerezza. L'importanza di questo profilo della teoria dell'onere della prova, che non era sfuggita a Matteo Pescatore<sup>69</sup>, è massima nelle impugnative di atti giuridici, e specialmente in quelle testamentarie, ove, in omaggio a una tradizione plurisecolare, non solo si addossa all'impugnante l'onere di dimostrare l'invalidità dell'atto impugnato per sfruttare la funzione deterrente dell'onere della prova, ma anche per evitare che ogni atto giuridico debba presumersi invalido, o falso, fino a prova contraria.

Il riferimento alla cosa giudicata, invece, è in parte esatto, ma il discorso andrebbe rovesciato: la decisione di rigetto emessa in presenza di un fatto incerto è «valida» (e non *fitticia*) proprio perché esiste una regola di giudizio che vincola il giudice a «convertire» il dubbio in motivo di rigetto nel merito della pretesa di chi non ha assolto il suo onere probatorio. Come tale, essa è idonea a precludere successive proposizioni della medesima domanda allo stesso modo di come le precluderebbe una decisione di rigetto nel merito fondata sul pieno convincimento della inesistenza del medesimo fatto. Da questo punto di vista le due decisioni sono qualitativamente identiche.

---

<sup>67</sup> L. ROSENBERG, *op. cit.*, pp. 12 ss.

<sup>68</sup> Non mi soffermo sulla inopportunità di avvicinare la figura del giudice a quella dello scienziato, o a quella dello storico, già rilevata e ampiamente argomentata da autorevole dottrina. Oltre agli scritti di Bruno Cavallone, già cit. alla nota 49, mi limito a richiamare il famoso saggio di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. process.*, 1939, pp. 105 ss., ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, pp. 393 ss.

<sup>69</sup> *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, cit., pp. 96 ss.

*Bibliografia*

- ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937
- ARIAS C., *Il retratto di diritto litigioso*, Padova, 1933
- AUGENTI G.P., *L'onere della prova*, Roma, 1932
- BESSO C., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2015
- BETTI E., *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. process. civ.*, 1926, II
- BLOMEYER A., *Non liquet*, in *Juristenzeitung*, 1955
- BRAUN J., *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts: Erkenntnisverfahren*, Tübingen, 2014
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. process.*, 1939, e in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965
- CALISSE C., *Storia del diritto italiano*, II ed., vol. II, Firenze, 1903
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia. Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. process.*, 2010, e in ora in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, Pisa, 2016
- CAVALLONE B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 947 ss., ora in *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, Pisa, 2016
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, III ed., rist., Napoli, 1965
- COKE E., *Reports*, London, 1777, vol. V
- COLESANTI V., *Ricordo di Leo Rosenberg*, in *Riv. dir. process.*, 1964
- DARESTE R., *Études d'histoire du droit*, Paris, 1889
- DWORKIN R.B., *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. XXV
- FERRER BELTRÁN J., *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, in *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Barcelona, 2018
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, rist., I ed., Milano, 1968
- FINZI E., *Sulla efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3, c. comm. Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. process.*, 1928, I
- FREZZA P., *Ordalia e legis actio sacramento*, in *Studi classici e orientali*, 1953
- FRIJDA N.H., *Emozioni*, trad. it. Anna Emilia Berti, Vanda Lucia Zammuner, Bologna, 1990
- FRIJDA N.H., *The emotions*, Cambridge-Paris, 1986
- FRIJDA N.H., voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993

- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940
- GARAVAGLIA M., *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. process.*, 2019
- GIANTURCO L., *Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale*, appendice alla trad. it. di F. Glück, *Commentario alle pandette*, vol. XXII, Milano, 1906
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, rist., Milano, 1971
- GIULIANI A., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988
- GROSSI P., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016
- GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, II ed., Roma, Bari, 2015
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017
- GROSSI P., *Lungo l'itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume: Il diritto civile tra legge e giudizio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017
- HAMM O., contributo senza titolo, in *Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages*, Berlin, 1895, vol. II
- HAY B.L., SPIER K.E., *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies*, 1997, vol. XXVI
- HOLTZENDORFF F.V., KOHLER J., *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Begründet*, II ed., vol. III, Berlin, 1913
- JEFFERSON T., lettera del 6 settembre 1789 a James Madison, in *The papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, Princeton, 1958
- KRAUS J.S., *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal*, 1993, vol. CIV
- LE GENTIL C., *Essai historique sur les preuves*, Paris, 1863
- LEIPOLD D., *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966
- LEIPOLD D., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27 Juni 1984*, Berlin-New York, 1985
- LEONHARD F., *Zur Beweislast*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1906
- LIPARI N., *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018
- LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010
- LIPARI N., *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2005
- LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016

- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Ospedaletto, Pisa, 2016, vol. II
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017
- LIPARI N., *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015
- LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009
- LIPARI N., *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016
- LIPARI N., *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008
- LIPARI N., *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011
- LIPARI N., *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018
- LIPARI N., *Ragionare di diritto oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019
- MICHELET M., *Origines du droit français*, Paris, 1837
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966
- MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Paris, 1862
- NIEVA FENOLL J., *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2018
- NYQUIST C., *Re-Reading Legal Realism and Tracing a Genealogy of Balancing*, in *Buffalo Law Review*, 2017, vol. LXV
- PATETTA F., *Le ordalie*, rist., Milano, 1972
- PESCATORE M., *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, II ed., Torino, 1883
- PROVINCIALI R., voce *Giuramento decisorio (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970
- ROSENBERG L., *Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, V ed., Berlin, 1965
- SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940
- SCHULZ F., *Die Rechtfertigungslast*, Altona, 1919
- SICILIANI T., *Scritti di diritto processuale civile*, a cura di Franco Cipriani, Napoli, 2006
- TARDE G., *Les transformations du droit*, II ed., Paris, 1894
- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. process.*, 2010
- TARUFFO M., *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009

- TARUFFO M., *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018
- TARUFFO M., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018
- TARUFFO M., voce *Onere della prova*, in *Digesto Priv.*, vol. XIII, Torino, 1995
- THAYER J.B., *A Preliminary Treatise on Evidence in the Common Law*, Boston, 1898
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli, 2013
- VILLA G., *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Il corriere giuridico*, 2019
- WAIS M.J., *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review*, 2005, vol. XXVIII
- WEXLER S., *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of Columbia Law Review*, 1999, vol. XXXIII
- WEXLER S., EFFRON J., *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal*, 1984, vol. XXIX
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 1887

# IL GIUDICE E L'ALGORITMO (IN DIFESA DELL'UMANITÀ DEL GIUDICARE)

*Carlo Vittorio Giabardo*

SOMMARIO: 1. *Diritto immune e governo della calcolabilità*. 2. *Legal tech and co. e giustizia predittiva (il sogno proibito del positivista)*. 3. *L'eterno enigma del diritto*. 4. *Gli usi processuali delle emozioni*. 5. *Conclusioni*. «*Un algoritmo non si può convincere*» (ovvero dell'umanità del giudicare).

## *Abstract*

This essay is a defense of the “human nature” of the practice of judging in the legal domain. By criticising contemporary tendencies towards ‘legal calculability’ and the deep-felt desire to get rid of human emotions in legal thought, it underlines the problems and risks that a purely algorithmic justice will inevitably entail. More specifically, it argues that the “legal positivists’ dream” of the judge as *bouche de la loi*, represented by the ‘robot-judge’, is, in fact, at odds with the exigence of doing justice in adjudication. By drawing upon the work of Antoine Garapon, a French legal scholar, this article argues that what a purely algorithmic approach to justice provides is, rather, the crystallisation of law and judicial conformism. At the end, it is suggested that doing justice is an extremely complex task that cannot be achieved without a full involvement of the judge, considered as a person in its entirety. In adjudication, human emotions are in play, and this is a positive, rather than negative, thing. What is at stake, rather, is how to channel judge’s “humanity” in the right direction.

### 1. Diritto immune e governo della calcolabilità

La storia del diritto può essere letta come il perenne (e mai compiuto davvero fino in fondo) tentativo di rendere irrilevanti le emozioni, di cautelarsi contro di esse, di renderle inoperanti, innocue, inoffensive; un tentativo di *disinfettare*, di *immunizzare* lo scorrere dei traffici giuridici e le prassi dalla imprevedibile (e irragionevole) mutevolezza del sentire emotivo e quindi della volontà che ne è, spesso, espressione. *Dominare l'imprevedibile*: questa la immane pretesa del diritto<sup>1</sup>. D'altronde, proprio in questo risiede il nucleo politico più proprio del diritto inteso come sistema normativo nel senso più forte; far sì che i soggetti tengano certi comportamenti (o si astengano dal tenerli) a prescindere dal loro sentire, proprio quando essi desidererebbero non tenerli, o tenerne altri, e cioè tralasciando la loro volontà – sia questa volontà condizionata da calcolo personale, sia da emozioni (è qui, in fin dei conti, che si saggia la forza del diritto; poiché se i soggetti già desiderassero di per sé tenere quel certo comportamento – adempiere a un contratto, risarcire un danno causato – allora il diritto in queste ipotesi non verrebbe a rilevanza).

Il diritto nella sua generalità vuole che tutti i soggetti giuridici agiscano prescindendo dai propri stati emotivi, ma bensì essendo governati da norme che si vogliono pura espressione di ragione. Notiamo infatti che il comportamento giuridico (l'“agire giuridico” diremo) non deve mai essere dettato da un sentimento – se non quando questa facoltà è espressamente conferita dal diritto stesso. In primo luogo deve essere razionale il legislatore: nessuna disposizione deve essere concepita o redatta sotto l'ondata di una emozione, sotto l'impulso di paura, o di rabbia, o anche di ingiustificato ottimismo. Similmente devono essere razionali i destinatari di quelle norme, nel loro adeguarsi a esse. L'emotività non deve guidare – né vale a scusare giuridicamente – i comportamenti di una parte contrattuale, del proprietario di un bene, di un lavoratore subordinato, di un esercente una attività. Emblematicamente, poi, non può essere in nessun caso *emotivo* colui che è chiamato ad applicare quelle direttive di ragione che sono le norme giuridiche, ossia il

---

<sup>1</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pp. 44 ss.

giudice. Il suo operato si vuole quanto più possibile meccanico, puramente sillogistico, depurato (immunizzato appunto) e non viziato da disposizioni, stati, intenzioni, e da tutto ciò che si potrebbe definire un personale “senso di giustizia”. Il suo ragionamento deve essere dimostrabile, logico, e quindi esatto, controllabile oggettivamente, fondato e giustificato esclusivamente sulla ragione, che procede da premesse a conclusioni<sup>2</sup>.

Diritto funzionale al vivere civile e ai traffici economico-sociali, razionale quindi, calcolabile, geometrico, matematico, scientifico, prevedibile, oggettivo, certo, a cui Natalino Irti ha dedicato, negli ultimi anni, importanti studi<sup>3</sup>.

La calcolabilità (del diritto, delle decisioni) sembra essere divenuta la nuova parola chiave per capire il presente giuridico; è onnipresente, pervasiva<sup>4</sup>. L'uso così enfatico di questo vocabolo, come mai prima

---

<sup>2</sup> Cfr. le penetranti notazioni in senso critico di B. CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologistico*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2017, pp. 315 ss. che parla a questo proposito di “anti-psicologismo” nella teoria del diritto: «[l]’assunto che una teoria del ragionamento giuridico debba avere ad oggetto il ragionamento in senso logico è figlio della polemica contro lo psicologismo degli inizi del XX secolo. È, indirettamente, espressione dell’antipsicologismo novecentesco che (soprattutto per il tramite di Hans Kelsen) ha segnato in profondità la teoria del diritto contemporanea» (p. 317), e più oltre (p. 325) dove ancora l’Autore enfatizza l’insegnamento kelseniano in questa ricostruzione del diritto come «un che di impersonale, anonimo, de-psicologizzato», e che in questo «risiede la sua specifica autorità». Kelsen, difatti, ha offerto nella sua “Teoria pura del diritto” una immagine «antica e molto influente» del diritto, secondo la quale quest’ultimo «gode di una relativa indipendenza, o autonomia (sia concettuale, sia normativa), rispetto alle preferenze, alle intenzioni, alla volontà, alle decisioni, alle credenze (...) di coloro che vi sono soggetti; e in ciò risiede il suo carattere di oggettività».

<sup>3</sup> N. IRTI, *Nomos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 590; ID., *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, I, p. 1; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 687; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1, p. 17. V. poi la raccolta di questi studi in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>4</sup> Oltre agli studi sulla (in)calcolabilità del diritto citati alla nota precedente, *adde* A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 (e, in particolare, *ex multis*, M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, ivi, p. 137), volume nel quale la studiosa ha raccolto alcune delle

nella storia del diritto era accaduto, porta a prefigurare anche nell'universo giuridico una *dittatura del calcolo*, per usare la felice espressione che dà il titolo al bel libro del matematico Paolo Zellini<sup>5</sup>.

Facendo ciò, il diritto ha quindi espunto dal proprio ambito la soggettività dei soggetti, il nostro essere uomini in carne e ossa; ha dettato regole oggettive (cioè immuni da elementi psicologici) come se gli esseri umani non fossero, prima di tutto, esseri emotivi, o forse proprio per questa ragione; proprio per la consapevolezza, cioè, che l'uomo è un essere emotivo e che in quanto tale deve ricevere la guida del proprio agire al di fuori di sé medesimo.

Ma – parafrasando Pascal – si può ben dire che la “realtà vivente” della giustizia ha le sue ragioni, che la ragione non conosce...<sup>6</sup>

Certo, la razionalità giuridica, intesa come certezza del diritto e prevedibilità, rimane uno dei pilastri fondanti della giuridicità moderna: ma se essa fosse un valore assoluto, le conseguenze sarebbero paradossali (valga un esempio su tutti: se la certezza delle norme fosse davvero un valore assoluto, allora l'evoluzione del diritto sarebbe logicamente impossibile, impensabile, laddove per evoluzione non si intende null'altro che l'applicazione di una diversa regola di condotta a un medesimo fatto della vita successivo).

E così, similmente, concepire *normativamente* il processo di decisione giudiziale come puramente sillogistico (cioè affermando che sarebbe bene che si avvicinasse quanto più possibile a questo ideale regolativo) è importante per sottolineare il bisogno della prevedibilità delle conseguenze delle nostre azioni e, insieme, l'uguaglianza di ciascuno di fronte alla legge: due idee, queste, altamente morali<sup>7</sup>. Ma l'esigenza di

riflessioni svolte durante i “Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto” svoltisi presso l'Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, ottobre 2019).

<sup>5</sup> P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, *passim*.

<sup>6</sup> Il riferimento è, ovviamente, al celebre Pensiero «Il cuore ha le sue ragioni che la ragione non conosce» (B. PASCAL, *Pensieri* (1670), in B. PASCAL, *Pensieri, opuscoli lettere*, a cura di A. Bausola, R. Tapella, Milano, 1997, p. 585).

<sup>7</sup> P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. ALPA, P. RESCIGNO, G. ZAGREBELSKY), Roma-Bari, 2008, pp. 84-85 (testo originale del 1940) che sottolinea come «[s]enza la legge astratta non può esservi in concreto tra i consociati quella certezza del diritto che permette di sapere in anticipo quali sono i limiti del lecito» e che, parimenti, «la legge astratta è forse lo strumento logico attraver-

certezza non deve essere sopravvalutata, non deve essere trasformata in un *totem*, in un feticcio, o in un altare sul quale sacrificare la complessità del fare giustizia.

Infatti noi sentiamo in qualche modo vago, spesso non detto, sottaciuto, che l'agire giuridico è intriso di umanità, e che la giustizia è una esperienza profondamente umana, e che anzi è giusto e bene che sia così. Qualsiasi cosa si intenda con queste espressioni, nella pluralità dei significati che ognuno di noi attribuisce a queste parole così vaghe (quale "umanità", "umana", "giustizia"), vediamo comunque essere radicata l'idea per la quale la razionalità meccanica non deve mai essere *dis-umana*, il dominio delle regole oggettive non deve significare insensibilità per le concrete conseguenze.

Ciò non sembra valere allo stesso modo per ogni ambito dell'esperienza. Possiamo discutere sul significato e l'opportunità di un giudice emotivo e del ruolo (positivo o negativo) che i processi emotivi giocano nel ragionamento giudiziale. Ma già il fatto che si avverte il senso e l'esigenza di questo dibattito è rivelatore di qualcosa di molto significativo; ciò *ci dice qualcosa*. Avrebbe infatti senso chiederci se vogliamo un ingegnere emotivo? Credo di no. E, per esempio, un farmacologo emotivo? Nemmeno. Già, forse, più centrato sembrerebbe chiederci se è bene, oppure no, che un medico sia emotivo – salvo, poi, molto probabilmente convenire con una risposta tendenzialmente negativa. Perché questa differenza? Perché sentiamo nel profondo della nostra coscienza che l'ingegnere o il farmacologo non hanno a che fare, nel loro mestiere, con esseri umani, né governano o maneggiano, nella loro attività, esistenze e dolori, ma si occupano di costruzioni e osservazioni

---

so il quale meglio si manifesta in forma visibile il senso della *cristiana solidarietà* e della *uguaglianza spirituale che affratella gli uomini*: poiché nella legge non solo si esprime una esigenza di ugual trattamento garantita o minacciata a tutti coloro che si porranno in una certa condizione di fatto, ma il diritto e il dovere è sempre affermato in forma reciproca, in modo che ciascuno sa che nel momento stesso in cui si afferma il diritto suo proprio, nello stesso momento egli riconosce, basato sulla legge stessa, il diritto del suo simile e il suo proprio dovere dinanzi a lui» (enfasi nostra); e più avanti (pp. 104-105), dove si ribadisce che la «formulazione astratta delle leggi significa appunto che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto...».

della realtà, e quindi delle leggi del calcolo e della natura, che prescindono dall'uomo. Il medico, invece, interagisce primariamente con esseri umani che si trovano nel momento della loro massima sofferenza e che in quanto tali sono inoggettivabili – anche se, alla fine, ci arrendiamo al fatto che la soluzione alla malattia prescinde, in larga parte, dai vari atteggiamenti umani impiegati. Vorremmo quindi un ingegnere calcolatore, un farmacologo impassibile, un medico, forse, imperturbabile. Ma nulla di tutto ciò lo ritroviamo nel campo del diritto, che vede coinvolta la persona in quanto soggetto, nel momento del conflitto, con il proprio perenne anelito trascendentale verso la giustizia – la *trascendenza* della giustizia, ossia la perenne possibilità per l'uomo di contestare la giustizia attuale nel nome della giustizia stessa<sup>8</sup>. Vorremmo, quindi, un giudice incapace di provare la minima emozione? Un giudice a-patico, nel senso deteriore del termine, svuotato della umana capacità di leggere, interpretare e tradurre la gamma delle emozioni, e però, magari, dotato di abilità eccezionali, sopra la media, nel ricordare articoli di codice, eccezioni all'operare di regole e le pronunce per intero della Cassazione su un dato argomento?

## 2. *Legal tech and co., e giustizia predittiva (il sogno proibito del positivista)*

Antoine Garapon – magistrato francese nonché uno dei più lucidi studiosi della teoria del processo – in un recente saggio dedicato alle sfide della giustizia digitale ha messo in luce come sarebbe proprio stato questo diffuso *sentire* la giustizia come una impresa umana, “artigianale” quasi, ad aver reso più difficoltoso l'ingresso delle tecnologie e

---

<sup>8</sup> Questa trascendenza della giustizia è resa con viva materialità ancora dalle parole di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 64: «Giustizia? (...) Due litiganti vanno dinanzi al giudice e tutt'e due, per soverchiare l'avversario, invocano la giustizia; la parola è la stessa, ma per ciascuno di essi vuol dire l'opposto, vuol dire la propria vittoria e la rovina del suo contraddittore. Due popoli si scannano per la conquista di un regno: tutt'e due hanno scritto la parola diritto sulla propria bandiera; ma il diritto qual è, quello del vincitore o quello del vinto, quello di chi vuol mantenere le proprie leggi, o quello di chi vuole instaurare un ordine nuovo in luogo delle leggi abbattute?».

dell'intelligenza artificiale nel mondo del diritto rispetto ad altri ambiti della vita sociale (salute, benessere, educazione, ambiente, politica)<sup>9</sup>. Vi sarebbe stata, insomma, una certa resistenza culturale, qualcosa più di un generico sospetto, verso procedure automatizzate che mirino a sostituire l'attività del giurista, a diversi livelli, con il funzionamento impersonale di *software* e algoritmi, proprio in virtù di quella in-oggettività e irriducibilità dell'esperienza umana e dei casi della vita in formule preconfezionate. Oggettività e riducibilità che – va osservato – non sono altro che il “sogno proibito” del positivista radicale, il portare alle estreme conseguenze il mito di una entità che possa davvero definirsi *bouche de la loi*, cioè un qualcuno o un qualcosa (giudice o *software*) capace di rendere una decisione-*output* a seguito dell'inserimento di un fatto della vita-*input*. Tutto ciò eternamente ci affascina – nota ancora Antoine Garapon – perché realizza «les rêves les plus vieux du droit» ossia un «droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et avec la technique», un diritto «entièrement positif (...) qui coïnciderait totalement avec la science»<sup>10</sup>.

Nonostante il ritardo, concetti come *legal tech*, *smart*, *digital*, *cyber justice*, sono ora espressioni consolidate. Il filo conduttore di questo vasto universo tecno-giuridico è costituito dalla c.d. “giustizia predittiva”, ossia l'esigenza che le conseguenze del nostro agire giuridico siano quanto più possibile prevedibili, pre-dicibili, e che il margine di alea sia ridotto al minimo, fino a potenzialmente scomparire – una esigenza, di nuovo, che ha radici antiche e che risale, quantomeno in questa versione, all'ideologia *mitica* del codice (e del codice civile in particolare) secondo la quale un libro rilegato e ordinato secondo articoli in ordine numerico avrebbe dovuto contenere la regolamentazione intera ed esauritiva, totale, completa dell'esperienza giuridica tra privati<sup>11</sup>.

Più nello specifico, lo scopo della giustizia predittiva è quello di rendere le conseguenze delle azioni umane (per quanto qui ci riguarda, in caso di conflitto) *trasparenti* in anticipo attraverso l'uso dei *big data*,

---

<sup>9</sup> A. GARAPON, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La semaine juridique (éd. gén.)*, 9 gennaio 2017, n. 1-2.

<sup>10</sup> A. GARAPON, *op. cit.*, p. 52.

<sup>11</sup> Cfr. gli studi di N. IRTI sulla fine dell'età (e quindi dell'ideologia) della codificazione; cfr. ID., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.), *passim*.

immense raccolte di informazioni non elaborabili da una mente umana per quantità e qualità del dettaglio, la cui analisi e combinazione permette di scoprire strutture e *patterns* di regolarità laddove prima si scorgeva solo caos, disordine e casualità. La potenza dell’algoritmo è infatti in grado di digerire e metabolizzare i dettagli e gli elementi fattuali, contestuali, e giuridici di milioni di casi già decisi in precedenza, prevedendo l’*outcome* della controversia con un altissimo grado di accuratezza. La creazione di modelli predittivi complessi su questa base rende così accessibile e conoscibile qualcosa che prima non lo era con mezzi umani, un nuovo livello di realtà. Dati, dati, e ancora dati<sup>12</sup>. Attraverso le loro combinazioni è possibile una conoscenza *sovrumana* condotta scientificamente; da cui l’accusa, spesso mossa, di “anti-umanesimo” del mondo *legal tech*<sup>13</sup>.

L’uso di questi strumenti è stato confinato il più delle volte fuori dal processo vero e proprio, in chiave preventiva dello stesso, cioè per prevederne l’esito. Una sorta di *do-it-yourself justice*<sup>14</sup>, una “giustizia fai da te” messa in atto consultando il responso di *software* decisionali che anticipano i probabili (o probabilissimi) orientamenti giurisprudenziali sulla base delle precedenti statuizioni. Gli esempi sono ben noti. Si riporta che alcuni ricercatori dell’University College di Londra e dell’University of Sheffield nel 2016 hanno creato un algoritmo in grado di prevedere in anticipo l’esito di alcune controversie riguardanti i diritti umani in decisione alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (in particolare, sulla base degli artt. 3, 6, e 8 della relativa Convenzione) a partire dalla struttura morfologica, e quindi dall’analisi semantica, delle precedenti sentenze in casi simili; ebbene, l’algoritmo ha previsto le conclusioni dei giudici nel 79 per cento dei casi<sup>15</sup>. E inoltre apprendiamo di un *software*, *Case Cruncher Alfa* (il nome dice molto: in italiano suonerebbe qualcosa come “il masticatore di casi”), elaborato da alcuni stu-

---

<sup>12</sup> Criticamente, di «nuova religione dei dati: il datismo» e della riduzione dell’esperienza umana «a un *pattern* di dati» parla L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, p. 395.

<sup>13</sup> A. GARAPON, *op. cit.*, p. 49.

<sup>14</sup> A. GARAPON, *op. cit.*, p. 51.

<sup>15</sup> Lo riporta E. GABELLINI, *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, p. 1309.

denti di giurisprudenza dell'Università di Cambridge, il quale è risultato vincitore, gareggiando contro un *pool* di avvocati specializzati provenienti dai migliori studi legali inglesi, nel predire le soluzioni di 750 casi riguardanti controversie in materia di assicurazioni decise dal *Financial Ombudsman*: mentre la percentuale "indovinata" dal *software* è dell'88,6 per cento, quella della squadra composta da uomini si assesta al 62,3 per cento<sup>16</sup>. In Francia, poi, è operativa la piattaforma *Predictice*, già testata presso due corti di appello e ora ampiamente utilizzata da colossi assicurativi per testare la probabilità di successo caso per caso nell'eventualità di contenzioso e di valutare conseguentemente la strategia processuale più adatta. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi<sup>17</sup>.

Nulla esclude, però, che l'uso di questi strumenti possa avvenire anche dentro al giudizio, e cioè o in funzione decisionale vera e propria o quantomeno per orientare, con varia forza, la decisione umana. In questo modo – a parere di chi scrive, distopico – il giudice, ove presente, sarà sempre più spinto a conformarsi passivamente alla decisione che gli viene proposta dall'algoritmo e, se vuole discostarsene, sarà sottoposto a più intensi doveri di motivazione (cfr. *infra*)<sup>18</sup>.

È senza dubbio vero che, ora, paventare lo scenario del giudice robot è nella migliore delle ipotesi prematuro, se non proprio un esercizio di fantascienza giuridica. Ciò non toglie che, filosoficamente, valga la pena vagliare l'ideologia sottostante la giustizia algoritmica, e cioè quella di ridurre, assottigliare la discrezionalità del giudice in tutte le sue ramificazioni, fino all'ideale regolatore della sua eliminazione completa – e non mi pare certo un caso che questa esigenza sia così potente e insistente proprio in questa epoca, la nostra, che ha visto il ruolo del giudice assumere un'importanza cruciale nella *governance*

---

<sup>16</sup> E. GABELLINI, *op. cit.*, p. 1310.

<sup>17</sup> Tant'è che la *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha predisposto una carta etica per l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia (*EU Ethical Charter on the Use of AI in Judicial Systems*, 4 dicembre 2018).

<sup>18</sup> Già Francesco Carnelutti, sul finire degli anni Quaranta, si preoccupava di questo, rilevando come l'uso (acritico) da parte dei giudici delle massime giurisprudenziali li dispensasse dalla «fatica del pensare». Cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss. Cfr. anche ID., *Massime non consolidate*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 360 ss.

delle nostre società ai più vari livelli (la “vocazione” del nostro tempo per la giurisdizione)<sup>19</sup>.

### 3. *L'eterno enigma del diritto*

La realtà è che *fare giustizia* è molto più difficile che *applicare la legge*.

Il diritto vive in bilico tra la certezza (che presuppone l'immutabilità) e l'adattamento ed evoluzione (che comporta, per definizione, incertezza). È questo uno dei molteplici paradossi del diritto, uno degli enigmi che ne caratterizza il funzionamento. Questo eterno problema può anche essere declinato come dilemma tra l'esigenza di certezza e quella di giustizia. Infatti, le regole che compongono il diritto richiedono adattamento al caso concreto, o richiedono una loro evoluzione e cambiamento, quando la loro interpretazione o applicazione appare (è) ingiusta. Tutto *si regge, si appoggia* sul giudizio.

Diamo uno sguardo a quella cultura giuridica che ha fatto delle connessioni dinamiche tra certezza, evoluzione e giustizia il centro della propria preoccupazione, ossia il *common law*. Il grande giudice Lord Reid scrisse:

People want two inconsistent things; that the law shall be certain, and that it shall be just and shall move with the times. It is our business to keep both objectives in view<sup>20</sup>.

Il diritto esige quindi una contraddizione. Là è stato proprio il sistema di *case law* (che si vuole imitare con l'uso dell'intelligenza artificiale nel processo) che aveva paradossalmente garantito il bilanciamento tra le due esigenze in massimo grado. È pur vero, infatti, che il sistema dello *stare decisis* negli ordinamenti di *common law* è più una afferma-

---

<sup>19</sup> Cfr. N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, p. 50 ss.

<sup>20</sup> LORD J. REID, *The Judge as a Lawmaker*, in *Journal Society Public Teachers of Law*, 1972, p. 22.

zione declamatoria che una regola operativa vera e propria<sup>21</sup>. Da un lato i giudici inglesi, liberi dalle strettoie della “calcolabilità prevedibile e prevedibilità calcolabile” di un codice, sono stati storicamente liberi di creare il diritto partendo proprio dalle esigenze sociali sottostanti di chi chiedeva loro giustizia e quindi calibrando le decisioni sempre su casi concreti; dall'altro i giudici successivi hanno sempre utilizzato con grande abilità le raffinate tecniche di *distinguishing* e di *overruling*, sviluppate nei secoli, per discostarsi dalle decisioni precedenti ove ciò apparisse “giusto”.

Nel mondo degli algoritmi, invece, un diritto troppo calcolabile è un diritto cristallizzato e cementificato. Un diritto troppo calcolabile è un diritto nel quale il giudice è incoraggiato a conformarsi, omologandosi, al flusso di decisioni passate, producendo automaticamente risultati sempre identici a sé stessi (c.d. effetto “performativo”). Nei casi in cui il giudice si conformi – e l'argomentazione non deve sorprendere – egli sarebbe premiato con la possibilità di motivare succintamente, o non motivare affatto, bastando il richiamo a quanto “deciso” dall'algoritmo (dico che questo ragionamento non deve sorprendere per il semplice fatto che è questa la direzione che, almeno con riferimento all'ordinamento italiano, le più recenti riforme del processo civile hanno percorso, verso un progressivo e costante *alleggerimento* del dovere di motivazione)<sup>22</sup>.

Gli effetti del conformismo giudiziale non vanno affatto sottovalutati; questo – come rileva molto opportunamente e molto criticamente Antoine Garapon – «renforce la culture, l'idéologie dans le sens de Ricoeur, au détriment de l'utopie»<sup>23</sup>. Portare a compimento totale il miraggio positivista del giudice-robot significa rinforzare le soluzioni do-

---

<sup>21</sup> Con chiarezza, S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pp. 614 ss.

<sup>22</sup> Sulla tendenza a sminuire e svalutare la motivazione nel processo civile, cfr. M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 375 ss.; B. CAVALLONE, *La motivazione «laica, funzionalista, 'disincantata'»*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, pp. 121 ss.; C. RASIA, *La motivazione elastica nel recente caleidoscopio normativo e giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, pp. 668 ss.; più in generale, ID., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

<sup>23</sup> A. GARAPON, *op. cit.*, p. 52 (che cita, in nota 11, P. RICOEUR, *L'idéologie et l'utopie*).

minanti, lo stato dell'arte, il "come stanno le cose" (l'"ideologia") a scapito, *ricoeurianamente*, del pensiero utopico.

Non era così che dovevano andare le cose, verrebbe da dire... Il giudice, storicamente, ha sempre svolto – negli interstizi interpretativi più o meno ampi lasciati dal legislatore, nelle fessure che le parole lasciano aperte e nella misura del consentito – una attività interpretativa volta a garantire una decisione giusta, ma giusta nel senso di *giusta nel caso concreto*, cioè in questa ipotesi qui, irripetibile nella sua singolarità, *hic et nunc*, davanti a queste, e non altre, persone. Come già rilevava Carnelutti, la giustizia – se è veramente tale – è sempre giustizia del caso singolo<sup>24</sup>.

Prendere sul serio il giudizio significa destreggiarsi tra la complessa dialettica tra regole e principi<sup>25</sup>, tenere conto delle esigenze e degli interessi in evoluzione e financo – di fronte a casi nuovi – il dovere di *inventare* (nel senso latino di *invenire*, cioè "trovare" a partire dal materiale dato) una soluzione, e giustificarla<sup>26</sup>. Tutte esigenze che si pongono in contrasto con gli obiettivi della giustizia algoritmica<sup>27</sup>. I giuristi sanno bene che gran parte dell'evoluzione del diritto avviene nel – e tramite il – giudizio, cioè attraverso l'attività interpretativa, o interpretativo-creativa, del giudice; e ciò sconfessa la presunta "immunità" del diritto da quel senso di giustizia che guida l'interprete, il quale, avendo di fronte a sé questo specifico caso di specie, è chiamato a decidere. E – si badi bene – questa non è solo una innegabile affermazione descrittiva

---

<sup>24</sup> Così, incisivamente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 138.

<sup>25</sup> Per tutti, P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 18.

<sup>26</sup> M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ora nella raccolta di saggi del medesimo A., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 195 ss. Cfr. anche le riflessioni di S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, pp. 1 ss.

<sup>27</sup> E. GABELLINI, *op. cit.*, p. 1318, in nota 74 che rileva come «un simile sistema non è in grado di garantire l'effettivo sviluppo del diritto e il superamento di storici orientamenti oramai cristallizzati. Si pensi, per esempio, agli importanti approdi giurisprudenziali che hanno consentito di ridefinire il problema della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi oppure, ancora prima, il concetto di danno ingiusto risarcibile (il c.d. caso Meroni). Tali evoluzioni sono, evidentemente, incompatibili con la giustizia robotica».

di uno stato di cose, ma una affermazione normativa, nel senso che è giusto e bene che sia così.

Mi sia consentito riportare a questo proposito un bel passo di Luciana Breggia (giudice oltre che studiosa di diritto) in un recente articolo dedicato alla prevedibilità delle decisioni e all'umanità nel diritto:

Il giudizio umano è l'unico che può valutare quel singolo fatto per dargli valore *anche al di là della fattispecie espressa* e, attraverso i criteri ermeneutici, può dare rilevanza ad *interessi materiali non espressamente o non completamente formalizzati nella fattispecie*, ma degni di tutela alla luce del complessivo sistema delle fonti e dei principi costituzionali, eurounitari e internazionali<sup>28</sup> (*enfasi nostra*).

Torniamo al punto di partenza, e cioè che fare giustizia è cosa ben più complessa che applicare il diritto. Fare giustizia, tra le molte altre cose, significa – come recita il passo – valutare singoli fatti *per attribuire loro valore anche al di là della fattispecie espressa*, e *dare rilevanza a interessi materiali non espressamente o completamente esplicitati nella singola disposizione normativa*. Sono affermazioni importanti, che devono essere meditate. Certo, tutto ciò non significa muoversi al di fuori della legalità. Il giudice, così facendo, opera pur sempre dentro la legalità; anzi, la attua appieno e nella maniera più genuina possibile. Una legalità che va oltre il *legalismo formalista*. Potremmo dire con John Gardner – richiamando l'affermazione in apertura a questo capitolo (cioè che fare giustizia è ben più complesso che applicare la legge) – che *doing justice according to the law* e *applying the law* non sono affatto la stessa cosa<sup>29</sup>. Senza avallare un tanto inammissibile quanto pericolo soggettivismo del giudice, ognuno vede con chiarezza la porosità dei concetti, riportati nel passo citato, quali “complessivo sistema delle fonti”, “principi costituzionali”, etc. e come questi abbiano il grande pregio di saper recepire, entro i confini della legalità, quell'in-determinabile senso di giustizia che alla fine di ogni discorso non può che ricadere sul singolo giudicante.

<sup>28</sup> L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità*, cit.

<sup>29</sup> J. GARDNER, *The Virtue of Justice and the Character of Law*, nella sua raccolta di saggi *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2017, p. 238 (che riprende e valorizza alcuni argomenti già di D. LYONS, *On Formal Justice*, in *Cornell Law Rev.*, 1973, p. 833).

Senza dimenticare infine che questo benefico margine di discrezionalità non è limitato al diritto ma si esprime anche nel momento della ricostruzione delle questioni di fatto, le quali devono essere ricostruite – come giustamente sottolinea ancora Luciana Breggia – «anche in base alle narrazioni processuali dei soggetti coinvolti, cariche di percezioni, emozioni, punti di vista»<sup>30</sup>. Infatti, solo «l’ascolto empatico» che è «proprio dell’umano» è in grado di dare corpo e consistenza alle istanze di giustizia che devono essere riempite di senso, laddove invece una macchina «riduce la discrezionalità a un calcolo probabilistico»<sup>31</sup>.

Ecco quindi riemergere la funzione *inventiva* del giudizio. Va da sé che il tema cruciale è quello dell’educazione del giudice e della formazione della sua sensibilità. Non giudici purchessia, quindi, ma giudici attenti, consapevoli, sensibili, empatici; qualità irrinunciabili per svolgere una funzione tanto *terribile* come quella del giudicare. Si vedano già, a questo proposito, le severe parole di Salvatore Satta:

Che una persona, un uomo, possa giudicare di un altro uomo è cosa che a noi sembra naturale (...): ma se ci si pensa un momento si vede subito che questo è uno dei misteri, forse il più grande, che stanno alla base della vita sociale. (...) Ciò significa che la forza su cui il giudice si regge, la fonte della sua autorità, non è umana, ma divina, è il *charisma*...<sup>32</sup>

La bontà e la tenuta di un sistema si regge su queste qualità che si ottengono – certo nel lungo periodo – con una preparazione universitaria eccellente, una conoscenza teorica unita da uno spiccato senso pratico e una visione quanto più possibile consapevole delle infinite com-

---

<sup>30</sup> L. BREGGIA, *op. cit.* Sul ruolo delle emozioni narrate nelle dispute giudiziarie sui diritti umani, cfr. l’ampio e documentatissimo studio monografico di A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e Stati Uniti*, Napoli, 2018, e in part. Il Cap. III (*Le storie degli altri. Narrazione, riconoscimento e pari dignità nella giurisprudenza*), pp. 177 ss.

<sup>31</sup> L. BREGGIA, *op. cit.*

<sup>32</sup> S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo* (1950), ora in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 65. Sulla complessità umana del giudizio, v. anche le recenti e profonde riflessioni di un altro grande processualcivilista, V. COLESANTI, *Sulla legittimazione a giudicare (meditazioni su un alto pensiero «chi sono io per giudicare?»)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1081 ss.

piessità della realtà e di ciò che è relazione, e cioè con un pensiero critico affinato, che rifugge il semplicismo, i giudizi taglienti, l'ottusità.

La filosofa del diritto americana Martha Nussbaum – che ha studiato a fondo l'importanza delle emozioni nella giustizia e nella vita politica<sup>33</sup> – consiglia come parte integrante dell'educazione e dell'attività dei giudici la lettura delle grandi opere letterarie e dei classici senza tempo, che parlano di uomini e vicende, dolori e complessità dell'animo. Solo in questo modo sarebbe possibile fare giustizia<sup>34</sup>. Nonostante questo consiglio possa sembrare, a prima vista, ingenuo, o suscitare un sorriso, esso rivela in realtà una grande verità. E cioè che il desiderio, che si traduce in sforzo (per certi versi lodevole), di ottenere buone sentenze *a prescindere* dalle qualità giuridiche e umane di chi giudica è una impresa votata allo scacco; siamo consapevoli, infatti, che il diritto, per quanto lo si intenda in senso ampio, non è *tutto* ma che, più ancora in generale, ciò che conta è la qualità del sistema civile di riferimento, del quale il diritto è solo una parte, e forse nemmeno la più importante.

#### 4. Gli usi processuali delle emozioni

Giudicare significa quindi non essere impermeabili, ma *in ascolto*. Colui che giudica, anzi, deve lasciarsi muovere dalla viva esperienza nella quale è processualmente immerso. Il processo è un contesto pervaso da emozioni fortissime; il tribunale è il luogo delle emozioni forse come pochi altri della vita sociale, e tutti gli attori processuali sono attori emotivi<sup>35</sup>. Gli studi di *Law & Emotion* hanno messo in luce da di-

---

<sup>33</sup> Si veda, per esempio, M. NUSSBAUM, *Poetic Justice: The Literary Imagination and the Public Life*, Boston, 1995; ID., *Upheavals of Thoughts: The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001; ID., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (MA), 2013. Cfr. anche M. NUSSBAUM, *Emotion in the Language of Judging*, in *St. John Law Rev.*, 1996, pp. 23 ss.

<sup>34</sup> V. anche A. REICHMAN, *Law, Literature, and Empathy: Between Withholding and Reserving Judgment*, in *56 Journal of Legal Education*, 2006, pp. 296 ss.

<sup>35</sup> Spesso, quando si parla di emozioni nel processo, si ha in mente il processo penale, nel quale si discutono, talvolta, i grandi drammi dell'esistenza (il delitto, il dolo, il dolore della pena detentiva, etc.). Ma non va dimenticato che anche il processo civile può essere il luogo delle grandi emozioni umane e della disperazione; nei conflitti di

verse angolature il ruolo delle emozioni delle parti, della vittima, dell'accusato, dei giurati, e poi di quelle tra cliente e difensore<sup>36</sup>, del giudice<sup>37</sup>, la loro circolazione all'interno dell'arena processuale<sup>38</sup> e, più in generale, il loro ruolo strategico del dare forma alle questioni di fatto, alle difese, alle argomentazioni, e infine al diritto stesso. Ma il punto che vorrei enfatizzare è che non solo l'emotività del giudice è un dato innegabile, ma anche che un qualcosa che può e deve essere incanalato positivamente.

Certo, se la domanda fosse se è bene che il giudice decida secondo i propri sentimenti e le proprie emozioni, e cioè sulla base di giudizi più o meno coscienti di antipatia e simpatia, o di rabbia, ira, collera, irritazione, tristezza, affetto, turbamento, e così via, essa non avrebbe nemmeno senso di esser posta. A ciò osta l'elaborazione plurisecolare del concetto di Stato di diritto e del principio di legalità. I codici processuali, poi, si premurano di garantire che un giudice, in quelle ipotesi in cui sia coinvolto emotivamente, sia privato del potere di decidere. A salvaguardia del principio di imparzialità, la disciplina dell'astensione e della ricsuzione, nel processo civile (artt. 51 e 52 c.p.c.), prevede che il giudice debba astenersi (e correlativamente possa essere ricsuto) in caso di «grave inimicizia», sua o del coniuge, con una delle parti o con i difensori, o in altre ipotesi tipizzate in cui il suo «portato emotivo»

---

famiglia (che coinvolgono, forse come null'altro, gli aspetti così esistenziali delle nostre vite), nei conflitti societari, ereditari, o quelli sul luogo di lavoro, o che riguardano beni essenziali, quali l'abitazione, e via dicendo. Per di più, mentre il processo penale rappresenta, *di norma*, una eccezione nella vita delle persone, di cui non molti fanno esperienza, non altrettanto si può dire delle liti civili.

<sup>36</sup> F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Milano, 2008; F. SCAMARDELLA, F. DI DONATO, *Il silenzio 'a più voci' nelle narrazioni di clienti e avvocati*, in *Sociologia del diritto*, 2012, pp. 127 ss.

<sup>37</sup> A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017. Cfr. anche E. JEULAND, *Le juge et l'émotion*, in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, pp. 125 ss. La letteratura anglo-americana sul punto è sterminata; si veda, come inizio, il numero speciale *Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 30, (2) 2006.

<sup>38</sup> F. DI DONATO, *La comunità processuale come contesto attivo di interazione tra clienti, avvocati e giudice*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 187.

potrebbe portarlo a favorire l'una o l'altra parte (come nel caso di vincoli di parentela, o di particolare frequenza di contatti con le parti).

Il codice, quindi, vuole serenità di giudizio; quella serenità che deriva dal *disinteresse*. Ma ciò non significa affatto che il giudice non sia chiamato, nel corso del giudizio, a fare uso di quella qualità eminentemente umana che è la comprensione delle proprie e altrui emozioni, e a servirsene. Si è già fatto cenno (v. *supra*, cap. precedente) al delicato giudizio di diritto, che chiama il giudice a prendere in considerazione e valorizzare interessi ed esigenze anche non formalizzate nelle singole disposizioni ma desumibili dai principi generali, e come questa valorizzazione coinvolga necessariamente il senso di giustizia di un *buon giudice*.

Questo uso intelligente della soggettività lo si ritrova anche a proposito della valutazione degli elementi fattuali. È qui che un approccio puramente *calcolatore* mostra, forse, il suo volto più debole.

Rapidamente: ai sensi dell'art. 116 del c.p.c. il giudice deve valutare la prova secondo il proprio «prudente apprezzamento», locuzione che codifica il principio del “libero convincimento” (il «contenitore di emozioni» del giudicante)<sup>39</sup>, mentre l'art. 533 c.p.p. afferma il canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» nel riconoscimento della colpevolezza dell'imputato. Certo, saremo gli ultimi a disconoscere la essenziale necessità di criteri razionali e obiettivi nel percorso di valutazione probatoria che rendano la decisione del giudice quanto più controllabile intersoggettivamente<sup>40</sup>; ma di certo è difficile spingersi fino al punto di voler negare la presenza e l'importanza di un nucleo infrangibile, un segmento ultimo e insopprimibile di soggettività insito nel convincimento personale e nella valutazione della ragionevolezza o meno del

---

<sup>39</sup> Secondo quanto detto da L. LANZA, *Emozione e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011 (online).

<sup>40</sup> La letteratura in tema è sterminata. Per tutti, per questa fondamentale esigenza, J. FERRER BELTRAN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002; ID., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007 (entrambi tradotti in italiano, ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004; e ID., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2007). Cfr. anche M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990 e il fondamentale studio di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

dubbio circa la colpevolezza. Potremmo davvero immaginare un giudice che si trovi a condannare un imputato, in ipotesi a una pena detentiva altissima, perché “dalle carte” *oggettivamente, matematicamente*, emerge che non vi sono dubbi ragionevoli circa la colpevolezza, pur non *credendo* egli, dentro di sé, a quella ricostruzione<sup>41</sup>?

E ancora, a mo' di esempio, vediamo nel processo civile come il giudice (*ex art. 116, comma 2 c.p.c.*) ha la possibilità di desumere «argomenti di prova» dal «contegno delle parti». Si può valutare il contegno senza essere in grado di leggere (e quindi provare) stati emotivi, propri e altrui, senza cioè saper intuire il significato di *quel* contegno preciso, nel contesto di *questo* processo, e quindi senza una valutazione che è essenzialmente personale?

Infine, al giudice civile è demandato il dovere di ascoltare il minore «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (così ora l'art. 315 *bis*, comma 3, c.c.). Orbene, l'ascolto compiuto dal giudice non è un momento istruttorio, come tale soggetto a quella valutazione razionale, ma un'occasione processuale per il minore di potersi esprimere liberamente, durante la quale poter far sentire la propria voce, riferire i propri bisogni, preferenze e disagi (“stati emotivi”) che il giudice deve tenere in debito conto, e quindi saper tradurre giuridicamente. Davvero un giudice privo di emozioni potrebbe essere in grado di svolgere questo delicatissimo compito affidatogli dalla legge<sup>42</sup>?

*5. Conclusione. «Un algoritmo non si può convincere» (ovvero dell'umanità del giudicare)*

Che ne è quindi della immacolata, pura *logicità* controllabile, verificabile del giudizio, inteso come *dover essere* regolativo?

---

<sup>41</sup> Per un'ottima discussione del problema, G. TUZET, *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 1517 ss. (ove troviamo la domanda “il giudice sa, crede, o accetta” la colpevolezza?).

<sup>42</sup> In tema, *si vis*, cfr. C.V. GIABARDO, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile*, in A. RONCO (a cura di), *Aspetti processuali del diritto di famiglia*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 2357 ss.

Sul carattere puramente logico del giudizio convengo con il Carnelutti il quale – in un dimenticato e visionario saggio<sup>43</sup> – scrisse che credere che il giudizio *dimostri* qualcosa significa commettere «l'errore di confondere la sentenza con la sua motivazione» e cioè che «quando si credeva che il dispositivo sia un *post* e la motivazione un *prius* si scambiava la *collaudo* con la formazione del giudizio», sicché bisogna invece tenere a mente che «la motivazione giustifica, non scopre la disposizione»<sup>44</sup>. La distinzione alla quale Carnelutti fa riferimento è quella tra “contesto di scoperta” e “contesto di giustificazione”, ossia tra ragioni che spiegano e ragioni che giustificano (i “buoni argomenti” veri e propri) e in definitiva tra nozione *psicologica* e nozione *logica* del ragionamento<sup>45</sup>. Prima il giudizio si forma, *nasce* internamente in noi e poi ne vengono esplicitate le ragioni. Naturalmente – ma non c'è, forse, nemmeno necessità di ribadirlo – tutto ciò non toglie che «vi è bisogno non solo di scoprire ma di giustificare la scoperta» e che quindi «nessuno di noi giuristi è disposto ad ammettere una sentenza non motivata». Piuttosto ciò porta ad avere consapevolezza che – nel giudizio – «la logica sillogistica... era parziale» e che non è possibile scorgere nel sillogismo «l'atto logico originale»<sup>46</sup>.

Dove risiede quindi questo atto logico originale che dà vita e corpo al giudizio?

«Il diritto (c'è ancora bisogno di dirlo?) – afferma e si chiede ancora Carnelutti – è un fatto essenzialmente spirituale». Esso, in quanto tale, non è riducibile all'insieme delle sue parti: «la norma giuridica in sé, o un complesso di norme, un codice per esempio, è un pezzo del diritto, non tutto il diritto, cioè il diritto vivo nella pienezza della sua vita» la quale «si accende (...) quando le norme sono applicate o anche siano violate». Il diritto è viva esperienza umana: «un contratto, un delitto, un

---

<sup>43</sup> F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 201 ss.

<sup>44</sup> F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>45</sup> B. CELANO, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 315. Cfr. anche M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, pp. 150 ss. Cfr. però anche T. MAZZARESE, *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145 ss.

<sup>46</sup> F. CARNELUTTI, *ibid.*

processo sono degli uomini uno di fronte all'altro», e perciò «bisogna capire quegli uomini per capire il diritto». Ecco l'umanità del giudizio. Il diritto inteso nella sua umanità non solo «è materia ribelle ai numeri» ma anche – aggiunge qui Carnelutti, toccando vette inarrivabili del pensiero giuridico – «alle parole»<sup>47</sup>. Ma in che senso l'esperienza giuridica sarebbe ribelle alle parole? Egli intende – se ben interpreto il suo pensiero – la parola *logica*, escludente, categorica, che pretende di tagliare, e quindi recintare le intere sfumature in-dicibili e inarticolabili delle esperienze umane dentro argini concettuali. Egli, invece, non si riferisce certo alla parola parlata, recitata, narrata, raccontata, viva e vissuta; quella che si manifesta nel dialogo processuale, la “oralità” intesa non solo in chiave semplificatoria (come spesso, riduttivamente, si intende) ma soprattutto come veicolo per l'approdo a una soluzione giusta<sup>48</sup>.

Ecco quindi la accentuata enfasi di Carnelutti sulla dimensione dialogica della giustizia, e sull'aspetto retorico e argomentativo della relazione tra parti e giudice. «La parola – egli prosegue con un linguaggio evocativo che ci indica la strada da seguire – ha da essere parlata affinché se ne esprima la musicalità. E con l'oralità affiora la eloquenza. (...) Ma l'eloquenza combina la musica con la poesia. E il segreto della musica è la pausa; mediante i suoni essa riesce a far gustare il silenzio. Non basta scrivere, bisogna parlare col giudice; e non basta spesso il discorso, se non è un'orazione *perché a lui s'ha da fare intendere ciò che non si può dire*»<sup>49</sup>.

Dire l'indicibile, quindi: questo il fondamento e la funzione paradossale e necessaria del giudizio. Ma questo dire l'indicibile non è fine a sé stesso, no; ma bensì perché ciò che non può esser detto possa venire, invece, inteso.

---

<sup>47</sup> F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, pp. 211-212.

<sup>48</sup> In questo preciso, medesimo senso, L. BREGGIA, *op. cit.*

<sup>49</sup> F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, p. 212.

*Bibliografia*

- BREGGIA L., *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, p. 395
- CALAMANDREI P., *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Roma-Bari, 2008
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 138
- CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss.
- CARNELUTTI F., *Massime non consolidate*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 360 ss.
- CARNELUTTI F., *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 201 ss.
- CAVALLONE B., *La motivazione «laica, funzionalista, 'disincantata'»*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, pp. 121 ss.
- CELANO B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologistico*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2017, pp. 315 ss.
- CHIARLONI S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, pp. 1 ss.
- CHIARLONI S., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pp. 614 ss.
- COLESANTI V., *Sulla legittimazione a giudicare (meditazioni su un alto pensiero «chi sono io per giudicare?»)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1081 ss.
- DI DONATO F., *La comunità processuale come contesto attivo di interazione tra clienti, avvocati e giudice*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 187
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Milano, 2008
- FERRER BELTRAN J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007
- FERRER BELTRAN J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017
- GABELLINI E., *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, p. 1309
- GARAPON A., *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La semaine juridique (éd. gén.)*, 9 gennaio 2017, n. 1-2
- GARDNER J., *The Virtue of Justice and the Character of Law*, in *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2017, p. 238
- GIABARDO C.V., *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile*, in A. RONCO (a cura di), *Aspetti processuali del diritto di famiglia*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 2357 ss.

- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015
- GROSSI P., *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 18
- IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 687
- IRTI N., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.)
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pp. 44 ss.
- IRTI N., *Nomos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 590
- IRTI N., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1, p. 17
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, I, p. 1
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- JEULAND E., *Le juge et l'émotion*, in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, pp. 125 ss.
- LANZA L., *Emozione e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011 (online)
- LYONS D., *On Formal Justice*, in *Cornell Law Rev.*, 1973, p. 833
- MAZZARESE T., *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145 ss.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974
- NUSSBAUM M., *Emotion in the Language of Judging*, in *St. John Law Rev.*, 1996, pp. 23 ss.
- NUSSBAUM M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and the Public Life*, Boston, 1995
- NUSSBAUM M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (MA), 2013
- NUSSBAUM M., *Upheavals of Thoughts: The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001
- PASCAL B., *Pensieri (1670)*, in ID., *Pensieri, opuscoli lettere*, a cura di A. Bausola, R. Tapella, Milano, 1997, p. 585
- PICARDI N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, pp. 50 ss.
- RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016
- RASIA C., *La motivazione elastica nel recente caleidoscopio normativo e giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, pp. 668 ss.

- REICHMAN A., *Law, Literature, and Empathy: Between Withholding and Reserving Judgment*, in 56 *Journal of Legal Education*, 2006, pp. 296 ss.
- REID J. (Lord), *The Judge as a Lawmaker*, in *Journal Society Public Teachers of Law*, 1972, p. 22
- SATTA S., *La tutela del diritto nel processo* (1950), ora in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 65
- SCAMARDELLA F., DI DONATO F., *Il silenzio 'a più voci' nelle narrazioni di clienti e avvocati*, in *Sociologia del diritto*, 2012, pp. 127 ss.
- SCHILLACI A., *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e Stati Uniti*, Napoli, 2018
- TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 375 ss.
- TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, pp. 150 ss.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 195 ss.
- TARUFFO M., voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990
- TUZET G., *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 1517 ss.
- ZELLINI P., *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018



# LEGGE RAGIONE ED EMOZIONE NELLA GIUSTIZIA PENALE

*Gaetano Insolera*

SOMMARIO: 1. *Primo paragrafo*. 2. *Secondo paragrafo*. 3. *Terzo paragrafo*. 4. *Quarto paragrafo*. 5. *Quinto paragrafo*. 6. *Sesto paragrafo*.

## *Abstract*

The contribution explores the relationship between reason and emotion in criminal proceedings and adjudication. Then are examined the dynamics through which the judiciary, more and more empowered with criminal law-making, is permeated by emotional impulses through the “old” and “new” media (social networks). In this hyper-mediatized scenario, it is inevitable that the criminal judge is even more subjected to processes of compassionate identification with the victim, which feed the emotional component of decision-making.

## *1. Primo paragrafo*

“Una presa d’atto di quanto le scienze e le neuroscienze cognitive ci hanno consentito di conoscere sul funzionamento dei meccanismi decisionali”, questo con riferimento all’amministrazione della giustizia. È l’invito degli autori (A. Forza, G. Mengon, R. Rumiati) de *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione* (Bologna, 2017) formulato a conclusione della loro ricerca (p. 216).

È la via che il “decisore” deve seguire per acquisire consapevolezza e tenere a freno gli impulsi dell’intuizione e delle sensazioni emotive che possono irrompere a detrimento di valutazioni critiche che dovrebbero sorreggere le conclusioni nel giudizio.

La questione può sintetizzarsi nella necessità, che incombe su chi ha il ruolo, e la responsabilità, di decidere una controversia, di “allenarsi” a resistere a intuizioni, impulsi, convinzioni, stereotipi ed errori cognitivi.

Il volume, nel suo carattere interdisciplinare, è veramente ricco di spunti, esempi e sollecitazioni.

Richiama questioni archetipiche del giudicare.

Questioni che, nella giustizia criminale, si caricano del *pathos* che ne circonda gli esiti di sofferenza: protagonisti dei riti che conducono a quei risultati, in questo modo resi legittimi, sono anzitutto anche emozioni e intuizioni.

Le emozioni sono quelle delle vittime, quando vi sono, e del contesto sociale di riferimento, e, allora, la questione, che qui più ci interessa, riguarda quanto esse possono trasmigrare nella convinzione del giudice. Le emozioni, inutile ricordarlo, sono un prodotto “caldo”, composto dall’immediatezza dei tempi in cui si producono nella vittima e nel diffondersi dei racconti del fatto. Le emozioni – la giustizia criminale ha a che fare con il male – dovrebbero stare lontano dalla decisione: quanto allo spazio e al tempo<sup>1</sup>. La compassione, come condivisione e identificazione con la vittima, è un sentimento a cui deve allenarsi a resistere chi deve giudicare.

Le emozioni riguardano l’interiorità del decisore, un suo abito deontologico, la sua necessaria distanza dall’atrocità del fatto. L’intuizione ci porta ad altra attitudine. Quella cognitiva e ricostruttiva. Quella della prova, del “vero” prodotto nel giudizio: è qui che entra in gioco soprattutto la ragione. Con le sue griglie normative. Crivelli che setacciano le due ragioni del decidere: quella storico-ricostruttiva del fatto e della sua ascrizione (le regole probatorie) e quella sostanziali (l’interpretazione della disposizione normativa, in base al principio di legalità).

---

<sup>1</sup> Ecco le parole del Presidente Lavau, che allontana la folla imbestialita che vuole fare massacro dell’accusato Bachman, maggiore della guardia svizzera del re, portato davanti al Tribunale rivoluzionario, il 2 settembre 1972. L’intimazione “di rispettare la legge e l’accusato che è sotto la sua spada”. S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994. Sulla dislocazione e la distanza nel tempo e nello spazio, indispensabili al simbolismo della giustizia, A. GARPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, pp. 222 ss.

Ecco il conflitto ed il problema: da una parte emozioni e intuizioni del “decisore”, dall'altra la ragione che potremmo definire giuridica, per quanto è definita da ordinamenti costituzionali come il nostro.

Voglio ricorrere a due citazioni.

La prima è di Carlo Ginzburg, risale a un saggio di più di trent'anni orsono<sup>2</sup>, sul paradigma indiziario volto ad aiutare il superamento “delle secche della contrapposizione tra ‘razionalismo’ e ‘irrazionalismo’”.

Nessuno impara il mestiere del conoscitore o del diagnostico limitandosi a mettere in pratica regole preesistenti. In questo tipo di conoscenza entrano in gioco (si dice di solito) elementi imponderabili: fiuto, colpo d'occhio, intuizione. Ci siamo scrupolosamente guardati fin qui dal servirvi di questo termine minato. Ma se proprio si vuole usarlo, come sinonimo di ricapitolazione fulminea di processi razionali, bisognerà distinguere un'intuizione bassa da un'intuizione alta. L'antica fisiognomica araba era imperniata sulla firāsa: nozione complessa. Che designava in generale la capacità di passare in maniera immediata dal noto all'ignoto, sulla base di indizi. Il termine, tratto dal vocabolario dei sufi, veniva usato per designare sia le intuizioni mistiche, sia forme di penetrazione e di sagacia come quelle attribuite ai figli del re di Serendippo. In questa seconda accezione la firāsa non è altro che l'organo del sapere indiziario. Questa “intuizione bassa” è radicata nei sensi (pur scavalcandoli) – e in quanto tale non ha nulla a che vedere con l'intuizione sovrasensibile dei vari irrazionalismi otto e novecenteschi. È diffusa in tutto il mondo, senza limiti geografici, storici, etnici, sessuali o di classe – e quindi è lontanissima da ogni forma di conoscenza superiore, privilegio di pochi eletti. È patrimonio dei bengalesi espropriati del loro sapere da Sir William Herschel; dei cacciatori; dei marinai; delle donne. Lega strettamente l'animale uomo alle altre specie animali.

La seconda citazione è certamente più nota, e ci porta immediatamente al tema delle emozioni nel giudicare.

Certo, cento conigli non fanno un cavallo e cento sospetti non fanno una prova, come dice un proverbio inglese, ma questa è logica, mentre le passioni, provate voi a fare un po' i conti con le passioni, perché anche l'inquirente è un uomo (F. Dostoevskij).

---

<sup>2</sup> C. GINZBURG, *Spie. Radici del paradigma indiziario*, in ID., *Miti, emblemi, spie*, Torino, 1986, pp. 192 ss.

## 2. Secondo paragrafo

Il giudice è un uomo: quello che il testo su cui discutiamo gli propone è quindi la grande questione che il ruolo del giudicare gli propone ogni giorno.

Povero Montesquieu! Quanto è servita la metafora del giudice “bocca della legge” per alimentare la caricatura del suo pensiero, che costituisce invece la base della moderna concezione dello Stato di diritto e della separazione dei poteri. E lo sprezzo nei confronti del giuspositivismo, degradato a “giuridismo”, affare per azzeccarbugli, professionisti nel travisare il senso delle cose e dei diritti contro la Legge. Risuona l’aria della vendetta di Bartolo, nelle Nozze di Figaro: “Se tutto il codice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo qualche garbuglio si troverà. Tutta Siviglia conosce Bartolo: il birbo Figaro vinto sarà!”.

Come mi è capitato di rilevare la questione del rapporto tra le regola e il giudizio molto ha a che fare con la divisione dei poteri e, in penale, con la libertà del singolo e con i requisiti di legittimazione della coercizione: in definitiva con la qualità della democrazia<sup>3</sup>.

È per questo che, rispetto, agli “spensierati teorici dell’interpretazione”<sup>4</sup> della legge penale, oggi assai diffusi, preferisco Giuseppe Bettiol, quando parla del “dramma della interpretazione”<sup>5</sup>, vissuto anzitutto da chi deve giudicare.

Il vincolo al testo della legge, in via generale affermato dall’art. 101, 2° comma Costituzione, si specifica nello speciale campo della legittimazione della afflizione penale, attraverso i corollari della legalità sostanziale e processuale.

---

<sup>3</sup> Richiamo le linee tracciate da M. GALLO, *La regola e il giudizio*, Torino, 2016; Sul tema alcuni dei saggi in G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019.

<sup>4</sup> G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, p. 1255.

<sup>5</sup> «Che consiste nel cercare di mettere d’accordo la norma penale, per natura sua astratta e generica, con la concretezza e variabilità del caso singolo»: G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969, p. 107.

Contrasta due possibili degenerazioni, ben presenti a chi ha ancora a cuore la questione della legittimità della coercizione penale: l'affermarsi di un "giudice di scopo" che si sostituisce, anche con le migliori intenzioni, nell'individuare i limiti delle opzioni punitive della legge, che dà attuazione a proprie opzioni di politica criminale. È il tema dell'analogia *in malam partem* delle fattispecie incriminatici. Ma l'abuso del decisore può annidarsi anche deformando le regole processuali, per via di interpretazioni e prassi, perseguendo obiettivi di giustizia sostanziale, che il decisore ritenga imbrigliate da quelle regole e dalle invalidità conseguenti.

Ed è ancora l'adempimento dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, il controllo di legalità e di coerenza logica degli argomenti e delle soluzioni adottate a impedire quelle degenerazioni.

Strumenti certamente imperfetti, verso i quali occorre fuggire da mitizzazioni che vogliono escluso qualsiasi apporto emotivo, che immaginano un dominio della razionalità.

Come conclude F. Iacoviello nella postfazione, si tratta di evitare una contrapposizione tra giudice emotivo e giudice razionale, trovando un punto di equilibrio, una sintesi: che non dia prevalenza né a giudizi sospinti da passioni e intuizioni, né alla pretesa di rinchiudere i percorsi del decidere in paradigmi regolati da aprioristica razionalità.

E questo è buon senso! Che ci dice anzitutto come il giudicare di colpe e di punizioni, sia forse l'arte più difficile, sempre sul punto di precipitare nell'abiezione: inutile cercare soluzioni inattaccabili, meglio aspirare a quelle decenti.

E tale resta quella che grava il decisore dell'obbligo di spiegare il percorso che lo ha portato a conclusioni che incidono in modo tanto significativo su vita, dignità e affetti delle parti: imputati e offesi.

Da una parte il "libero convincimento", è gravato da rischi e degenerazioni<sup>6</sup>, dall'altra, posto che nulla di meglio, rispetto a quello sforzo di sintesi di cui si è detto, non è stato ancora trovato quanto a regole ricostruttive del fatto e a limiti dell'interpretazione da rinvenirsi in una motivazione, si può finire ai dadi del giudice Brigliadoca.

---

<sup>6</sup> Esemplari le conclusioni del gran libro di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pp. 451 ss.

Senza celiare, la suggestione del giudice solo razionale si coglie invece oggi su un altro fronte: con l'estromissione dell'umano a favore dell'algoritmo<sup>7</sup>.

La giustizia digitale è diventata una *vedette* del momento, coerentemente a un'epoca nella quale l'intelligenza artificiale ha abbandonato le narrazioni fantascientifiche o distopiche<sup>8</sup>.

Gli algoritmi rischiano di sostituirsi al rituale simbolico, alla parola pronunciata nel processo. Dinanzi a questa mutazione antropologica occorre domandarsi, sottolineano gli autori, come stare in questo spazio, come usare questi applicativi, ricordandosi la specialità del diritto e della giustizia e la componente umana del fare giustizia. La giustizia predittiva, vuole (pre)dire il futuro, assegnando al passato e alla relazione con quest'ultimo un ruolo determinante. Ne consegue una intensificazione del presente, poiché il passato e il futuro vengono rappresentati in maniera cifrata, sotto forma di proiezioni e predizioni. Il futuro si basa sul passato, predicendo il futuro. Un individuo rischia di commettere un crimine in base alla sua famiglia, al suo contesto sociale o alla sua storia familiare, col risultato di profezie che si autoavverano. La posta in gioco è molto alta: pensare con gli strumenti della modernità, in modo che rimanga, con le regole che ne disciplinano l'esistenza e la sopravvivenza, abitabile dall'essere umano<sup>9</sup>.

Ma penso anche ad un altro fronte, nel quale si manifestano temibili nubi di un altro razionalismo tecnocratico e di un'altra antropologia: mi riferisco all'ingresso delle neuroscienze nell'agone del processo penale. Rimando ad alcune letture sul tema<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> A. GARPON, J. LASSÈGUE, *Justice digital. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018.

<sup>8</sup> *Justice machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, scoperto e pubblicato con quel titolo da Liberilibri (Macerata), nel 2015, è una novella di J. Charpentier-Batonnier di Parigi negli anni della occupazione e in viso al regime di Vichy per la sua difesa dell'indipendenza del foro, così da costringerlo alla clandestinità per sfuggire alla Gestapo.

<sup>9</sup> Sono le conclusioni di E. Fronza nella sua bella lettura del testo di Garapon e Lassègue, sopra citato. E. FRONZA, "Code is Law". *Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lassègue, Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2018.

<sup>10</sup> I. MERZAGORA, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012; O. DI GIOVINE, *I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2018; F. BASILE, G. VALLAR, *Neu-*

Mi sembra che prevalga l'opinione che, comunque, non contempi una "rifondazione" delle categorie penalistiche sulla base di acquisizioni neuroscientifiche: il rischio evidente è quello di riproporre una deterministica antropologia criminale di scuola positiva. La novità costituita dall'aggiornamento della ricerca scientifica potrebbe condurre ancora agli stessi esiti. Con l'esclusione dai percorsi della decisione del fattore costituito dalla libertà e responsabilità dell'uomo.

Le ricerche delle neuroscienze devono contribuire ad una evoluzione della psicopatologia forense allargando il campo delle "cause patologiche"<sup>11</sup>, ma – è la mia opinione – nella cornice, che non esito a definire garantista, tracciata da regole processuali di esclusione probatoria, mi riferisco anzitutto all'art. 220, 2° comma c.p.p.

E ha ragione F. Iacoviello quando coglie nell'abbandono del principio di oralità, insegnato da maestri come Pagano e Chiovenda, la faglia che dà ingresso alla non comprimibile emotività del giudicare. È nel giusto anche quando constata come il principio sia oggi in malinconico declino<sup>12</sup>. Declino voluto, fin da quando ancora non era entrato in vigore il codice dell'89<sup>13</sup>, che riguarda, oggi più che mai, nell'epoca delle riforme Bonafede, l'intero impianto accusatorio<sup>14</sup>.

---

*rosienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2017, pp. 269 ss.

<sup>11</sup> Nella direzione della Cass., sez. un. 25 gennaio 2005, n. 9163, Raso, sui disturbi della personalità.

<sup>12</sup> In questa logica la "rimeditazione" della immutabilità del giudice che decide, Corte Cost. n. 132 del 29 maggio 2019 e Cass., sez. un. 30 maggio 2019, n. 41736.

<sup>13</sup> P. FERRUA, *Governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, relazione al Convegno del Centro studi giuridici e sociali "A. Marongiu" (Unione delle Camere penali Italiane): *Nei limiti della Costituzione: Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (Roma 28-29 settembre 2018). Gli atti, con lo stesso titolo sono pubblicati in P. FERRUA, *Nei limiti della Costituzione: Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Padova, 2020.

<sup>14</sup> Si vedano gli interventi al citato convegno, *Nei limiti della Costituzione*.

### 3. Terzo paragrafo

Sorge una domanda, se questo è lo stato dell'arte del nostro processo, quali sono i momenti e i modi nei quali si esprime la sintesi tra giudice razionale e giudice emotivo?

Mutabilità del decisore, abbandono, per prassi o per alternative inquisitorie, della separatezza delle fasi, predominanza delle indagini preliminari e dei suoi padroni, polizia e Pubblici ministeri, non ci hanno riportato ad un inquisitorio più insidioso e altrettanto illiberale di quello abbandonato nel 1989? Più insidioso come tutte le contraffazioni delle etichette.

Si affacciano altre domande.

Su cosa si forma il salvifico “libero convincimento” del decisore? Qualcosa che sia diverso dai racconti delle carte di polizia e dagli esercizi stocastici dei capi di imputazione. Riprendo in mano il gran libro di Nobili: nell'esprimere il suo *cave!* verso l'affermarsi del libero convincimento «I veri termini del problema non sono comunque: legge-giudice, ma piuttosto, come sottolinea opportunamente Bobbio: ‘quale legge?’-‘quale giudice?’»<sup>15</sup>.

Si apre il paesaggio nel quale collocare oggi le emozioni del decisore penale: occorre chiedersi quale sia la “materia” che le alimenta e le compone.

I giudici che incontriamo ogni giorno possono veramente essere portatori di una “*recta ratio*”, di una saggezza del decidere, intrisa di ragioni ed emozioni?

Non occorre piuttosto chiedersi quali sono i riferimenti sociali, gli interessi che orientano le idee e le soluzioni del formante giurisprudenziale, del diritto vivente. Il ripetersi di conflitti con il potere legislativo e con le funzioni amministrative pone la questione di quali siano la base sociale, gli interessi che si esprimono nella azione giudiziaria.

---

<sup>15</sup> M. NOBILI, *op. cit.*, p. 453 che invita a riflettere al modo in cui, in tempi e contesti diversi, si è utilizzato il principio di legalità: come freno contro il dispotismo o, al contrario come legalismo e dogma positivistico di “fedeltà del giudice alla legge”, responsabile della degenerazione autoritaria dello Stato. «La prospettiva assume dunque chiarezza solo quando ci si riferisce a un certo momento storico-sociale, a un certo contenuto della legge, e, soprattutto, a determinati orientamenti della magistratura».

Chi sono i giudici? Quali le modalità di reclutamento e di formazione di questo nuovo attore politico? L'istanza di certezza che oggi si vuole garantita dall'intensificarsi della nomofilachia della Corte di cassazione, quanto è compatibile con la nuova attribuzione di poteri e con la liquidazione del "giuridismo"? Quali sono, nella realtà, le dinamiche che presiedono alle carriere o ad incarichi speciali, che governano la produzione di élite giudiziarie in funzione del definirsi in modo uniforme della nuova legalità<sup>16</sup>?

Un'analisi necessaria, se la produzione di penalità e le strategie politico criminali sono, anche solo, codeterminate dal potere giudiziario. Con attributi di sovranità che si definiscono all'interno del corpo giudiziario, mantenendo solo l'apparenza di subordinazione alla legge.

#### 4. Quarto paragrafo

Nello scorcio dell'ultimo trentennio la transizione politica coincide con un altro aspetto: la progressiva perdita di peso e di centralità della democrazia parlamentare, come democrazia dei partiti. Nell'interpretazione della legge penale si assiste a una affermazione della "creatività" della giurisprudenza e del potere giudiziario<sup>17</sup>.

Sul piano politico si afferma quella che è stata definita, con efficacia, *Democrazia del leader*<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sono le domande che ponevo in un confronto intitolato all'*Anatomia del potere giudiziario* (a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti, Roma, 2016, p. 89). Rinvio, per le possibili risposte, agli interventi di L. Zilletti, L. Violante, N. Zanon, V. Velluzzi, A. Gamberini, F. Giunta, C. Guarnieri, G. Spanger, G. Di Federico, E. Bruti Liberati, B. Migliucci.

<sup>17</sup> Quello del rapporto, e dei conflitti, tra Potere giudiziario e gli altri poteri della Stato è argomento che, nel dibattito politico ha preso la scena soprattutto dall'ultimo decennio del secolo scorso. Nell'ambito specifico delle riflessioni sulla giustizia penale un capitolo importante ha riguardato i limiti dell'interpretazione. Molti i convegni e i saggi dedicati al tema. Richiamo il mio *Declino e caduta del Diritto penale liberale*, Pisa, 2019 e le acute riflessioni di F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, in particolare pp. 131-166.

<sup>18</sup> M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016.

La comunicazione politica è ormai personalizzata, sfrutta la macchina del partito, ma se ne emancipa.

Ingredienti essenziali della democrazia del leader sono almeno due.

I media, la capacità di farne un uso abile, e la Magistratura. Ma mentre per la seconda si può cogliere una continuità con le stagioni della supplenza e del collateralismo, soprattutto dopo l'esperienza di *Manipulate*, per i media, enormemente potenziati dalle nuove tecnologie informatiche, l'influenza è cresciuta in modo esponenziale<sup>19</sup>.

Si tratta comunque di un blocco compatto che, salvo eccezioni isolate, influenza in modo determinante contenuti e chances del leader nella conquista e nel mantenimento del consenso. È così "il fattore M", ad essere uno dei caposaldi del nuovo stile:

In un crescendo bulimico, la dinamica del capro espiatorio, da sempre il palinsesto preferito delle campagne di stampa, si moltiplica *ad infinitum*. Al posto della generica accusa al fallimento di una classe dirigente, si afferma l'impianto accusatorio, personale e circostanziato, di una lista di proscritti eccellenti<sup>20</sup>.

Carattere comune del ruolo svolto "dal fattore M" nel rapporto con il leader è l'antipolitica, nel dare voce assordante a quella che è stata definita una "società giudiziaria", animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al leader e alla sua "recitazione", cercando conferme in repliche pronte e dure affidate all'agenzia giudiziaria.

---

<sup>19</sup> E si può leggere un altro capitolo sul Potere giudiziario: riguarda l'elevatissimo impatto di cui dispongono gli uffici di Procura, «grazie alla copertura data loro dai media. Per chiunque essere sottoposto a indagini rappresenta una sanzione». C. GUARNIERI, *Magistratura e politica: una storia senza fine?*, in *Il Mulino*, n. 5/19, pp. 726 ss., a cui si rinvia per le esemplificazioni nel caso di indagini svolte contro politici. Dura, ma da condividere, l'analisi di G. DI FEDERICO, *Il potere incontrollabile del Pm italiano*, in *Il Riformista*, 31 gennaio 2020.

<sup>20</sup> M. CALISE, *op. cit.*, p. 61.

## 5. Quinto paragrafo

Dei tre fattori – politica, giustizia penale, media – quello che, per caratteristiche e “potenza”, introduce novità decisive, nei loro equilibri e interferenze, è la comunicazione, ciò quanto meno nello scorcio dell’ultimo decennio<sup>21</sup>.

Si è già detto della crisi dei Parlamenti e dei partiti e del ruolo che si rispecchia anche nel concetto di “democrazia giudiziaria”<sup>22</sup>, ma, se ci soffermiamo sulla comunicazione, è lì che troviamo un cambiamento, che non esitiamo a definire epocale.

Il populismo digitale è divenuto vettore prepotente nella formazione del consenso e della rappresentanza parlamentare nei regimi ancora retti da procedure di democrazia liberale<sup>23</sup>.

Con gli occhiali del penalista, scommettere, per tale via, su un generale senso libertario e liberatore del popolo, significherebbe accettare soluzioni che incidono su tutti i più delicati equilibri dell’edificio delle democrazie liberali. Significa consegnarsi a una angosciosa distopia che vede in prima linea l’esasperazione della passione punitiva<sup>24</sup>.

La nuova comunicazione politica (che è politica fin nel midollo, solo convenzionalmente parliamo di “antipolitica”)<sup>25</sup>, si nutre anzitutto dell’attacco feroce a tutte le élites e in special modo a quelle che si propongono come rappresentanza politica (fatti salvi ovviamente i propri leader, guru “visionari”, *maitre à penser* simpatizzanti, icone improvvisate)<sup>26</sup>; tra le parole più abusate quella di “sistema” e dei suoi apparte-

---

<sup>21</sup> Ricco di spunti, che, forse, trascurano la sinergia tra media e Potere giudiziario, M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano, 2020.

<sup>22</sup> Sul concetto, efficaci le considerazioni di A. PANEBIANCO, *L’equilibrio perduto dei poteri*, in *Corriere della sera*, 27 dicembre 2019; ID., *Gli squilibri di potere tra politica e giustizia*, *ibidem*, 8 dicembre 2019.

<sup>23</sup> M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019, pp. 45 ss.; M. BARBERIS, *op. cit.*, pp. 34 ss.

<sup>24</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

<sup>25</sup> M. GOTOR, *L’Italia del Novecento*, Torino, 2019, pp. 455 ss.

<sup>26</sup> J.-W. MUELLER, *Che cos’è il populismo*, Milano, 2017, pp. 26 ss.

nenti: “la casta”, individuando in questo modo, in termini indistinti, nemici interni sempre nuovi; anche le élites tecniche e scientifiche<sup>27</sup> sono nel mirino, come i professionisti della politica: attraverso i nuovi media ognuno può interloquire per risolvere ogni conflittualità sociale ed economica che gli stia a cuore e anche “contro la scienza”<sup>28</sup>; lo sdegno – “gelida mummificazione del rapporto con la vita”<sup>29</sup> – domina con costanza tutta la comunicazione, salvo poche eccezioni, anche quella tradizionale, di giornali e televisioni<sup>30</sup>. In particolare l’informazione televisiva, nelle fasce di massimo ascolto, di per sé intrise di retoriche giustizialiste, aggiunge messaggi e immagini dei leader comparsi sui social, con un permanente rinvio ad essi.

Ritengo che, nell’ottica penalistica le questioni principali poste dai nuovi media, che affiancano quelle che, comunque, trovano punti di riferimento nelle tecniche di tutela riconducibili ai media tradizionali<sup>31</sup>, siano almeno due.

Anzitutto mi riferisco alla radicale mutazione subita dal contesto “storico” del conflitto tra controllo penale e libera manifestazione di pensieri, opinioni e critiche: necessariamente connotati anche da lecito radicalismo e ostilità nei confronti dello *status quo* politico e istituzionale.

Non solo nei nostri confini, ha ripreso vigore la tradizionale questione dei reati di opinione<sup>32</sup>, ridefinita dall’operare dei nuovi media.

<sup>27</sup> T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici*, Roma, 2017.

<sup>28</sup> L. VIOLANTE, *Democrazia senza memoria*, Torino, 2017, p. 46.

<sup>29</sup> Diverso, secondo M. DOGLIANI dalla indignazione, che è «passione politica violenta». *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2012.

<sup>30</sup> F. CUNDERI, *L’anomalia italiana è il populismo delle élite*, in *Linkiesta.it*, 2019.

<sup>31</sup> Per un esame approfondito il recente lavoro di T. GUERINI, *Fake News e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.

<sup>32</sup> Al tema è stato dedicato il IV Convegno dell’Associazione italiana dei professori di Diritto Penale, *La criminalizzazione del dissenso: legittimazione e limiti*, svoltosi a Genova il 13/14 novembre 2015. Gli atti in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pp. 859 ss. Si veda anche, di recente, L. GOISIS, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019.

L'era digitale, poi sconfigge l'assetto delle democrazie, poiché subordina legislativo ed esecutivo, con un collegamento diretto tra autonomia e indipendenza del potere giudiziario e poteri digitali: è la veste più nuova del "fattore M."

Contrariamente alla retorica che ha sorretto fin dal principio la rivoluzione digitale, essa non è sinonimo di liberazione, di "disintermediazione", capace di dare voce al popolo, di risolvere infine l'enigma democratico<sup>33</sup>.

Alla concentrazione di poteri economici e politici, che ha sempre influenzato e gestito la comunicazione tradizionale in una dimensione nazionale, si sostituiscono enormi potentati economici digitali universali che, come visto, sono in grado di condizionare le sovranità democratiche.

Poche tirannie mediatiche globali, sostituiscono il frammentato "quarto potere".

#### 6. Sesto paragrafo

È possibile distinguere emotività e intuizioni del decisore dalle costruzioni veicolate dai nuovi media?

Si può confidare sulla impermeabilità alla pervasiva verità somministrata dei *social network*, potenziata all'infinito dalla ubiquitaria connessione degli *smartphone*, al momento della ricostruzione storico-ricostruttiva da parte del giudice?

Si possono immaginare decisori indenni dalla macchina dei consensi formati nei *social network* e nei processi paralleli celebrati nelle reti televisive, a colpi di sondaggi *prêt à porter*?

La sofferenza e l'ansia di ristoro delle vittime, sempre più al centro di ogni dettagliato racconto mediatico, può sfuggire a processi di identificazione compassionevole tali da alimentare la componente emotiva del decidere?

---

<sup>33</sup> Richiamo il titolo di un bel saggio di J.W. MUELLER, *L'enigma democrazia*, Torino, 2012 e le considerazioni di M. BARBERIS, *op. cit.*

L'era della comunicazione digitale e dei suoi effetti dirompenti sulla formazione del consenso, a cominciare dall'influenza sulla sovranità politica in democrazia<sup>34</sup>, non consente di continuare ad immaginare una componente neutrale nella empatica emotività del giudice: ricostruzioni del fatto, colpevoli, necessità punitive oltre la Legge trovano artifici che non sono in un convincimento "libero" del giudice.

Si è inaugurata una svolta epocale che impone di ripensare ad un bagaglio concettuale sul quale si è costruito il sapere sulla giustizia penale<sup>35</sup>.

E non è proprio detto che il futuro ci riservi qualcosa di migliore e più giusto.

### *Bibliografia*

AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019

BARBERIS M., *Come internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano, 2020

BASILE F., VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1969

---

<sup>34</sup> M. BARBERIS, *op. cit.*; M. CALISE, F. MUSELLA, *op. cit.*

<sup>35</sup> Mi sembra significativo ad esempio, che, all'entrata in vigore di un codice accusatorio, si sia posta, da più parti, la questione della incompatibilità del nuovo sistema con il mantenimento della giuria popolare ereditata dal Fascismo. Vero è infatti che il legislatore fascista riformò la precedente disciplina temendone "tratti troppo democratici", «Ciò che il Regime non può in alcun modo 'salvare' è il fondamentale ruolo costituzionale dell'opinione pubblica che opera un controllo sull'amministrazione della giustizia e sui governanti ed è un pilastro dell'ordine liberale...», M. STRONATI, *La grazia e la giustizia durante il Fascismo*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il Diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015, p. 143; analogamente F. COLAO, *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, pp. 252 ss. Ha senso oggi riproporre la "vera" giuria popolare per i suoi tratti democratici e liberali e per la sua coerenza con il rito accusatorio? Posto che di rito accusatorio ancora si possa parlare. E cosa possiamo oggi intendere per "opinione pubblica". Ma questa è un'altra storia.

- CALISE M., *La democrazia del leader*, Bari, 2016
- CALISE M., MUSELLA F., *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019
- COLAO F., *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, 2010
- CUNDERI F., *L'anomalia italiana è il populismo delle élite*, in *Linkiesta.it*, 2019
- DI FEDERICO G., *Il potere incontrollabile del Pm italiano*, in *Il Riformista*, 2020
- DI GIOVINE O., *I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018
- DOGLIANI M., *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2012
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018
- GALLO M., *La regola e il giudizio*, Torino, 2016
- GARPON A., *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007
- GARPON A., LASSÉGUE J., *Justice digital. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018
- GINZBURG C., *Spie. Radici del paradigma indiziario*, in ID., *Miti, emblemi, spie*, Torino, 1986
- GOISIS L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019
- GOTOR M., *L'Italia del Novecento*, Torino, 2019
- GUERINI T., *Fake News e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020
- INSOLERA G., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019
- MARINUCCI G., *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007
- MERZAGORA I., *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012
- MUELLER J.W., *L'enigma democrazia*, Torino, 2012
- MUELLER J.W., *Che cos'è il populismo*, Milano, 2017
- NICHOLS T., *La conoscenza e i suoi nemici*, Roma, 2017
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974
- PANEBIANCO A., *L'equilibrio perduto dei poteri*, in *Corriere della sera*, 27 dicembre 2019
- PANEBIANCO A., *Gli squilibri di potere tra politica e giustizia*, in *Corriere della sera*, 8 dicembre 2019
- SATTA S., *Il mistero del processo (1949)*, in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994

SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019

STRONATI M., *La grazia e la giustizia durante il Fascismo*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il Diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015

VIOLANTE L., *Democrazia senza memoria*, Torino, 2017

# “ONTOLOGIE”

## TEORIA DEL DIRITTO E RETORICA. UN’ANALISI STRUTTURALE SOTTILE

*Claudio Luzzati*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Le norme non sono palline che si possono contare*. 3. *Quel che muta con l’accostamento pragmatico-argomentativo*. 4. *Retorica non più come strumento persuasivo, ma come studio della grammatica profonda dei ragionamenti giuridici*. 5. *Argomenti esclusivi e inclusivi*. 6. *Conclusioni*.

### *Abstract*

Is the legal system a set of rules? Is it conceivable as a kind of external object, made by data, which the researcher must account for in a neutral way? Obviously not. This is only the legacy of the old nineteenth-century positivism. Thus, the theory of law, with its structural constructions, is not independent of argumentative techniques. The rules are the result of an interpretative debate. More than an order with a certain architecture (pyramid, network, etc.), closed or open, we should speak of an order that is in the making. The system appears closed when exclusive reasons is used (formalisms, such as hierarchy and the judged); we reopen it using inclusive reasons (weighting and reference to implicit principles). The theorist, from this perspective, could study the grammar of the different argumentative techniques used by jurists, their logic and the related compatibility relationships.

### *1. Premessa*

Ancor oggi nelle introduzioni dei manuali di diritto privato non si manca quasi mai di dire *en passant*, tra il lusco e il brusco, che il diritto

è un *insieme di norme*, o addirittura di “comandi” (così Trimarchi). Il vecchio imperativismo è duro a morire; ma anche un normativismo aggiornato non si rivela mai del tutto soddisfacente.

Se si passa a considerare i manuali giuspubblicistici, il linguaggio cambia: la parola chiave diventa ‘istituzione’. Il termine è oscuro: indica qualcosa a mezza strada tra il diritto e la “realtà” sociologica, con una comprensibile ansia di concretezza, la quale ultima si rivela spesso illusoria.

Lascio ai miei lettori il compito di giudicare se le due impostazioni siano compatibili. In ogni caso, a mio avviso, è ovvio che le due “ontologie” condividono lo stesso difetto: quello di voler essere delle vere ontologie, di prendersi sul serio.

In quale senso? Nel senso di dar luogo a entizzazioni, di concepire cioè il diritto come una sorta di oggetto esterno, di *dato*, che esiste indipendentemente da quel che noi ne pensiamo – e dalle pratiche degli addetti ai lavori – e di cui lo studioso, in quanto *scienziato* distaccato, è tenuto a dar conto in modo neutrale, prescindendo da ogni giudizio di valore. Questa pretesa di *Wertfreiheit* è l’eredità del vecchio positivismo ottocentesco. Nonostante siano stati seminati parecchi dubbi, l’onda lunga di tale influenza è innegabile. Peccato che si tratti di una neutralità immaginaria, più metaforica che reale.

## 2. *Le norme non sono palline che si possono contare*

La teoria generale del diritto in tutte le sue versioni nasce dall’idea che sia possibile separare una *struttura* del diritto dalle scelte politiche di chi pone le norme. La stessa attività interpretativa svolta quotidianamente dai giuristi, comunque intesa, a ben pensare, secondo una linea che va da Kelsen a Ferrajoli, si situerebbe fuori dalla sfera della teoria generale propriamente detta. D’altra parte, è significativo che persino studiosi non dogmatici, o addirittura scettici, parlino del diritto come di un sistema di norme: beninteso, non si tratterebbe più di norme precostituite all’interpretazione, bensì di norme che sono il risultato, conoscibile *ex post*, dell’attività esegetica.

Il sensato sospetto che oggi sorge spontaneo è che le costruzioni strutturali non possano prescindere dalle tecniche argomentative, dai canoni di successo esegetico, per cui un’interpretazione diventa una “buona interpretazione”, e dalle scelte che ne derivano. Non possiamo immaginare l’ordinamento come un contenitore pieno di norme, quasi queste fossero palline colorate, che si possano contare. O, se si preferisce, come un ordito, cioè come una trama in cui si intersecano tanti fili separabili. O, in modo più moderno, come tanti nodi di una rete.

Del resto, i nostri maestri ci hanno insegnato che, data una disposizione, da essa si possono trarre in astratto più norme. Quali e quante? Ebbene, ciò è frutto di scelte sorrette da argomenti o di *ragioni* esibite e discusse in pubblico (eventualmente di ragioni che mascherano bassi motivi, ma pur sempre ragioni o almeno razionalizzazioni). Quindi, *di fatto vengono logicamente prima le ragioni*, poco importa poi se p. es. nell’interpretazione prevalga l’argomento conservatore, secondo cui bisogna badare alla volontà del legislatore, effettiva o ipotetica, oppure prevalga l’argomento storico evolutivo (che potrebbe essere molto più problematico di quel che di solito si pensa). Incidentalmente noto soltanto che anche qui siamo di fronte a metafore: il giuspositivismo dei tempi andati, del resto, s’è affidato in grande misura alla metafora volontaristica (e, va da sé, al cielo dei concetti).

Certo, si può pensare alle norme-risultato come ad una stenografia, senza implicazioni esistenziali, per indicare l’esito dell’interpretazione prevalente, tuttavia è palese che, una volta messo in soffitta l’impianto imperativistico, le norme non sono il fattore primario, in una loro presunta oggettività. In un sistema come il nostro, importa *innanzi tutto* decidere quale valore attribuire alla circostanza che una determinata procedura, con determinati vincoli, abbia prodotto una disposizione, ossia abbia prodotto una stringa di parole ufficiali che non possono essere cambiate se non ricorrendo alle forme e procedure previste.

Dopo tante polemiche per respingere la c.d. “ontologia delle norme” – penso agli scambi feroci di accuse tra Scarpelli e Tarello, penso anche alle analisi appassionate che hanno smontato pezzo per pezzo la teoria pura – si può avere l’impressione che, dando spazio alle argomentazioni, la situazione non sia cambiata. Gli argomenti non rischiano di essere un’altra “ontologia”? No, lo vedremo tra poco. Credo che intervenga un

mutamento non da poco per quel che riguarda la possibilità di separare, isolandola, la struttura del sistema giuridico dalla politica del diritto.

Del resto, tale separazione *in un orizzonte normativistico puro* si dimostrava altamente problematica. Lo dimostra il fatto che, accanto alle gerarchie formali, si devono ammettere gerarchie *materiali*, che dipendono dall'esegesi. Si consideri in primo luogo l'incostituzionalità delle leggi. Ciò fa anche sì che non si possa cercar salvezza nella trasformazione delle disposizioni – e della loro organizzazione per livelli – in una sorta di “dato”.

### 3. *Quel che muta con l'accostamento pragmatico-argomentativo*

Le norme dunque sono frutto di un dibattito interpretativo. Necessariamente. E, tutto considerato, in tema di *fonti*, altro termine questo pesantemente metaforico<sup>1</sup>, suona strano dire che *esiste* un ordinamento con una certa architettura (a piramide, a rete, etc.), un insieme precostituito di norme *di per sé aperto o chiuso* rispetto ai valori circostanti. In realtà, la guerra delle metafore ordinamentali è poco fruttuosa, quale ne sia l'esito: gli argomenti non servono a capire se l'ordinamento *sia davvero* aperto o chiuso, ma servono alla giurisprudenza prevalente ad *aprirlo* o a *chiuderlo*, quasi si trattasse di chiavi monofunzionali, che possono compiere una sola azione e poi si gettano via. E qui l'ordinamento è qualcosa che è *in fieri*; lo è in un modo molto più radicale di quanto risulti dalla dinamica kelseniana. Non si può dire come esso è, sia pure temporaneamente, prescindendo dagli *atteggiamenti degli attori* considerati nel loro complesso. Ogni volta che tali atteggiamenti su-

---

<sup>1</sup> La parola ‘fonti’ è meno innocente di quel che si vuol far credere. Dà l'idea dello scorrere della produttività giuridica in un'unica direzione: il diritto è visto come un fiume che procede sempre più impetuoso verso il mare, senza tornare indietro, con un riflusso imprevisto, e senza andare ad impaludarsi. D'altronde, se si considera la giurisprudenza una “fonte”, si è costretti confrontarsi col fatto che essa è una meta-fonte retroattiva, che, quindi, ha un andamento *circolare*. La giurisprudenza occupa infatti il rango delle disposizioni interpretate, facendo esprimere loro, *ex tunc*, le norme che scaturiscono dall'interpretazione. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 535-540.

biscano un cambiamento, l’ordinamento viene ricostruito da cima a fondo. La pragmatica e l’argomentazione, d’altronde, assumono un ruolo centrale in una simile opera di rivoluzione permanente (dove però ciascuno degli attori deve tener conto di ciò che fanno gli altri). Questa prospettiva, tuttavia, sta in piedi soltanto se si intende la retorica nel modo nuovo e inusuale che vedremo fra poco.

#### *4. Retorica non più come strumento persuasivo, ma come studio della grammatica profonda dei ragionamenti giuridici*

Alla luce delle considerazioni fin qui addotte, qualcuno potrebbe obiettarmi, non a torto, in apparenza, che sono caduto dalla padella alla brace. Sembra che io dica, in accordo coll’ermeneutica e col pensiero debole, che “tutto è interpretazione”. Qui, inoltre, mi si può rimproverare perché non faccio appello alla retorica in nessuno dei sensi abituali.

Non c’è nessuna fuga nella mera soggettività. Gli interpreti dipendono gli uni dagli altri: insieme tracciano un sentiero, sebbene in futuro si potrebbe abbandonare la vecchia via per seguirne un’altra.

D’altronde, non mi interessa la retorica come strumento per fare appello alle emozioni e all’irrazionalità dei singoli soggetti (è la retorica della persuasione occulta, della pubblicità e della manipolazione); ma non mi interessa neanche la retorica oggettivistica che vuol essere una sorta di logica allargata: si pensi all’uditorio universale di Perelman.

In un caso il successo si misura nella capacità *di fatto* di trarre gli altri dalla propria parte, nell’efficacia degli argomenti quando questi “funzionano”, venendo accantonato il delicato problema di “chi abbia veramente ragione”; nell’altro caso il successo si misura nella capacità *in via di diritto* di giustificare le prassi, anche se poi può capitare che le prescrizioni del retore siano disattese a causa della perversità, e/o della sordità, dei destinatari, i quali prestino “orecchio da mercante”. In quest’ultimo caso, oltretutto, si prospetta il rischio di una metafisica razionalistica, d’una deriva metaetica giusnaturalistica e cognitivistica. Di sicuro anche quell’opzione è legittima nella sua indigeribile pesantezza filosofica; l’importante è rendersi conto di quel che si sta facendo.

Sono discorsi complessi, ma non la faccio troppo lunga<sup>2</sup>. Sarebbe del resto inutile. In questa sede vorrei staccarmi da tali costruzioni teoriche e sollecitare un radicale cambiamento di prospettiva. Desidererei che si guardasse all'arte retorica non più solo come ad un insieme di tecniche per ottenere ragione, per con-vincere, o sconfiggere, il proprio avversario-interlocutore e per influenzare gli ascoltatori, poco importa in che modo. Piuttosto vorrei che si considerasse lo studio della retorica come una ricerca che facesse emergere una griglia concettuale che mette in grado di analizzare, a un livello *meta*-discorsivo, *la grammatica profonda dei ragionamenti giuridici*. Dei cattivi ragionamenti alla stessa stregua di quelli buoni.

Analogamente, la linguistica generale, quando tipizza i discorsi, ne fa emergere la struttura interna, e le dimensioni di scelta<sup>3</sup>, senza andare a vedere gli specifici contenuti che vengono comunicati. Con la lingua ordinaria, del resto, si può comunicare qualsiasi cosa o il suo contrario. Questo è il modello. Se sia opportuno estendere il termine 'retorica' a queste indagini può naturalmente discutersi; ma sia chiaro che qui si tratta di un'indagine formale sulla struttura delle argomentazioni.

### 5. Argomenti esclusivi e inclusivi

Più specificamente, le ragioni sono uno strumento concettuale più fine delle norme.

Analizzando le ragioni si può fare quel che non riuscivamo più a fare in modo convincente per mezzo delle norme: isolare una struttura formale (ma non formalistica) che possa essere studiata dalla teoria generale del diritto indipendentemente dai contenuti.

Di solito la dottrina fa un gran parlare di *regole* e di *principi* come di due tipi di norme, ciascuno con la propria logica (sussunzione e ponderazione, quasi che l'una escludesse l'altra).

---

<sup>2</sup> Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *La nuova retorica di Perelman*, in AA.VV., *Discorso e retorica*, Torino, 1981, pp. 110 ss.

<sup>3</sup> M. PRANDI, C. DE SANTIS, *Le regole e le scelte. Manuale di linguistica e di grammatica italiana*, Torino, 2011.

Secondo me, al contrario, ci si deve portare sul terreno della pragmatica, degli usi, e distinguere tra due tipi fondamentali, non più di norme, bensì di argomenti *di secondo livello*: gli argomenti *esclusivi* e gli argomenti *inclusivi*.

I primi sono tutti i c. d. *formalismi* (e qui sto parlando del formalismo pratico di Jori, non certo del formalismo interpretativo di Hart)<sup>4</sup>. Questo modo di argomentare si ha quando *non* si va a guardare alle ragioni retrostanti, alla *ratio*, quando non si creano eccezioni, quando la legge è legge, è scritta, né si reputa possibile il *bilanciamento* fra le ragioni fornite esplicitamente con altre ragioni, ritenute implicite. I formalismi sono ragioni protette e opache. Non possono essere fatte “saltare”, venire espunte, dando rilievo a quel che c’è dietro (o si ritiene ci sia dietro). I formalismi, si badi, non sono solo i termini per le impugnazioni, il giudicato e le preclusioni processuali. Tra di essi vanno anche e soprattutto annoverati i rapporti di *superiorità gerarchica* tra norme su cui si basano molte strutture ordinamentali tipiche. Dire che una fonte è superiore a un’altra, grosso modo, equivale a dire che le norme prodotte dalla prima fonte *non sono bilanciabili* con quelle prodotte dall’altra. Viene a stabilirsi una *relazione d’ordine lessicografico*, come quando si cerca una parola in un dizionario.

Il secondo tipo di argomento è rappresentato in buona sostanza dall’appello ai princìpi, quali matrici di norme, anche di norme implicite. Con esso si giustifica, a livello *fondativo*, l’introduzione sul piano giurisprudenziale di nuove norme, che non compaiono da nessuna parte, e, a livello *ablativo*, il non tener conto di norme che risultano inequivocabilmente dalle disposizioni esistenti, ma la cui applicazione darebbe luogo a risultati assurdi o comunque inaccettabili. Qui si reputa che le premesse di partenza siano modificabili: che se ne possano togliere o aggiungere. I mezzi per ottenere un simile risultato sono noti: il *bilanciamento* e la *defeasibility*.

Dovunque qui ho scritto ‘norme’ avrei potuto scrivere ‘premesse’, ‘argomenti giustificanti’. In fondo, le norme divengono un tipo di premessa, anche se non tutte le premesse sono norme.

---

<sup>4</sup> V. M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980 e A. PINTORE, *Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer*, in *Derecho PUCP*, n. 79, 2017, pp. 48-74.

Ovviamente, questa è una sintesi estrema. Le cose da dire sarebbero molte di più. Mi permetto solo di aggiungere che questa coppia di tecniche argomentative esaurisce lo spazio logico: fra di esse non vi è nulla in mezzo: le premesse *prima facie* o sono ritenute modificabili oppure sono ritenute non modificabili (sia che ciò avvenga mediante arricchimenti o mediante impoverimenti). Inoltre, e questo forse è un punto nuovo e importante, utilizzando in alternativa una di queste due tecniche, lungi dal “riconoscere” la chiusura o l’apertura effettiva di un sistema, la giurisprudenza lo chiude o lo apre. È quel che in fondo accade quando, per qualche ragione si considera un medesimo elenco ora come *tassativo* e di stretta interpretazione ora invece, alla luce di differenti argomenti, *esemplificativo*.

Ricordo inoltre di avere una certa resistenza a considerare le ragioni come strane entità, come enti. Le ragioni sono sempre *ragioni di qualcuno*. Non *valgono*, ma *vengono fatte valere*. Ci vuole un *atteggiamento* dietro per promuovere una regolarità; non è sufficiente una formulazione “generale ed astratta”. Così come ci vuole un atteggiamento dietro per dar luogo o meno a eccezioni implicite ad una stessa norma. La pragmatica è centrale. Si fanno cose con le parole. Mi verrebbe quasi da dire – con moltissime esitazioni – che *si produce* un effetto. Che anche l’addurre ragioni, soprattutto quelle *di secondo ordine* (le ragioni per avere ragioni) abbia in certi contesti una *forza performativa*?

## 6. Conclusioni

Veniamo infine, brevemente, all’ultimo aspetto, alla pretesa di neutralità della teoria generale del diritto. Ogni volta che si parla di neutralità, si inizia un simpatico gioco di società: la caccia alle ideologie: vince chi riesce a smascherare le altrui pretese d’avalutatività. Il mio riferimento ideale è, lo accennavo prima, alla linguistica moderna. Ma è evidente che nemmeno de Saussure ci propone una teoria neutrale. Il suo strutturalismo opposizionale, la sua nozione di segno, basata sul rapporto convenzionale fra significato e significante, presuppongono posizioni pesantemente filosofiche e valutative: presuppongono che abbia vinto il nominalismo e che il linguaggio non sia, in nessun senso,

lo specchio della realtà. Forse potremmo parlare di *relativa* neutralità o meglio ancora di progressiva *neutralizzazione*. Tirando le somme, la mia proposta è un tentativo di superare la centralità assorbente della nozione di norma (senza però abolire tale nozione), mostrando:

- 1) che le vecchie discussioni teoriche ruotano su concetti largamente metaforici e assai ingombranti che ci fanno dire cose che un esame più meditato ci farebbe pentire di aver detto, basti pensare alla c.d. “volontà della legge”
- 2) che il diritto può esser meglio ricostruito ogni volta, va da sé parzialmente, ma in modo assai più sottile del passato, tenendo conto della struttura degli argomenti addotti dai giuristi
- 3) che i suddetti argomenti pongono vincoli e delineano ambiti di scelta; dalle scelte derivano nuovi vincoli e, quindi, nuovi spazi di libertà
- 4) che, lungi dal far coincidere la neutralità con la descrizione di qualcosa di preesistente, si può farla emergere come un’analisi della *logica delle scelte*, queste sì impegnate, dei giuristi.

### *Bibliografia*

- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013
- GIANFORMAGGIO L., *La nuova retorica di Perelman*, in AA.VV., *Discorso e retorica*, Torino, 1981
- JORI V.M., *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980
- LUZZATI C., *La teoria del diritto attraverso lo specchio*, Modena, 2017
- PERLINGIERI P., *La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati*, in *Annali*, 2/2018
- PINTORE A., *Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer*, in *Derecho PUCP*, n. 79, 2017, pp. 48-74
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 535-540
- PRANDI M., DE SANTIS C., *Le regole e le scelte. Manuale di linguistica e di grammatica italiana*, Torino, 2011
- PRANDI M., *Conceptual Conflicts in Metaphors*, New York-London, 2017
- DI ROBILANT E., *Modelli nella teoria del diritto*, Bologna, 1968



# LE DECISIONI GIURIDICHE: DALLA RAGIONE ALL'EMOZIONE

*Umberto Manzo*

**SOMMARIO:** 1. *Le emozioni nel diritto e nelle decisioni giudiziarie.* 2. *Il giudice come psicologo ingenuo.* 3. *Euristiche, biases e manifestazioni dell'errore giudiziario.* 3.1. *L'euristica dell'ancoraggio.* 3.2. *L'euristica della rappresentatività.* 3.3. *Confirmation bias e tunnel vision.* 4. *L'influenza della confessione: il caso di Amanda Knox.* 4.1. *I fatti e la vicenda processuale.* 4.2. *Psicologia della confessione.* 4.3. *Confessione e processo di ricerca della verità. Riflessioni conclusive.*

## *Abstract*

The subject of this work concerns the relationship between legal reasoning and the physiological cognitive and emotional components that influence the decision-making activity of judges. The objective of the paper is to highlight how legal operators, although they are used to thinking of reasoning and arguing following the logical criteria of the legal syllogism, are actually subject to the natural manifestation of some cognitive biases that push them to assume decisions resulting from “flawed” reasoning.

During the discussion, some typical (heuristic) modalities through which the cited cognitive distortions manifest themselves are reviewed, in order to understand how these reverberate later in the judicial sphere. Moreover, we also focus on the role of prejudices and external factors in the formation of the decision-making will of the judge.

Finally, some famous cases of judicial news are analyzed, which develop in such a way as to highlight the bumpy path that characterizes the arguments of some judicial bodies in the decision-making phase.

### 1. *Le emozioni nel diritto e nelle decisioni giudiziarie*

Il ragionamento a supporto delle decisioni giuridiche si regge, per antonomasia, sui principi del sillogismo giuridico o giudiziario. Il giudice, ad esempio, in ambito penale deve ricondurre una fattispecie concreta, un fatto delittuoso, all'astrattezza della norma che ne prevede i caratteri generali, per poi decidere tra le varie ipotesi sanzionatorie secondo i dettami della legge e in particolare affidandosi al dispositivo degli artt. 132-133 c.p.

Lo schema di pensiero (che sta alla base) è apparso nella dottrina giuridica europea alla metà del XVIII secolo e si rifà alla dottrina aristotelica (come forma logica ideale del giudizio in generale) per farne derivare una rappresentazione sillogistica del procedimento decisorio. Secondo un meccanismo deduttivo, quindi, la decisione giudiziale si concretizza in una catena di sillogismi concatenati tra di loro secondo una successione di inferenze logiche le quali si supportano a vicenda per donare razionalità alla decisione del giudice.

Questa visione idilliaca, particolarmente cara agli operatori del diritto, non è reale, nel senso che i meccanismi decisionali degli individui non operano secondo questo *pattern* di razionalità olimpica<sup>1</sup> ma sono profondamente influenzati dalle emozioni, dagli affetti, dalle esperienze vissute dai singoli soggetti decisori, e dalle loro euristiche.

I giudici come tutte le persone sono psicologi ingenui e le loro decisioni vengono influenzate ed orientate secondo gli schemi del razionalismo emotivo<sup>2</sup>. Ciò è convalidato e sostenuto da numerose ricerche neuroscientifiche, neuro-genetiche, di psicologia decisionale.

Le neuroscienze dimostrano come le emozioni giochino un ruolo fondamentale nelle decisioni: è ormai nota infatti la centralità del "sistema limbico" in questo tipo di processi. Questo sistema è costituito da varie strutture cerebrali primordiali come l'amigdala, il talamo e l'ipotalamo e alcune di recente scoperte, come la corteccia cingolata e la corteccia orbito-frontale, le quali si attivano in presenza di istinti ed emozioni. La

---

<sup>1</sup> H.A. SIMON, *Models of Man, Social and Rational*, New York, 1957.

<sup>2</sup> A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017.

corteccia inoltre produce dopamina, un neurotrasmettitore fondamentale nella scelta delle alternative<sup>3</sup>.

Secondo questo assunto quindi si capisce come siano proprio le emozioni in primo luogo ad innescare ed orientare la mente e il corpo nel momento in cui si debba operare una scelta. Infatti ciò è frutto di un meccanismo “adattivo evolutivistico” che si attiva in situazioni di particolare urgenza che richiedono decisioni volte a salvaguardare la sopravvivenza della specie.

Ne consegue che una decisione nella sua fase embrionale è emotivamente condizionata dal vissuto del soggetto decisore, che confronterà le sue esperienze personali pregresse simili per giungere ad una decisione apparentemente razionale<sup>4</sup>.

Damasio ha controdimostrato questa teoria, attraverso una serie di studi riguardanti le reazioni fisiologiche di soggetti che riportavano lesioni alla corteccia orbito-frontale. In tali soggetti non si manifestava l'insieme di reazioni tipiche del cosiddetto sistema nervoso autonomo e dell'attivazione emotiva.

Unitamente a ciò si devono considerare le ricerche di Panksepp, il quale indaga le basi cerebrali dei sentimenti e dell'emotività partendo dall'analisi dei comportamenti animali<sup>5</sup>. Queste ricerche hanno dimostrato che la presenza di sentimenti affettivi rappresenta l'anello mancante tra l'istintività animale e la complessità della psiche umana. La coscienza affettiva infatti è comunemente presente in diverse specie come gli umani, i rettili e alcuni mammiferi. A dimostrazione di questa pervasività degli stati emozionali Damasio osserva che le emozioni influenzano gli stati corporei in modo automatico, incosciente, difficilmente controllabile, in modo da poterci far adattare all'ambiente circostante.

Da ciò discende che le emozioni non hanno una valenza necessariamente negativa nel momento in cui esse vanno ad interferire con la razionalità che deve sostenere la decisione giudiziale. Infatti le emozioni hanno una funzione precisa. Stando a quanto ci dice Daniel Goleman, nel suo “L'intelligenza emotiva”, ogni emozione ci prepara ad un certo tipo

---

<sup>3</sup> J. LEHRER, S. BOURLOT, *Come decidiamo*, Torino, 2009.

<sup>4</sup> A. DAMASIO, *Looking for Spinoza: Joy, Sorrow and Feeling Brain*, Orlando, FL, 2003.

<sup>5</sup> J. PANKSEPP, L. BIVEN, *Archeology of mind*, New York, 2012.

di azione e aiuta il nostro corpo ad autoregolarsi in modo tale da poter affrontare le diverse situazioni. Brady<sup>6</sup>, invece, sostiene che le emozioni in alcuni casi rivestano un ruolo epistemico che stimola i processi di conoscenza. Infatti le emozioni, oltre a generare reazioni e considerazioni impulsive, possono generare e combinarsi a riflessioni più “calme” e complesse che portano a prendere decisioni più ponderate. In definitiva quando l’emozione si accompagna alla riflessione essa può ampliare le prospettive, correggere i pregiudizi iniziali, affinando una decisione.

A ben vedere questo meccanismo di ragionamento ben si sposa alla teoria di Kahneman secondo cui la nostra mente opera su due differenti modalità di pensiero<sup>7</sup>: la prima modalità di pensiero, detto sistema 1, si caratterizza per la sua velocità e per la sua impulsività, induce a prendere decisioni affrettate ed è dominato dalla sfera affettiva ed emozionale. La seconda modalità di pensiero, il sistema 2, è consapevole, deliberativo, lento, se non addirittura pigro, faticoso da avviare, riflessivo, educabile ed educato, costoso in termine di consumo energetico. Se il sistema 2 resta passivo, finiamo per credere vere impressioni false. Vale in questo caso, vale per le illusioni ottiche, vale soprattutto per i giudizi e le decisioni quotidiane. In una dimensione ideale, come quella auspicata da Brady, i due sistemi operano sinergicamente, ma nella realtà dei fatti la maggior parte delle nostre scelte è il prodotto automatico del sistema 1, che lascia al sistema 2 solo l’illusione di essere al centro dell’azione. Nonostante il sistema 2 tenti di giustificare *ex post* la “razionalità” dei nostri comportamenti, la maggior parte di questi è determinata dal sistema 1.

Questa relazione intersistemica diventa l’incubatrice ideale per i *biases* cognitivi che influenzano i processi decisionali, anche dei giudici.

## 2. Il giudice come psicologo ingenuo

Come si è detto, i giudici non sono immuni dall’influenza delle emozioni nell’esercizio della loro attività professionale.

---

<sup>6</sup> M.S. BRADY, *Emotional Insight: The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford, 2014.

<sup>7</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, New York, 2011.

Le loro decisioni possono essere influenzate *in primis* dal loro *background* emotivo. Ad esempio, un magistrato che in gioventù ha subito numerose aggressioni fisiche sarà più incline a giudicare più severamente gli autori di reati di percosse o lesioni, perché la rievocazione di tali fatti potrebbe provocargli una sensazione di disgusto e di malessere. Si genera infatti nel giudice una serie di emozioni anticipatorie<sup>8</sup> che si manifestano sotto forma di reazioni viscerali connesse con la percezione del rischio e dell'incertezza e orientano le decisioni in questo senso attivando una serie di campanelli d'allarme che finiscono per far prevalere l'emozione sulla cognizione. Il rischio e l'incertezza generano paura, la quale nel contesto giudiziario si traduce nell'eventualità di condannare qualcuno ingiustamente o viceversa in un eccesso di garantismo verso un imputato colpevole. Per scongiurare la prima di queste ipotesi, i legislatori hanno preso diversi provvedimenti: negli Stati Uniti le fotografie raccapriccianti costituiscono prove inammissibili. Si è visto infatti in alcuni esperimenti<sup>9</sup> come si tenda a condannare di più quando tra le prove in esame figurino del materiale particolarmente scabroso e come spesso l'utilizzo nelle istruttorie di documentazione a così forte impatto emotivo vada a condizionare il giudizio generando nei decisori il *bias* della causalità illusoria, cioè la tendenza a creare delle relazioni causali inesistenti per motivare tutto ciò che si vede. Questo *bias* si affievolisce in assenza di prove visive, come dimostrato da un esperimento condotto nel 1995<sup>10</sup>.

Il giudice è anche, come tutti gli individui, psicologo ingenuo, cioè tende ad interpretare lo stato d'animo e i tratti psicologici delle persone con cui si relaziona. Per fare ciò si serve di alcuni elementi visibili, quali il modo di presentarsi di una persona, il suo aspetto, i suoi comportamenti. Elabora impressioni che inevitabilmente ne influenzeranno i processi cognitivi; ciò accade soprattutto durante le vicende processuali quando i giudici si costruiscono delle impressioni basandosi sui racconti dei testimoni o sui comportamenti altrui.

---

<sup>8</sup> G. LOEWENSTEIN, E.U. WEBER, C.K. HSEE, N. WELCH, *Risk as Feelings*, in *Psychological Bulletin*, 127, 2001, pp. 267-286.

<sup>9</sup> D.A. BRIGHT, J. GOODMAN-DELAHUNTY, *Gruesome evidence and emotion: Anger blame and jury decision-making*, in *Law and human behaviour*, 30, 2006, pp. 183-202.

<sup>10</sup> J.M. HOUSTON, C.L. JOINER, F. UDDO, C. HARPER, A. STROLL, *Computer animation in mock juries' decision making*, in *Psychological reports*, 76, 1995, pp. 987-993.

Il termine psicologia ingenua indica le convinzioni e le credenze che si formano sulla base di conoscenze, dicerie, fatti rappresentati dai media, cioè una serie di luoghi comuni che non hanno nulla a che vedere con la psicologia scientifica. Ebbene, non è raro imbattersi in questo fenomeno nelle aule giudiziarie.

Le “massime d’esperienza” sono il primo esempio di questo tipo di suggestioni. Esse infatti non poggiano su fondamenta scientifiche, ma si traducono in assunti di pensiero comune spesso sbagliati.

L’insieme delle convinzioni implicite ed esplicite che ognuno di noi possiede appartiene a detto schema, che si concretizza nell’insieme di strutture e processi cognitivi propri di un individuo tali da consentirgli di elaborare e sintetizzare un’informazione rispetto ad un oggetto a prescindere dalle contingenze e dalle specificità.

Tali schemi difficilmente abbandonano l’individuo e lo accompagnano nelle valutazioni personali sulle altrui caratteristiche, come dimostrano gli esperimenti degli anni Cinquanta e Sessanta condotti da Harold Kelley, docente del MIT.

Kelley aveva anticipato ai suoi studenti l’arrivo di un *visiting professor* che avrebbe tenuto alcune lezioni. A metà di loro consegnò un profilo che lo descriveva come molto affabile, all’altra metà un profilo che lo descriveva come una persona sicura di sé. Alla fine della lezione tenuta da questo nuovo professore fu consegnato a tutti gli studenti un questionario di gradimento. Quelli che avevano letto il primo profilo avevano formulato un giudizio più positivo rispetto all’altra metà della classe: ciò a dimostrare l’ostinazione dei preconcetti mentali.

Nella vita quotidiana così come nelle aule di tribunale le prime impressioni determinano sin da subito l’andamento dei rapporti tra le persone. Alcune ricerche<sup>11</sup> dimostrano come bastino pochi istanti di contatto visivo con il volto di uno sconosciuto per far sì che si generino dei giudizi sommari sulla sua personalità ed essere convinti della bontà di tali giudizi.

Le impressioni tendono a persistere anche quando su quella persona si acquisiscono maggiori informazioni, anzi condizionano l’opinione che

---

<sup>11</sup> J. WILLIS, A. TODOROV, *First impressions, making up your mind after a 100-ms exposure to a face*, in *Psychological Science*, 17, 2006, pp. 470-477.

ci si fa in merito alle sue caratteristiche inducendo a cercare ulteriori prove che confermino l'idea iniziale. Tale fenomeno è diffusissimo nei tribunali quando ad esempio i testimoni vengono interrogati, ponendo delle domande che confermino l'impressione iniziale che ci si è fatti nei loro confronti.

In casi del genere si può osservare come il decisore si lasci andare all'influenza del *confirmation bias* associato al fenomeno della *tunnel vision*.

Il *confirmation bias* è un tipo di errore che condiziona sistematicamente il ragionamento giuridico, e che porta il decisore a ricercare sempre e solo argomenti a favore della propria tesi e mai argomenti che depongano a sfavore che cerchino di avvalorarla attraverso un meccanismo di falsificazione (Popper 1959). La logica che sta alla base della falsificazione è la stessa che sta alla base della ratio dell'art. 358 c.p.p. che obbliga il pubblico ministero a raccogliere elementi di prova anche a favore dell'indagato. Ciò, nella prassi giudiziale, avviene in casi rarissimi, pressoché nulli. Confermando la tendenza dei giudici a cercare solo elementi che confermino, anche forzatamente, la propria convinzione iniziale.

Si deve comunque tenere conto del contesto processuale nel quale entra in gioco la figura del giudice. Egli infatti s'innesta, a seconda delle diverse fasi processuali (che si tratti del GIP, del GUP o del Giudice del dibattimento), in contesti sempre diversi la cui realtà è modellata dall'intervento della polizia giudiziaria in fase di indagini, dal verbale di sommarie informazioni, dall'eventuale incidente probatorio e dalle testimonianze. Si può ben capire come ci si allontani sensibilmente dalla situazione di partenza e la vicenda arrivi in fase dibattimentale dopo essere stata distorta e/o reinterpreta dalle percezioni e dai resoconti degli altri attori processuali, che inevitabilmente si trasmettono al giudice.

In un contesto processuale così delineato aumenta la tendenza a ragionare secondo stereotipi che riguardano il rapporto con determinate persone appartenenti a diverse categorie sociali, religiose, etniche e di lavoratori. Il meccanismo che si attiva a livello cognitivo è quello di identificare un singolo con i caratteri tipici che generalmente si attribuiscono al suo gruppo di appartenenza. Ciò ha sicuramente dei risvolti po-

sitivi quando questo modo di ragionare ci aiuta ad individuare le informazioni essenziali su una determinata persona scremando tutte le informazioni accessorie.

Sicuramente, però, questa eccessiva semplificazione può avere dei risvolti parecchio negativi in ambito processuale. Infatti è assai facile lasciarsi tentare da questa scorciatoia per attribuire ad un individuo i caratteri stereotipici del suo gruppo di appartenenza. Inoltre gli stereotipi dei giudici si rafforzano tenendo conto della loro pregressa esperienza professionale che si cristallizza nelle sentenze precedentemente emesse. Ad esempio se molti nomadi sono stati condannati per furto, nella mente del giudice si formerà più facilmente il convincimento che il prossimo nomade imputato per furto sarà anch'egli colpevole.

La percezione negativa dell'altro fondata sugli stereotipi ha una connotazione emotiva legata alle dinamiche dell'evoluzione della specie, il semplice fatto di relazionarsi ed entrare in contatto con gruppi differenti genera inconsapevolmente una condizione di incertezza e di ansia<sup>12</sup>.

Questa tesi è stata avvalorata da diversi studi condotti sull'interazione tra gruppi razziali, tra loro diversi, che ha fatto emergere piuttosto uniformemente la tendenza di questi ultimi ad entrare in tensione<sup>13</sup> in situazioni del genere dando spazio all'insorgere di ansia e irritazione dovute all'inconsapevolezza di come si veniva percepiti dall'altro, in quanto "diversi"<sup>14</sup>.

Studi successivi, condotti attraverso le risonanze magnetiche funzionali<sup>15</sup>, hanno messo in evidenza l'attivazione dell'amigdala (organo che monitora gli stimoli della paura) quando ai soggetti venivano mostrate foto di persone appartenenti a razze diverse. Quando invece venivano

<sup>12</sup> E.R. SMITH, D.M. MACKIE, *Psicologia sociale*, II ed., Bologna, 2011.

<sup>13</sup> A.J.M. DIJKER, *Emotional reactions to ethnic minorities*, in *European Journal of Social Psychology*, 17, 1987, pp. 305-325.

<sup>14</sup> E.J. VANMAN, N. MILLER, *Applications of emotion theory and research to stereotyping and intergroup relations*, in D.M. MACKIE, D.L. HAMILTON, *Affect, Cognition, and Stereotyping: Interactive Processes in Group Perception*, San Diego, CA, 1993.

<sup>15</sup> L. ARCURI, L. CASTELLI, S. GALDI, C. ZOGMAISTER, A. AMADORI, *Predicting the vote: Implicit attitudes as predictors of the future behaviour of decided and undecided voters*, in *Political Psychology*, 29, 2008, pp. 369-387.

mostrate foto di persone appartenenti alla stessa razza l'attivazione dell'amigdala diminuiva sensibilmente. Il risultato di questi esperimenti chiarisce come gli stereotipi siano il frutto di millenni di evoluzione e che, pertanto, superarli non è un'operazione semplice e immediata. Fanno parte di un meccanismo automatico che distorce la percezione delle altre persone.

Proprio come avviene quando un giudice deve decidere dell'attendibilità di un teste: in questo caso infatti le conoscenze squisitamente giuridiche poco serviranno al magistrato che dovrà fare affidamento sulle proprie abilità da psicologo ingenuo. La sua valutazione si baserà sull'analisi dei comportamenti, dell'aspetto e del modo di porsi del testimone.

Le ricerche psicologiche hanno dimostrato che una valutazione di questo tipo, basata sulla considerazione del linguaggio non verbale, può essere spesso carente. Infatti, è emerso che non sempre la mancanza di contatto visivo e determinate espressioni facciali sono sintomo di menzogna<sup>16</sup> e che, anzi, si ha più possibilità di scoprire una bugia senza guardare in faccia l'interlocutore. In effetti molti psicologi hanno effettuato studi<sup>17</sup> sul tema e hanno sconfessato gli stereotipi che individuerebbero il soggetto mentitore quando venga tradito dal suo nervosismo e/o attraverso determinate espressioni facciali e/o movimenti del corpo.

Invero pare che il "tono vocale" sia un indicatore di menzogna molto più efficiente delle espressioni facciali<sup>18</sup>, come anche le incongruenze verbali e gli errori di pronuncia. Le modulazioni del tono di voce sarebbero frutto del mancato controllo sull'attività verbale del mendace, il quale sta concentrando le sue energie nella costruzione cognitiva di una finta verità.

---

<sup>16</sup> M. ZUCKERMAN, B.M. DE PAULO, R. ROSENTHAL, *Verbal and nonverbal communication of deception*, in L. BERKOWITZ, *Advances in Experimental Social Psychology*, San Diego, CA, 1981.

<sup>17</sup> B.M. DE PAULO, J.I. STONE, G.D. LASSITER, *Deceiving and detecting deceive*, in B.R. SCHENKLER, *The Self and Social Life*, New York, 1985.

<sup>18</sup> J.A. BLUMENTHAL, *A wipe of the hands, a lick of the lips: The validity of demeanor evidence in assessing witness credibility*, in *Nebraska Law Review*, 72, 1993, pp. 1157 ss.

### 3. *Euristiche, biases e manifestazioni dell'errore giudiziario*

Oltreoceano sono state condotte numerose ricerche ed esperimenti sui meccanismi cognitivi che si celano dietro il ragionamento giuridico, contribuendo ad irrobustire considerevolmente il calibro scientifico delle discussioni sul tema di questa trattazione.

Le ricerche americane hanno coinvolto centinaia di “Corti Federali” dimostrando che i giudici di solito si imbattono nella tentazione di decidere secondo intuito, ma nonostante questo, occasionalmente, riescono a dimostrare la capacità di rivedere le proprie posizioni per giungere a conclusioni maggiormente ponderate<sup>19</sup>.

Si è indagato del rapporto dei giudici con gli “ancoraggi numerici”, ossia come valutano i dati statistici e come valutano le conseguenze delle condotte ragionando secondo gli schemi della visione a tunnel e del *confirmation bias*.

Si noterà come i risultati di tali ricerche dimostrino complessivamente che i giudici decidono intuitivamente nella maggior parte dei casi.

#### 3.1. *L'euristica dell'ancoraggio*

L'euristica dell'ancoraggio numerico<sup>20</sup> o dell'aggiustamento descrive la comune tendenza umana a fare troppo affidamento sui dati numerici che si trovano quando si cerca di prendere una decisione. Ovvero, i giudici sembrano utilizzare ogni informazione resa intenzionalmente disponibile nel processo della presa delle decisioni, secondo strategie di “aggiustamento” numerico, da quanto comunicatogli, anche se oggettivamente non pertinente con il problema.

Si è attestato che l'ancora attiva il giudizio intuitivo. In uno studio si dimostra che in presenza di un caso con riferimenti numerici prestabiliti

---

<sup>19</sup> C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH, *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell Law Review*, 86, 2001, pp. 777 e 779-780; J.J. RACHLINSKI, C. GUTHRIE, A.J. WISTRICH, *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, 86, *Boston University Law Review*, 2006, pp. 1227-1229.

<sup>20</sup> A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *SCL*, 185, 1974, pp. 1124-1128.

i giudici vi hanno ancorato le proprie valutazioni sull'ammontare del risarcimento del danno riconoscibile, poi riconosciuto. In questo studio, i giudici partecipanti sono stati casualmente assegnati ad un "gruppo di controllo", altri a un "gruppo di ancoraggio". In seguito è stato loro sottoposto un caso giuridico di risarcimento del danno in cui l'attore aveva subito lesioni multiple in un incidente automobilistico causato da un autista di camion negligente. L'attore è un uomo trentunenne, insegnante di scuola e il convenuto è un'azienda di spedizioni di larghe dimensioni. L'attore è stato mandato colposamente fuori strada dal conducente del camion della ditta di spedizioni. L'incidente gli ha causato la rottura di tre costole e numerosi danni al braccio destro che lo hanno costretto a una settimana di ospedale e a sei settimane di assenza dal lavoro. I danni al braccio sono così gravi da causarne l'amputazione. L'insegnante è destrimane.

Ai giudici del "gruppo di controllo" è stato detto che gli avvocati dell'attore avrebbero chiesto un risarcimento significativamente alto. Ai giudici nel "gruppo ancora" è stato detto che gli avvocati dell'attore avrebbero chiesto un risarcimento di 10 milioni di dollari. Infine è stato chiesto ai giudici di entrambi i gruppi di quantificare la somma che avrebbero riconosciuto a titolo risarcitorio all'infortunato. I giudici del gruppo di controllo hanno riconosciuto un risarcimento medio di 808.000 dollari, mentre i giudici ancorati hanno riconosciuto un risarcimento medio di 2.210.000 dollari.

### 3.2. *L'euristica della rappresentatività*

Il secondo esempio di "giudizio intuitivo" emerge in relazione a quella che gli psicologi chiamano "euristica della rappresentatività"<sup>21</sup>.

Quando le persone si affidano a tale euristica tendono a sottovalutare i dati statistici nel corso delle valutazioni che precedono la decisione, incorrendo spesso in errore.

Per esempio, in uno studio particolarmente significativo i ricercatori hanno chiesto agli studenti di un college se, secondo loro, una persona

---

<sup>21</sup> D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Subjective Probability: A Judgment of Representativeness*, in *Cognitive Psychology*, 430, 1972.

descritta come “parecchio intelligente, ma con carenze creative, bisognosa di ordine e chiarezza, che scrive in maniera abbastanza noiosa, che sembra interagire poco con le altre persone”, studiasse informatica o discipline umanistiche. Sebbene i partecipanti sapessero che i laureati in discipline umanistiche superano di tre volte il numero dei laureati in informatica, hanno comunque tendenzialmente risposto al quesito dicendo che secondo loro la descrizione corrisponderebbe al profilo di uno studente di informatica<sup>22</sup>.

Per scoprire se i giudici preferiscono affidarsi al proprio convincimento piuttosto che ai dati statistici nella risoluzione di un caso giuridico, alcuni magistrati federali sono stati i soggetti di uno studio basato sul classico caso tratto dalla giurisprudenza inglese, *Byrne v. Boadle*.

L'attore camminava nell'area di un magazzino di proprietà del convenuto quando fu colpito da un barile che gli causò gravi infortuni. Il barile era stato issato per collocarlo all'interno del magazzino. Gli impiegati del convenuto non sono sicuri delle dinamiche che abbiano fatto cascare il barile, ma concordano sul fatto che il barile non fosse stato adeguatamente messo in sicurezza perché la corda era difettosa. Gli ispettori di sicurezza del governo hanno poi condotto un'indagine nel magazzino e hanno stabilito che: in quel magazzino quando i barili non sono accuratamente messi in sicurezza c'era il 90% di possibilità che si slegassero dall'imbragatura, che quando sono imbragati in modo sicuro c'era solo l'1% di possibilità che si slegassero, che i lavoratori legano in modo inadeguato i barili soltanto una volta su 1000 casi.

Ai giudici è stato chiesto: “Dati i fatti, quanto è probabile che il barile che ha colpito il querelante sia caduto a causa della negligenza di uno dei lavoratori?”. I giudici avevano quattro opzioni di risposta: 0-25%, 26-50%, 51-75%, 76-100%.

Quando ci si trova di fronte ad un problema del genere, la maggior parte delle persone si affida al proprio intuito e alle proprie percezioni. Dalla lettura del caso sembra che l'incidente sia frutto della negligenza: così l'intuito suggerirà che la negligenza abbia effettivamente causato l'incidente.

---

<sup>22</sup> J.J. KOEHLER, *The Base Rate Fallacy Reconsidered: Descriptive, Normative, and Methodological Challenges*, in *Behavioral & Brain Science*, 19, 1996.

Affrontando il caso di specie, un approccio deduttivo suggerirebbe che la colpa sia probabile all'8,3%.

La maggior parte dei giudici ha risposto in modo sbagliato al quesito. Solo il 40% di loro ha risposto correttamente selezionando le risposte che indicavano un basso livello di probabilità che l'incidente fosse dovuto alla negligenza dei magazzinieri. La risposta sbagliata più frequente è stata quella in cui s'è detto che la probabilità dell'incidente fosse causata da negligenza: ciò in più del 75% dei casi.

Comparati ad altre persone sottoposte a problemi statistici simili, i giudici si sono comportati egregiamente considerato che meno del 20% dei medici sottoposti a quesiti quasi identici, attinenti al contesto medico, ha risposto correttamente<sup>23</sup>.

### 3.3. *Confirmation bias e tunnel vision*

I giuristi solitamente usano ricondurre le cause dell'errore giudiziario a questioni di diritto e di errata applicazione della norma all'interno delle dinamiche processuali. Raramente tali cause vengono ricercate in contesti estranei all'aula di tribunale anche se è ampiamente dimostrato come agenti estranei, ad esempio i media, la televisione, i social network, siano tra le cause più pregnanti di errore giudiziario.

La spettacolarizzazione dei processi<sup>24</sup>, sempre più dilagante in Italia, sta generando trasmissioni televisive che deformano le vicende processuali offrendo una serie infinita di stimoli fuorvianti, che non si esclude possano influenzare il giudice nella formazione della verità processuale.

A soffrirne è l'intero sistema giudiziario<sup>25</sup>, soprattutto l'imputato o addirittura l'indagato, in prima persona, messi "alla gogna" da questa spettacolarizzazione che ovviamente non tiene conto della presunzione

---

<sup>23</sup> W. CASSCELLS, A. SCHOENBERGER, T.B. GRABOYS, *Interpretation by Physicians of Clinical Laboratory Results*, in *New England Journal Medicine*, 299, pp. 999-1000, 1978.

<sup>24</sup> E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale, prassi, media, fiction*, Milano, 2016.

<sup>25</sup> P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011.

d'innocenza e della dignità della persona. Questo fenomeno ha un'impronta eminentemente giustizialista<sup>26</sup>, alla stregua dei capricci dei sovrani assolutisti che disponevano pubbliche esecuzioni per affermare il loro potere punitivo di fronte ai propri sudditi.

Tra le altre cause di errore giudiziario vi sono tutte quelle che riguardano l'assunzione e la valutazione della prova, in ambito penale. Questo è argomento molto delicato, poiché una prova assunta in maniera inadeguata può traviare irrimediabilmente il giudizio, che si tratti di una testimonianza, di una confessione o di una ricognizione personale.

Anche la prova scientifica, introdotta in giudizio per mezzo degli esperti chiamati in causa dal giudice o dalle parti, può ingenerare l'errore, qualora detti esperti trascendano il proprio ruolo processuale per immedesimarsi nelle parti<sup>27</sup> spogliando così il proprio contributo dell'appropriato valore scientifico.

Il giudice deve evitare che l'esperto gli si sostituisca, esercitando la sua funzione di *peritus peritorum*, così vigilando sull'operato dei suoi consulenti.

Secondo Calamandrei il giudizio finale di un processo scaturirebbe più dall'intuito che dalla razionalità del giudice e la motivazione della sentenza altro non sarebbe che una giustificazione *ex post* di una decisione presa in maniera affrettata assecondando le proprie emozioni e i propri sentimenti<sup>28</sup>.

In questo frangente si può scorgere una similitudine con la teoria di Kahneman sul doppio sistema di pensiero: il sistema 1 potrebbe essere l'artefice del dispositivo della sentenza, mentre il sistema 2 potrebbe essere il controllore per la costruzione della motivazione.

Queste sono solo alcune tra le numerose cause che possono dar luogo all'errore giudiziario. Nella prassi questo tipo di errore è molto più frequente di quanto si possa pensare. Negli Stati Uniti, dove persiste ancora

---

<sup>26</sup> P.P. PAULESU, *La presunzione d'innocenza tra realtà processuale e dinamiche extra processuali*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

<sup>27</sup> F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.

<sup>28</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in M. CAPPELLETTI, *Opere giuridiche*, vol. 1, Napoli, 1965.

in alcuni Stati la pena di morte, è nata l'associazione *Innocence Project*, la quale si propone di far emergere la verità attraverso il riesame di casi di condanne ingiuste con l'ausilio di tecniche di ricerca più sofisticate per l'analisi del DNA.

I risultati sono stati sorprendenti: l'associazione è riuscita a sovvertire numerosi giudizi riconsiderando le risultanze istruttorie con mezzi qualitativamente migliori, ma soprattutto usando una metodologia scientifica affidabile. Com'è possibile che i giudici abbiano commesso così tanti errori?

Si può supporre che abbiano lasciato che le proprie convinzioni iniziali li guidassero durante l'acquisizione degli elementi di prova, in modo tale da ridurre l'attività ad una ricerca di elementi di conferma (*confirmation bias*) della propria ipotesi iniziale, talvolta anche a costo di interpretarli forzatamente. Allo stesso modo, invece che condurre un esame il più possibile "terzo ed imparziale", si può supporre che abbiano tralasciato altri elementi di prova che, invece, avrebbero confutato il loro convincimento di colpevolezza<sup>29</sup>.

Questa distorsione cognitiva impedisce al giudice di avere una visione d'insieme nei casi ai quali deve lavorare. Basta soffermarsi sull'effettiva influenza della "visione a tunnel" nella genesi di celeberrimi casi di errore giudiziario. Steven Avery fu condannato nel 1985, e poi scagionato nel 2003 grazie alla prova del DNA, dall'accusa di aver brutalmente violentato una donna. Nonostante fosse stato in possesso di un alibi solido il giudice si convinse che fosse colpevole sulla base di una ricognizione pilotata dagli agenti di polizia, benché la difesa avesse fornito numerose testimonianze atte a scagionarlo. Vennero prodotte prove pretestuose a carico dall'accusa, le quali infine influenzarono il giudizio verso la colpevolezza.

Si può agevolmente affermare che il *bias* della conferma sia quello che pervada maggiormente l'attività processuale<sup>30</sup>. Addirittura sono stati

---

<sup>29</sup> K.A. FINDLEY, M.S. SCOTT, *The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases*, in *Wisconsin Law Review*, 2, 2006.

<sup>30</sup> S.M. KASSIN, E. DROR, J. KUCKUCKA, *The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions*, in *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2, 2013, pp. 42-52.

condotti degli studi sugli effetti della confessione<sup>31</sup> come elemento che si fa fatica a confutare, tanto da farlo sembrare l'istituto giuridico "simbolo" di questo tipo di distorsione. S'è notato come in presenza di una confessione, e di evidenti risultanze probatorie che contrastavano con quest'ultima, si tende a ritenere la prima comunque più affidabile e più credibile rispetto al dato oggettivo.

Parimenti a quanto accade per i giudici di merito, i magistrati di Cassazione possono essere vittime del *bias* di *overconfidence*, mostrando di avere ampia fiducia nella propria *expertise* sviluppatasi nel corso di una lunga carriera<sup>32</sup>.

I giudici di Cassazione potrebbero adagiare ottimisticamente le proprie conclusioni su basi argomentative che troppo si affidino alla loro esperienza, rischiando di tralasciare l'analisi contingentata del caso concreto.

In definitiva si potrebbe asserire, seppur con le dovute cautele, che la componente intuitiva sia connaturata al modo di funzionare della mente umana<sup>33</sup>. Ciò si riverbera inevitabilmente sull'attività giudiziaria, orientando le decisioni in modo tale da generare degli errori.

Tenendo conto di ciò, sarebbe poco fruttuoso spendersi per cercare delle modalità che contrastino a monte il formarsi dell'errore giudiziario. Tuttavia è certamente utile, per gli operatori del diritto, comprendere il funzionamento mentale che si cela dietro i loro ragionamenti, così da acquisire consapevolezza durante l'esercizio della propria attività decisoria e ridurre il tasso di errori, iniziando a mettere in discussione la bontà dei propri giudizi attraverso il "vaglio critico"<sup>34</sup> operato dal c.d. sistema 2. Per dirla con Sloman:

---

<sup>31</sup> L.E. HASEL, S.M. KASSIN, *False confessions*, in B.L. CUTLER, *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, DC, 2012.

<sup>32</sup> E.J. LANGER, *The illusion of control*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 32, 1975, pp. 311-328.

<sup>33</sup> C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH, *Blinking on the bench; How judges decide cases*, in *Cornell Law Review*, 93, 2007-2008, p. 5.

<sup>34</sup> D. KAHNEMAN, S. FREDRICK, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgement*, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, 2002, p. 49.

Entrambi i sistemi sembrano provare, almeno in alcuni casi, a generare un giudizio. Il sistema basato sulle regole può sovvertire il giudizio dato attraverso il sistema associativo. Comunque, si dà sempre ascolto all'opinione del sistema associativo, e a causa della sua velocità ed efficienza spesso precede e neutralizza l'intervento del giudizio più avveduto<sup>35</sup>.

#### 4. *L'influenza della confessione: il caso di Amanda Knox*

Come illustrato dalla storia di Amanda Knox e di molti altri condannati ingiustamente, le false confessioni spesso prevalgono sull'innocenza fattuale<sup>36</sup>. Recenti ricerche affermano che le confessioni sono fortemente persuasive quando si risolvono in una narrazione logica e di buon senso e che molte false confessioni contengono narrazioni parecchio dettagliate di fatti criminosi, i quali sembrano tradire la certezza della colpevolezza.

Le confessioni in generale possono corrompere altre prove, da quella testimoniale a quella scientifica, producendo un'illusione di falso sostegno per le loro argomentazioni o per le loro narrazioni. Oltre alle auspicabili riforme riguardanti le tecniche di interrogatorio, le quali dovrebbero essere progettate per frenare il rischio di false confessioni, sarebbe opportuno adottare anche misure atte a ridurre al minimo le possibili spiacevoli conseguenze di tali confessioni.

##### 4.1. *I fatti e la vicenda processuale*

Riassumendo brevemente i fatti del caso preso in esame: il 2 novembre 2007 la studentessa Meredith Kercher fu stata trovata stuprata e uccisa a Perugia. Quasi immediatamente, la polizia sospettò la ventenne Amanda Knox, una studentessa americana, coinquilina della Kercher, l'unica rimasta a Perugia dopo l'omicidio. La Knox non aveva precedenti penali di alcun tipo, ma qualcosa nel suo comportamento portò la polizia a credere che fosse coinvolta nell'omicidio. Il pregiudizio sulla colpevo-

---

<sup>35</sup> S.A. SLOMAN, *Two Systems of Reasoning*, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, 2002, p. 393.

<sup>36</sup> S.M. KASSIN, *Why confessions trump innocence*, in *American Psychologist*, 67(6), 2012, pp. 431-445.

lezza della Knox indusse diversi funzionari di polizia ad accanirsi particolarmente durante gli interrogatori. Il suo ultimo interrogatorio iniziò il 5 novembre alle 22.00 e durò fino alle 6.00 del mattino del 6 novembre. Durante questo interrogatorio rimase sola, senza un avvocato, di fronte ad una dozzina di poliziotti. Non vi furono interruzioni nemmeno per mangiare e dormire. Pertanto la Knox era una vulnerabile: giovane, lontana da casa, senza famiglia, costretta a parlare in una lingua di cui non aveva dimestichezza, raccontò di essere stata ripetutamente minacciata e apostrofata come bugiarda. Le fu poi comunicato che Sollecito (suo fidanzato) aveva sconfessato il suo alibi, quindi era ormai provato che lei si trovasse sulla scena del crimine.

A questo punto la ragazza, trovatasi con le spalle al muro, nervosamente ed emotivamente devastata, si lasciò andare a due confessioni, raccolte dalla polizia rispettivamente all'1.45 della notte ed alle 5.45 del mattino. Successivamente ritirò le dichiarazioni con una lettera, redatta non appena ne ebbe la possibilità. Dichiarò: "Riguardo a questa" confessione "che ho pronunciato la scorsa notte, voglio chiarire che sono molto dubbiosa sulla veridicità delle mie affermazioni perché sono state rilasciate in condizioni di stress, shock ed estremo esaurimento". In particolare nulla, nelle confessioni, indicava l'ammissione della sua colpevolezza. Le affermazioni attribuite alla Knox erano effettivamente errate su dettagli fondamentali significativi (ad esempio, indicò come complice un uomo, che la polizia aveva sospettato, ma che in seguito dimostrò di avere un alibi di ferro; non riuscì a fare il nome di un altro uomo, sconosciuto alla polizia al tempo, il cui DNA era stato, in seguito, ritrovato ed identificato sul cadavere della vittima). Tuttavia, la Knox, Sollecito e l'uomo innocente accusato dalla Knox furono immediatamente arrestati e il caso dichiarato chiuso.

La polizia non era riuscita a fornire alla studentessa un avvocato ed a registrare gli interrogatori, quindi le confessioni a lei attribuite erano state dichiarate inammissibili in Tribunale. Tuttavia, il danno era stato fatto. La confessione, seppur inammissibile<sup>37</sup>, innescò un'ipotesi ricostruttiva che confermava i connotati iniziali delle indagini, dell'accusa e

---

<sup>37</sup> B. BARNETT, *Guilty and Threatening: Visual Bias in Television News Crime Stories*, in *Journalism & Communication Monographs*, 2016.

della condanna. L'uomo il cui DNA era stato trovato sulla vittima, dopo aver detto, specificatamente, che l'americana non era presente sul luogo del delitto, ha cambiato la sua versione e l'ha accusata in fase dibattimentale. Gli agenti della scientifica hanno trovato il DNA della Knox sul manico di un coltello, trovato nell'appartamento del suo ragazzo, insieme al sangue della Kercher sulla lama e anche il DNA del fidanzato che si trovava sul gancio del reggiseno della vittima. Diversi testimoni oculari si fecero avanti. Una donna anziana disse di essere stata svegliata da un urlo seguito dal rumore di due persone che correvano; un vagabondo disse di aver visto gli imputati nelle vicinanze quella notte; un trafficante di droga dichiarò di aver visto tutti e tre i sospettati insieme; il proprietario di un negozio di alimentari disse di aver visto la Knox la mattina dopo in cerca di prodotti per la pulizia; un altro testimone disse di aver visto la Knox impugnare un coltello.

Il 5 dicembre 2009 i giudici condannarono Amanda Knox e Raffaele Sollecito per omicidio rispettivamente a 26 e 25 anni di prigione. Infine però, il 3 ottobre 2011, dopo aver ottenuto un nuovo processo, Amanda Knox e Raffaele Sollecito ottennero l'assoluzione. Dieci settimane dopo, la Corte d'appello rilasciò una motivazione di 143 pagine, fortemente criticata, in cui rimproverava l'accusa e concludeva per l'assenza di prove credibili a carico degli imputati. Ora è chiaro che la proverbiale montagna di prove screditate, usate per condannare i due amanti, non era altro che un castello di carta costruito su una falsa confessione. La domanda posta da questo caso e da tanti altri simili è questa: perché le confessioni così spesso prevalgono sull'innocenza?

#### *4.2. Psicologia della confessione*

La storia di Amanda Knox illustra come l'innocenza possa mettere a rischio gli innocenti. Subito dopo la morte di Meredith Kercher, le sue coinquiline inglesi lasciarono Perugia, eppure la Knox, esponendosi al rischio e senza mostrare alcun senso di colpa, volle restare ed aiutare la polizia. Tanto che, in Tribunale, il giorno del suo primo verdetto, la Knox

si aspettava di essere assolta<sup>38</sup>. Posto che la consapevolezza dell'innocenza genera uno stato mentale che porta le persone a fidarsi del sistema giudiziario durante l'interrogatorio, Perillo e Kassin<sup>39</sup> hanno esaminato la tecnica del *bluff* con la quale gli agenti di polizia, durante gli interrogatori, di solito fingono di avere prove senza affermare apertamente che queste implicano il sospetto (ad esempio, dichiarando che dei testimoni stanno per essere interrogati o che le prove biologiche sono state raccolte e inviate ad un laboratorio per essere esaminate). La teoria alla base del *bluff* vorrebbe che temendo che le prove vengano usate contro di loro, gli interrogati in realtà colpevoli soccomberebbero alle pressioni della polizia; non temendo quelle presunte prove, gli innocenti non confesserebbero. Eppure, negli esperimenti da loro condotti, Perillo e Kassin hanno provato che i partecipanti innocenti erano sostanzialmente più propensi a confessare di aver premuto un tasto proibito, causando il crash di un computer, quando veniva detto loro di essere in possesso di filmati, registrati da telecamere di sorveglianza, che li riprendevano durante il fatto.

Le analisi di casi reali mettono in evidenza che le false confessioni indotte dalla polizia rappresentano una sfida particolare per giudici e giurie, perché spesso contengono non solo un'ammissione di colpa, ma sono condite con una narrazione completa piena di spunti di contenuto comunemente associati alla verità e alla conoscenza del colpevole.

Esaminando 38 false confessioni scoperte grazie a successivi esami sul DNA nell'ambito dell'*Innocence Project*, è stato rilevato<sup>40</sup> che 36 di queste contenevano dettagli accurati sul fatto criminoso. La maggior parte conteneva informazioni non pubbliche che solo il reo avrebbe potuto conoscere. Sembra che la polizia abbia comunicato questi dettagli agli innocenti rei confessi in modo inavvertito e/o intenzionale, tramite domande, affermazioni, esposizione di fotografie o sopralluoghi sulla scena del crimine.

---

<sup>38</sup> N. BURLEIGH, *The fatal gift of beauty: The trials of Amanda Knox*, New York, 2001.

<sup>39</sup> J.T. PERILLO, S.M. KASSIN, *Inside interrogation: The lie, the bluff, and false confessions*, in *Law and Human Behavior*, 35, 2011, pp. 327-337.

<sup>40</sup> B.L. GARRETT, *The substance of false confessions*, in *Stanford Law Review*, 62, 2010, pp. 1051-1119.

Per complicare ulteriormente le cose, molte false confessioni contengono dettagli vividi di ciò che i sospettati presumibilmente facevano, come, perché e con quali effetti. In un'analisi del contenuto di 20 false confessioni<sup>41</sup> è stato riscontrato che tutte le affermazioni contenevano dettagli visivi e uditivi sulla commissione del delitto, sul tempo, sul luogo e sulla vittima; sul suo aspetto e sul suo comportamento prima, durante e dopo il fatto.

Non sorprende che uno studio condotto su delle giurie simulate ha dimostrato che le confessioni narrativamente elaborate aumentavano la convinzione nell'emettere verdetti di colpevolezza.

Numerosi casi di condanne ingiustificate indicano come le confessioni narrative possono essere così potenti da sopraffare anche prove scientifiche contraddittorie. Nel caso di Amanda Knox descritto in precedenza, il Pubblico Ministero ricercò il movente dell'omicidio, sulla scorta della confessione forzata, nell'invidia che Amanda avrebbe provato verso la sua compagna di stanza e nella preoccupazione che questa avrebbe potuto insidiare la sua relazione amorosa con Sollecito. Due settimane dopo, fu catturato lo stupratore il cui DNA fu trovato sulla scena del crimine. Eppure, piuttosto che riconsiderare la confessione alla luce di questa prova contraddittoria, il pubblico ministero ha formulato una nuova e totalmente infondata ipotesi di colpevolezza: cioè che lo stupratore, Amanda e il suo fidanzato fossero artefici e complici di un rituale satanico, il quale avrebbe condotto all'omicidio della Kercher, così contribuendo a costruire un'immagine mediatica terrificante della Knox.

In una serie di studi<sup>42</sup>, Appleby e Kassin hanno testato l'ipotesi controintuitiva secondo cui la confessione prevale sul test del DNA. Hanno scoperto che le giurie simulate che si sono confrontate con una confessione e con un test del DNA disculpante raramente hanno votato per la condanna, anche quando la confessione ha fornito dettagli sul crimine. Ma quando il pubblico ministero ha offerto una teoria esplicativa per

---

<sup>41</sup> S.C. APPLEBY, L.E. HASEL, S.M. KASSIN, *Police-induced confessions: An empirical analysis of their content and impact*, in *Psychology, Crime & Law*, 2011.

<sup>42</sup> S.C. APPLEBY, S.M. KASSIN, *When confessions trump DNA: Relative impacts of self-report and DNA evidence on juror decisions*. Paper presentato al meeting della *American Psychology-Law Society*, Miami, FL, 2011.

supportare la confessione, il tasso di convinzione è aumentato significativamente – dal 10% al 33% su un campione di studenti universitari e dal 14% al 45% su un campione di comuni cittadini.

#### 4.3. *Confessione e processo di ricerca della verità. Riflessioni conclusive*

Oltre a corrompere le prove su cui viene valutata la colpevolezza in relazione alla commissione di un fatto di reato, abbiamo visto che le confessioni possono anche influire negativamente sul processo di ricerca della verità mediante il quale viene amministrata la giustizia. La confessione è una prova altamente polarizzante che sposta il focus del ragionamento in un'unica direzione. Da un certo punto di vista, le confessioni sono state a lungo considerate tra le prove regine. Per dirla con McCormick: “L'introduzione di una confessione rende superflui gli altri aspetti del processo”<sup>43</sup>.

Per comprendere l'effetto della confessione sul processo di ricerca della verità, Kassin e Kukucka hanno confrontato casi giudiziari in cui era intercorsa una falsa confessione con altri in cui non vi era stata confessione, basandosi sui dati forniti da *Innocence Project*. Coerentemente con le previsioni, i casi di falsa confessione erano più propensi a generare una carenza di strategia difensiva rispetto ai casi di non confessione (9,09% vs 3,38%), generando una tendenza del sistema giudiziario verso la condanna dell'imputato nei casi di falsa confessione (21,21% vs 15,46%)<sup>44</sup>. Combinare, queste differenze suggeriscono che i casi di confessione distorcono il processo di formazione del contraddittorio in modo da ritorcersi contro la difesa.

A questo punto, citerò ulteriori ricerche sperimentali per testare questa ipotesi. Su 289 assoluzioni ottenute grazie a prove basate sul test del DNA promosse da *Innocence Project*, un quarto di queste sono scaturite da precedenti condanne che si fondavano su una falsa confessione (25,97%): un numero significativamente più grande rispetto ai casi in

---

<sup>43</sup> C.T. MCCORMICK, *Handbook of the law of evidence* (2nd ed.), St. Paul, MN, 1972.

<sup>44</sup> S.M. KASSIN, J. KUKUCKA, *Confession errors as “structural defects”*. Paper presentato al meeting annuale della *American Psychology-Law Society*, San Juan, Puerto Rico, 2012.

cui le condanne sono state frutto di una mancata confessione (3,78%). Questa differenza suggerisce che molti innocenti che confessano alla fine si arrendono, piuttosto che provare a difendersi. Il dichiararsi colpevoli, nel diritto americano, annulla le tutele inerenti al processo con la partecipazione della giuria: viene a mancare un processo in cui si presume che l'imputato sia innocente, in cui si deve provare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio e in cui i testimoni dell'accusa possono essere sottoposti al controesame. Dichiararsi colpevole rende anche più difficile, in seguito, per un imputato ottenere un *post conviction scrutiny* e affermare, di fatto, la propria innocenza.

Il *post conviction scrutiny* è un istituto di diritto processuale americano: è l'unico modo per ricorrere quando si è detenuti per errore, è solitamente l'unica occasione per ottenere una riforma della condanna. In generale, è anche la migliore opportunità per sollevare istanze riguardanti il corretto andamento del processo, chiedendo che vengano ammesse nuove prove come il test del DNA o altre prove scientifiche.

Per concludere la disamina sulla pericolosità delle false confessioni, si può dire che, in merito, sorgano due ordini di problematiche: la prima riguarda le modalità di interrogatorio che spesso possono coercitivamente indurre persone innocenti a confessare crimini che non hanno commesso; la seconda consiste nel fatto che le false confessioni, una volta assunte come prova, suscitano una forte convinzione di colpevolezza, scatenando così una catena di *confirmation biases* che danno luogo a conclusioni difficilmente ribaltabili nonostante, di fatto, l'imputato o il sospettato siano innocenti.

Negli ultimi anni gli psicologi forensi hanno affrontato queste problematiche con accuratezza, arrivando ad auspicare un "imminente cambio di paradigma"<sup>45</sup>. Per quanto riguarda le confessioni, ora sembra che questo cambiamento debba comprendere non solo riforme strumentali a scongiurare il rischio di false confessioni che rischiano di dare luogo a situazioni processuali sconvenienti, com'è successo nel caso di Amanda Knox e di altri che sono stati condannati ingiustamente.

---

<sup>45</sup> M.J. SAKS, J.J. KOEHLER, *The coming paradigm shift in forensic identification science*, in *Science*, 309, 2005, pp. 892-895.

Attraverso la stesura di questo lavoro si è voluto lasciare inizialmente ampio spazio alla trattazione della tematica in termini generali, prendendo spunto dai lavori di chi mi ha preceduto parlando di cosa siano e quali caratteri possano presentare i *bias* cognitivi e le emozioni nelle decisioni giudiziali.

Volendo giungere infine alla formulazione di alcune riflessioni sommarie riguardo il tema generale poc'anzi trattato, si auspica che l'analisi del ragionamento giuridico, messa in relazione ai meccanismi che governano la maggioranza dei nostri processi cognitivi, serva da spunto, soprattutto per gli operatori del diritto, perché siano consapevoli delle insidie che si celano nella nostra mente.

Qui si sono voluti fornire soltanto alcuni cenni riguardo la questione dell'analisi psicologica del ragionamento giuridico, volendo passare in rassegna alcuni dei più comuni *biases* e fornendo qualche strumento in più, anche attraverso l'analisi di esperimenti e casi concreti, per riuscire ad individuarli e prevenirli. È altresì vero che questo particolare approccio epistemologico alla materia giuridica è da considerarsi ancora piuttosto “giovane”: tuttavia, grazie alla sempre crescente e autorevole mole di studi sperimentali che dimostrano la non trascurabile influenza delle emozioni nella fase di applicazione del diritto, si riesce ottimisticamente a scorgerne le potenzialità in chiave evolucionistica riguardo la considerazione del diritto non più come fenomeno isolato ed autoreferenziale, ma sempre più aperto ad una vocazione interdisciplinare in relazione alle altre scienze.

### *Bibliografia*

- AMODIO E., *Estetica della giustizia penale, prassi, media, fiction*, Milano, 2016
- APPLEBY S.C., HASEL L.E., KASSIN S.M., *Police-induced confessions: An empirical analysis of their content and impact*, in *Psychology, Crime & Law*, 2011
- APPLEBY S.C., KASSIN S.M., *When confessions trump DNA: Relative impacts of self-report and DNA evidence on juror decisions*. Paper presentato al meeting della *American Psychology-Law Society*, Miami, FL, 2011

- ARCURI L., CASTELLI L., GALDI S., ZOGMAISTER C., AMADORI A., *Predicting the vote: Implicit attitudes as predictors of the future behaviour of decided and undecided voters*, in *Political Psychology*, 29, 2008
- BARNETT B., *Guilty and Threatening: Visual Bias in Television News Crime Stories*, *Journalism & Communication Monographs*, 2016
- BLUMENTHAL J.A., *A wipe of the hands, a lick of the lips: The validity of demeanor evidence in assessing witness credibility*, in *Nebraska Law Review*, 72, 1993
- BRADY M.S., *Emotional Insight: The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford, 2014
- BRIGHT D.A., GOODMAN-DELAHUNTY J., *Gruesome evidence and emotion: Anger blame and jury decision-making*, in *Law and human behaviour*, 30, 2006
- BURLEIGH N., *The fatal gift of beauty: The trials of Amanda Knox*, New York, NY, 2001
- CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in M. CAPPELLETTI, *Opere giuridiche*, vol. 1, Napoli, 1965
- CASSCELLS W., SCHOENBERGER A., GRABOYS T.B., *Interpretation by Physicians of Clinical Laboratory Results*, 299, in *New England Journal Medicine*, 299, 1978
- DAMASIO A., *Looking for Spinoza: Joy, Sorrow and Feeling Brain*, Orlando, FL, 2003
- DE PAULO B.M., STONE J.I., LASSITER G.D., *Deceiving and detecting deceive*, in B.R. SCHENKLER, *The Self and Social Life*, New, 1985
- DIJKER A.J.M., *Emotional reactions to ethnic minorities*, in *European Journal of Social Psychology*, 17, 1987
- FINDLEY K.A., SCOTT M.S., *The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases*, in *Wisconsin law Review*, 2, 2006
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017
- GARRETT B.L., *The substance of false confessions*, in *Stanford Law Review*, 62, 2010
- GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J., WISTRICH A.J., *Blinking on the bench; How judges decide cases*, in *Cornell Law Review*, 93, 2007-2008
- GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J., WISTRICH A.J., *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell Law Review*, 86, 2001
- HASEL L.E., KASSIN S.M., *False confessions*, in B.L. CUTLER, *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, DC, 2012
- HOUSTON J.M., JOINER C.L., UDDO F., HARPER C., STROLL A., *Computer animation in mock juries' decision making*, in *Psychological reports*, 1976

- KAHNEMAN D., FREDRICK S., *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgement*, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, 2002
- KAHNEMAN D., TVERSKY A., *Subjective Probability: A Judgment of Representativeness*, *Cognitive Psychology*, 430, 1972
- KAHNEMAN D., *Thinking fast and slow*, New York, 2011
- KASSIN S.M., DROR E., KUCKUCKA J., *The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions*, in *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2, 2013
- KASSIN S.M., KUCKUCKA J., *Confession errors as “structural defects”*. Paper presentato al meeting annuale della *American Psychology-Law Society*, San Juan, Puerto Rico, 2012
- KASSIN S.M., *Why confessions trump innocence*, in *American Psychologist*, 67(6), 2012
- KOEHLER J.J., *The Base Rate Fallacy Reconsidered: Descriptive, Normative, and Methodological Challenges*, in *Behavioral & Brain Science*, 19, 1996
- LANGER E.J., *The illusion of control*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 32, 1975
- LEHRER J., BOURLOT S., *Come decidiamo*, Torino, 2009
- LOEWENSTEIN G., WEBER E.U., HSEE C.K., WELCH N., *Risk as Feelings*, in *Psychological Bulletin*, 127, 2001
- MCCORMICK C.T., *Handbook of the law of evidence* (2nd ed.). St. Paul, MN, 1972
- PANKSEPP J., BIVEN L., *Archeology of mind*, New York, 2012
- PAULESU P.P., *La presunzione d'innocenza tra realtà processuale e dinamiche extra processuali*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008
- PERILLO J.T., KASSIN S.M., *Inside interrogation: The lie, the bluff, and false confessions*, in *Law and Human Behavior*, 2011
- RACHLINSKI J.J., GUTHRIE C., WISTRICH A.J., *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, in *Boston University Law Review*, 86, 2006
- SAKS M.J., KOEHLER J.J., *The coming paradigm shift in forensic identification science*, in *Science*, 309, 2005
- SIMON H.A., *Models of Man, Social and Rational*, New York, 1957
- SLOMAN S.A., *Two Systems of Reasoning*, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, 2002
- SMITH E.R., MACKIE D.M., *Psicologia sociale*, II ed., Bologna, 2011
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001

- TROISI P., *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *SCL*, 185, 1974
- VANMAN E.J., MILLER N., *Applications of emotion theory and research to stereotyping and intergroup relations*, in D.M. MACKIE, D.L. HAMILTON, *Affect, Cognition, and Stereotyping: Interactive Processes in Group Perception*, San Diego, CA, 1993
- WILLIS J., TODOROV A., *First impressions, making up your mind after a 100-ms exposure to a face*, in *Psychological Science*, 17, 2006
- ZUCKERMAN M., DE PAULO B.M., ROSENTHAL R., *Verbal and nonverbal communication of deception*, in L. BERKOWITZ, *Advances in Experimental Social Psychology*, San Diego, CA, 1981



# TRASCENDERE IL CONFLITTO

## SPUNTI SUL SUPERAMENTO DELL'ANTIGONE NEGLI ARGOMENTI DELL'EDIPO A COLONO

*Riccardo Perona*

SOMMARIO: 1. *Presentazione: un 'prequel'*. 2. *Un preliminare ritorno al futuro: il conflitto nell'Antigone*. 3. *Le vicende dell'Edipo a Colono*. 4. *Edipo e gli oppositori: Creonte*. 5. *Segue: Polinice*. 6. *Edipo e gli adiutori: Antigone*. 7. *Segue: Teseo*. 8. *Edipo e solo Edipo*. 9. *Trascendere il conflitto: un 'reframing'*. 10. *Per un ultimo sguardo d'insieme*.

### *Abstract*

The paper studies Sophocles' Oedipus at Colonus, focusing on the rhetorical and argumentative strategies that characterize the dialogues between Oedipus and the other characters. The study argues that the structure and the style of the interactions presented in this tragedy appear to overcome and "transcend" the dialectic conflict that characterized Sophocles' Antigone, thanks to a conceptual "reframing" of that conflict.

### *1. Presentazione: un 'prequel'*

L'influenza di Antigone – o, diciamo meglio: dell'*Antigone* per eccellenza, quella di Sofocle – nella storia della cultura occidentale è difficilmente misurabile. E non sorprende che chi ci ha provato – almeno, chi l'ha fatto nella maniera forse ad oggi più esaustiva – si sia trovato dinanzi a tante e tali riletture e reinterpretazioni da dover riconoscere

come, più che “dell’Antigone”, si debba ormai parlare “delle Antigoni”<sup>1</sup>.

Eppure, alla maggioranza delle riproposizioni è comune la matrice sofoclea dell’eroina che, come è stato detto, «ancora, sempre, [...] ci invita ad addentrarci nelle contraddizioni e nei dilemmi ultimi della vita»<sup>2</sup>. E che, proprio per questo, continua a sollecitare riflessioni non solo ma anche per gli studi giuridici, stante la maniera in cui invero la contrapposizione – ci sia consentito ricorrere per comodità di riferimento a questa formula sintetica – fra la misura del potere e quella della giustizia<sup>3</sup>.

In questo quadro di successo del modello e di inesauribilità delle riproposizioni, però, stupisce non poco come nel dibattito – almeno, nel dibattito dei giuristi – non paia aver ricevuto adeguato apprezzamento una specifica reinterpretazione della tragedia sofoclea. Una reinterpretazione che, invece, dovrebbe forse essere considerata fra le più partico-

---

<sup>1</sup> Il riferimento va al titolo, oltre che alla dettagliata disamina, della celebre monografia di G. STEINER, *Antigones*, Oxford, 1984, trad. it. di N. Marini, *Le Antigoni*, Milano, 2003. Cfr. inoltre, sin d’ora, E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall’Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, pp. 677 ss.; P. MONTANI (a cura di), *Antigone e la filosofia*, Roma, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, 2006, pp. 21 ss.; A.M. BELARDINELLI, G. GRECO (a cura di), *Antigone e le Antigoni. Storia, forme, fortuna di un mito*, Atti del Convegno internazionale, Roma, 13, 25-26 maggio 2009, Firenze, 2010; S. FORNARO, *Antigone. Storia di un mito*, Roma, 2012; F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017; A. ANDRONICO, *Sulla dismisura. Una lettura dell’Antigone di Sofocle*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XVIII, 2018/2, pp. 155 ss. Sugli innumerevoli adattamenti dell’*Antigone* di Sofocle nel “palcoscenico” del mondo cfr. il meritorio lavoro di E.B. MEE, H.P. FOLEY, *Antigone on the Contemporary World Stage*, Oxford, 2011.

<sup>2</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, cit., p. 21. Sull’«energia di reiterazione» dell’*Antigone* di Sofocle cfr. E. Cantarella, cit. in E. STOLFI, *Dualità nomiche*, in *Dike*, 17, 2014, pp. 101 ss., 102.

<sup>3</sup> Sui concetti di diritto, autorità e libertà nell’opera, cfr. F. PUPPO, *Law, Authority and Freedom in Sophocle’s Antigone*, in *Epistemology and ontology: IVR-Symposium Lund 2003*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 108, 2005, pp. 127 ss. Sul problema della “misura” nell’*Antigone* cfr. il recente saggio di A. ANDRONICO, *Sulla dismisura*, cit.

lari e meritevoli di attenzione: quella, cioè, che per essere dovuta allo stesso autore potremmo definire “autentica” e che si rinviene nell’*Edipo a Colono*.

Nel lessico della cinematografia moderna, quanto ci offre Sofocle si definirebbe oggi la sceneggiatura di un *prequel*. Se difatti l’*Antigone* è, del tragediografo, una delle prime opere (rappresentata nel 442 a.C. alle Grandi Dionisie, ottenendo la vittoria), l’*Edipo a Colono* è l’ultima, di gran lunga successiva alla precedente (rappresentata postuma nel 410 a.C., sempre alle Grandi Dionisie e sempre ottenendo la vittoria), ma narra vicende che, dal punto di vista del mito, sono antecedenti.

Questa scelta consente a Sofocle un’operazione raffinata e peculiare: l’opportunità, cioè, di tornare a riflettere sulle dinamiche della precedente messa in scena, da un lato riproponendo molti degli stessi personaggi – Antigone, Creonte, Ismene e Polinice (quest’ultimo, invero, assente nell’*Antigone* ma ragione originaria di tutti i conflitti ivi rappresentati) – e, dall’altro, ripensandoli grazie all’affiancamento a un altro protagonista che, all’epoca delle vicende narrate nell’*Antigone*, sarebbe stato già morto: Edipo.

Superfluo sottolineare quanto ciò possa essere d’interesse per lo studioso, offrendo la possibilità di affiancare due classici e leggere l’uno alla luce dell’altro; e ancor più per lo studioso giurista, che si muove in un ambito disciplinare nel quale una delle due opere, a differenza dell’altra, non pare aver ad oggi ancora ricevuto particolare considerazione<sup>4</sup>.

In questo senso, obiettivo del presente contributo è proprio quello di abbozzare una prima indagine sull’*Edipo a Colono* da un punto di vista che, pur limitato, possa risultare d’interesse per gli studi giuridici e tenendo fermo, come punto di confronto, l’*Antigone*.

A tal fine, e quale prospettiva d’analisi specifica, la proposta intende focalizzare l’attenzione sulle strategie argomentative e sulle modalità di

---

<sup>4</sup> Per un parallelo fra le due tragedie, anche se specificamente riferito al tema del “doppio”, cfr. R. NICOLAI, *Antigone allo specchio*, in A.M. BELARDINELLI, G. GRECO (a cura di), *Antigone e le Antigoni*, cit., pp. 182 ss. Per, invece, un parallelo fra l’*Antigone* e la terza tragedia “tebana” di Sofocle, l’*Edipo Re*, cfr. M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018.

ragionamento presentate mediante i dialoghi fra i personaggi<sup>5</sup>: strategie e modalità le quali – se nella precedente tragedia davano origine a un conflitto dialettico fra posizioni e “ragioni” tanto celebre proprio perché in profondità insanabile – nell’*Edipo a Colono* non necessariamente mostrano le medesime caratteristiche.

Difatti, grazie alla riproposizione degli stessi personaggi, l’autore ha l’occasione di tornare sull’opposizione inconciliabile già caratteristica dell’*Antigone*. Ma quell’opposizione – e questa è l’ipotesi del lavoro – nella nuova tragedia sembra subire, in certa misura, una diluizione e attenuazione, se non addirittura un superamento: e ciò, precisamente, in virtù di un passaggio o una “svolta” dal punto di vista del *modus argumentandi* dei personaggi e, soprattutto, del protagonista.

Proprio di questo mutamento si proveranno nel seguito a risaltare i tratti, cercando di far emergere le peculiarità dell’*Edipo a Colono* rispetto all’*Antigone*, almeno dal punto di vista adottato.

---

<sup>5</sup> Sul ricorso all’analisi di testi letterari al fine trarne spunti d’interesse per il giurista in ordine all’elemento argomentativo e logico-linguistico (in quel caso con l’ambizioso proposito, qui certamente non perseguibile, di elaborare una teoria normativa del ragionamento giudiziale di natura retorica con qualche distinguo rispetto alle formulazioni neoretoriche, neodialettiche ed interpretativistiche), cfr. M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014, peraltro con un espresso riferimento alla prospettiva di *law as literature* (p. 5). Cfr. inoltre M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008. Sugli studi di diritto e letteratura e in particolare sull’opportunità di relativizzare la portata disgiuntiva presupposta dalla congiunzione (“e”) per valorizzare invece l’«inerenza originaria di letteratura e legge» cfr. P. HERITIER, *Estetica giuridica inclusiva vs. positivismo esclusivo. L’immagine nel sistema delle fonti e i nomogrammi*, in C. FARALLI, V. GIGLIOTTI, P. HERITIER, M.P. MITTICA (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, 2014, pp. 55 ss. L’*obiter dictum* dell’autore per cui analoghi rilievi critici potrebbero essere rivolti «forse anche [ad] altri accostamenti indicati come *diritto e*» (p. 56 nota 2) collima con il punto di partenza del recente volume di A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019 (cfr. spec. p. XVI).

## 2. Un preliminare ritorno al futuro: il conflitto nell'*Antigone*

Partiamo, per una necessaria premessa e per chiarire il termine di paragone, con un ritorno al futuro: con un ritorno all'*Antigone* cioè, che, come detto, precede come data di composizione e rappresentazione l'*Edipo a Colono*, pur riferendosi a eventi (mitologici) successivi.

La struttura drammatica della tragedia è relativamente semplice: un personaggio centrale che dialoga – o meglio, si scontra – con tutti. Curiosamente, questo personaggio non è quello che dà il nome all'opera, ma il suo “antagonista”. È stato del resto opportunamente sottolineato che «con una minima forzatura dovuta più a necessità di sintesi che ad amor di tesi [...] *Antigone* è in realtà la tragedia di Creonte»<sup>6</sup>.

In effetti, la tragedia si articola su diversi piani, ma – almeno i principali – sono tutti piani che vedono opporsi Creonte agli altri personaggi. Non solo ad *Antigone*, che pure è la protagonista del dialogo-processo più conosciuto, ma anche ad Emone e a Tiresia, che partecipano in altri due momenti dialettici fondamentali per lo sviluppo drammatico della vicenda (ferma restando, anche se un po' sullo sfondo e probabilmente da rivalutarsi, la figura di Ismene che prende forma essenzialmente nel dialogo con la sorella *Antigone*)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone?*, cit., p. 678.

<sup>7</sup> In questo scritto non ci si concentrerà sulla figura di Ismene, stante il suo rilievo non predominante nell'*Edipo a Colono*. Questa figura, però, potrebbe essere oggetto di successivi più attenti studi, anche alla luce del ruolo tradizionalmente poco evidenziato ma non trascurabile che la stessa gioca nell'*Antigone*: cfr. A. ANDRONICO, *Sulla dismisura*, cit., pp. 159 ss.; U. CURI, *Endiadi. Figure della duplicità*, Milano, 2015, in particolare pp. 13 ss. («La sapienza di Ismene»); L. BRUZZESE, *Dai Sette contro Tebe di Eschilo all'Antigone di Sofocle: la dualità nel mito dei Labdacidi*, in A.M. BELARDINELLI, G. GRECO (a cura di), *Antigone e le Antigoni. Storia forme fortuna di un mito*, cit., pp. 190 ss., il quale rinviene nella coppia *Antigone-Ismene* uno sviluppo della polarità *Eteocle-Polinice* che caratterizzava i *Sette contro Tebe* di Eschilo. Ulteriori sviluppi poi – e sia detto solo fra parentesi – meriterebbe forse anche la figura di Euridice nell'*Antigone*...

Le molteplici interpretazioni di questi scontri sono all'origine della molteplicità di "Antigoni" di cui parlavamo in apertura, ma le linee ermeneutiche fondamentali si possono ri(con)durre a tre<sup>8</sup>.

Secondo una prima lettura, Creonte è l'antagonista, il "cattivo" contro tutti. Si tratta dell'«interpretazione 'ortodossa', quella della nostra giovinezza»<sup>9</sup> e che, per quanto particolarmente "classica", non va comunque confusa per ingenua. Anzi, deve ritenersi che, in certa misura, non solo sia l'interpretazione più immediata a prima lettura, ma dovesse anche la più immediata per lo spettatore greco antico, se è vero che lo stesso Aristotele, in qualche modo, sembra avallarla:

Classifichiamo ora tutte le azioni giuste o ingiuste, cominciando in primo luogo da questo fatto. Abbiamo definito le cose giuste e le cose ingiuste in rapporto a due generi di leggi e in due modi in rapporto alle persone. Con legge voglio dire tanto quella particolare quanto quella comune, e con legge particolare intendo quella che ogni singolo popolo ha fissato per se stesso – ed essa può essere scritta o non scritta –, con legge comune quella che è conforme a natura. Infatti, vi è un comune concetto di giusto e di ingiusto secondo natura, di cui tutti hanno una sorta di predizione, anche se non vi sia alcun contatto reciproco né un accordo: in Sofocle, ad esempio, Antigone sembra dire che è giusto seppellire Polinice, anche se è vietato, in quanto ciò è giusto per natura [...] <sup>10</sup>.

Del resto, non va dimenticato che la fruizione cui pensava Sofocle era proprio quella diretta e *una tantum* derivante dalla messa in scena a teatro, con, peraltro, tutto ciò che questo implicava nel peculiare contesto dell'Atene del V secolo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Riprendo la tripartizione che offre G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, cit., pp. 31 ss., pur riferita allo scontro fra Creonte e Antigone più che a quello fra Creonte e "tutti gli altri".

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> ARISTOTELE, *Retorica*, introduzione di F. Montanari, testo critico, traduzione e note di M. Dorati, Milano, 1996, libro I, cap. 13, 1373 b. Cfr. inoltre le notazioni di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. I: Antichità e Medioevo*, Bologna, 1966, pp. 29 ss.

<sup>11</sup> Sappiamo infatti che al centro del sentire culturale trasfuso nella tragedia sta il momento "politico": la città (la *polis*) è essa stessa "portata in scena", tanto metaforicamente (i dilemmi del vivere in comune sono aspetti fondamentali del "tragico") quanto

Una seconda lettura, poi, è quella affermata a partire dall'interpretazione di Hegel – lo scontro fra ragioni opposte ma entrambe legittime: «Il mondo etico, il mondo lacerato nell'al di qua e nell'al di là e l'intuizione morale del mondo son dunque gli spiriti dei quali si svilupperà il movimento e il ritorno del semplice e per sé essente *Sé dello spirito*»<sup>12</sup>.

L'interpretazione di Hegel, come è noto, ha avuto storicamente il pregio di evidenziare come lo scontro fra Antigone e Creonte sia in realtà lo scontro fra due sistemi di valori, chiarendo così, ad esempio, che la definizione di *tyrannos* che si rinviene nella tragedia è da intendere nel senso di indicare semplicemente il “sovrano”, senza accezioni negative<sup>13</sup>.

letteralmente (con il raccogliersi della cittadinanza nel teatro: lo spettacolo stesso è fenomeno autenticamente politico). Su questo significato del momento tragico la bibliografia è sterminata. Punto di partenza obbligato è il celebre passo di Aristotele (*Poetica*, 1449b) che vede prodursi, nella rappresentazione tragica, la purificazione (*kátharsis*), attraverso pietà e terrore (*di' eléoy kai phóboy*), da queste stesse emozioni. Valore di “classico” deve riconoscersi agli studi di Nietzsche: il celebre *Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik* (1872, trad. it. *La nascita della tragedia*, Milano, 1977) fu preceduto da altri studi, come *Il dramma musicale greco* (1870, rinvenibile in ID., *La filosofia nell'epoca tragica dei greci e scritti 1870-1873*, Milano, 1991). Fondamentale il contributo di J.-P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, 1972, trad. it. *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, Torino, 1976, seguito dal successivo EID., *Mythe et tragédie deux*, Paris, 1986, trad. it. *Mito e tragedia due*, Torino, 2001. Per il resto, qui sarà sufficiente il rinvio a CH. SEGAL, *L'uditore e lo spettatore*, in J.-P. VERNANT (a cura di), *L'uomo greco*, Roma-Bari, 2003<sup>5</sup>, pp. 187 ss. (e specialmente, per quanto qui interessa, pp. 202 ss. e 211 ss.), nonché a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, cit., pp. 23 ss. Cfr. inoltre M.S. SILK (a cura di), *Tragedy and the Tragic. Greek Theatre and Beyond*, Oxford, 1996.

<sup>12</sup> G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes* (1807), trad. it. a cura di E. De Negri, Firenze, 1973, II, pp. 4-5, cit. in E. COLOMBO, *Note su Hegel e Antigone*, in *ACME. Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Milano*, vol. LIX, fasc. III, 2006, pp. 327 ss., 330, cui si rinvia per un esame dell'interpretazione hegeliana di Antigone, unitamente a T. GAZZOLO, *Il dovere di Antigone. Le “leggi divine” nella Fenomenologia dello Spirito di Hegel*, in *Jus*, 1 (2017), pp. 11 ss., e a P. VINCI, *L'Antigone di Hegel. Alle origini tragiche della soggettività*, in P. MONTANI (a cura di), *Antigone e la filosofia*, cit., pp. 31 ss.

<sup>13</sup> Cfr. E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone?*, cit., pp. 685-686. Sulla figura “tirannica” di Creonte cfr. B. MONTANARI, *Ordine e sapienza: la solitudine di Creonte*, in ID. (a cura di), *La norma subita*, Torino, 1993, p. 54. È stato

La terza lettura è invece quella, più contemporanea, che insiste sulla totale chiusura tanto di Creonte quanto di Antigone all'ascolto delle ragioni dell'altra parte, valorizzando, per converso, la figura di Emone come voce di invito al dialogo e alla ragionevolezza – la *phrónesis* con cui si chiude la tragedia – come unica soluzione per evitare il disastro:

Di molto, la prima delle felicità  
 è l'essere saggi [*tò phroneîn*]: non si deve commettere mai  
 empietà verso gli dèi. Le grandi parole,  
 che grandi colpi ripagano ai superbi,  
 con la vecchiaia  
 insegnano ad essere saggi<sup>14</sup>.

In questo senso, nella tragedia degli assolutismi che non si parlano, «la “giustizia” della legge sta, per Sofocle, in questa moderazione, che deriva dal guardare le cose umane nella loro complessità»<sup>15</sup>. E così *deinós* – il celebre aggettivo con cui, nel primo stasimo, è definito l'essere umano, che riveste questa qualità più di quanto faccia ogni altra cosa al mondo – è parola che dell'umanità ben esprime l'inquietudine (come caratteristica di chi è inquietante, ma forse ancor più di chi è inquieto); allo stesso tempo, però, «la giustizia divina superiore – ormai

---

inoltre sottolineato come il carattere “tragico” della scelta di Antigone discenda proprio dalla compresenza di due norme opposte, che impongono, appunto, una decisione (aderire all'una o all'altra: *tertium non datur*): cfr. F. PUPPO, *Law, Authority and Freedom in Sophocle's Antigone*, cit.

<sup>14</sup> Vv. 1348 ss. Qui e nel seguito, ogni volta che si citano – facendo riferimento puntuale ai versi – passi dell'*Edipo a Colono* o dell'*Antigone*, si fa riferimento al testo e alla traduzione di SOFOCLE, *Edipo re. Edipo a Colono. Antigone*, a cura di D. del Corno, trad. di R. Cantarella, Milano, 1991. Per quanto concerne la *phrónesis*, sappiamo che, per i greci, è quel tipo di ragionevolezza riguardante le cose umane, che possono stare diversamente: una capacità squisitamente pratica, congiunta a ragione, di calcolo e deliberazione in vista dell'agire (sul punto cfr. specialmente il libro VI dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele). L'etimo si rinviene, attraverso il verbo *phronéo* («avere facoltà mentali»), in *phrén*, «diaframma» ma anche (in uso traslato, al plurale) «senno, ragione» (cfr. ad es. F. MONTANARI, *Gl. Vocabolario della lingua greca*, Torino, 2002<sup>10</sup>, *ad voces*).

<sup>15</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 70.

lo sappiamo – non ha un contenuto determinato e astorico, ma è quella che impone comunque di accordare gli opposti»<sup>16</sup>.

Al netto dell'orientamento che si possa preferire, comunque, resta in *Antigone* un dato essenziale ai nostri fini: quello per cui il confronto “argomentato”, per lo meno, è presente.

Certo, magari non si risolve o non si risolve sempre in un confronto costruttivo; magari arriva ad essere cieco alle ragioni altrui; tuttavia, se non altro, si dà e si snoda, appunto, attraverso argomentazioni e controargomentazioni specifiche, foss'anche non orientate alla conciliazione ma pur sempre basate su “ragioni” ben identificabili.

Anzi, è proprio la presenza e chiarezza delle opposte ragioni che ha permesso e continua a giustificare l'inesauribile successo dell'opera, nella quale, come è stato detto, si rinvengono «tutte le costanti principali del conflitto presente nella condizione umana»<sup>17</sup>, tali da offrire le ramificazioni più incredibili:

legge del più forte e *nomos* perenne; arroganza e inconsistenza del potere; alimentazione e coscienza di sé; violenza e non violenza; ragioni dello Stato e ragioni della famiglia; ordine pubblico e coscienza privata; *philia ed eros*; regno dei viventi e regno dei morti; mondo maschile e mondo femminile; età matura e giovinezza, vita di corte e vita di natura... Su tutto, la pretesa di obbedienza assoluta e la rivolta personale. Creonte e Antigone. Dilemma tragico, da cui distruzione e morte<sup>18</sup>.

### 3. *Le vicende dell'Edipo a Colono*

Anche l'*Edipo a Colono* si sviluppa sulla base di un personaggio centrale, attorno al quale si muovono, nella dinamica dell'interazione dialogica, tanto gli adiutori quanto gli avversari.

---

<sup>16</sup> F. CAVALLA, *L'origine e il diritto*, Milano, 2017, p. 201. L'autore preferisce appunto «tradurre il termine *deinòn* come “inquietante” (anziché, come spesso si incontra, “meraviglioso”, “prodigioso” e simili), seguendo la traduzione del tedesco *Unheimliche*, termine con cui Heidegger rende la parola greca nel testo di Sofocle» (*ivi*, nota 1, con riferimento a M. HEIDEGGER, *Einführung in die Metaphysik* (1935), trad. it. *Introduzione alla Metafisica*, a cura di G. Masi, presentazione di G. Vattimo, Milano, 1968).

<sup>17</sup> G. STEINER, *Le Antigoni*, cit., p. 260.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, cit., p. 21.

Si tratta di una struttura che riflette una trama la quale, a sua volta, è estremamente semplice.

Edipo – lui, evidentemente, il personaggio centrale – è ormai vecchio, cieco e in esilio, in conseguenza degli avvenimenti dell’altra tragedia “tebana” di Sofocle, l’*Edipo Re*. Nel suo errare ramingo, accompagnato dalla figlia Antigone, giunge a Colono, un borgo nei pressi di Atene, su cui regna Teseo. Un’antica profezia, infatti, aveva preannunciato che lì avrebbe terminato i propri giorni. Gli abitanti del luogo, saputo di chi si tratta, lo vorrebbero allontanare, ma sopraggiunge Teseo che gli garantisce la propria ospitalità e protezione, ottenendone in cambio la profezia per cui, dopo la morte di Edipo, la sua tomba segnerà i confini dell’Attica nei conflitti a venire fra Atene e Tebe.

Intanto, sopraggiunge l’altra figlia di Edipo, Ismene, annunciando la contesa fra i due figli maschi dello stesso Edipo, Eteocle e Polinice, per il trono della città di Tebe: il primo la controlla, aiutato da Creonte, mentre il secondo intende espugnarla. Entrambi, ora, intendono riconquistare il favore del padre, giacché un oracolo ha preannunciato che la vittoria spetterà proprio a colui che godrà del suo appoggio.

Nel seguito, si presentano quindi al cospetto di Edipo tanto Creonte quanto Polinice, per tentare di convincerlo a prendere, ciascuno, le proprie parti nella guerra. Il primo, davanti al rifiuto di Edipo, prende in ostaggio Antigone ed Ismene, salvate solo grazie all’intervento di Teseo. Il secondo, invece, viene cacciato via dal padre.

Si manifestano poi alcuni presagi che indicano ad Edipo essergli ormai prossima la morte. Il protagonista si reca quindi in un boschetto sacro alle Eumenidi, accettando di essere accompagnato, negli ultimi momenti, soltanto da Teseo. E, alla presenza di questi e dopo avergli predetto un futuro prospero, scompare misteriosamente, come racconta un messaggero. Le figlie, udito il racconto, vorrebbero recarsi nel luogo della scomparsa, ma Teseo chiarisce loro che nessuno può vederlo.

#### 4. *Edipo e gli oppositori: Creonte*

Attorno all’indiscusso protagonista della tragedia si sviluppano quindi le figure e gli argomenti, oltre che di Edipo, anche dei suoi op-

positori e dei suoi adiutori. Anzi, si può dire che questi ultimi acquistino significato e vita solo e proprio in virtù dell'interazione dialettica che con il primo intrattengono.

Partiamo dagli oppositori, ossia da Creonte e Polinice, che vogliono convincere Edipo a prendere, ciascuno, la propria parte.

E rileviamo subito che non si tratta certo di profili di altissima caratura. Tutto l'opposto: per lo più, ci vengono proposte alcune macchiette che presentano i propri argomenti in modo decisamente semplicistico.

Per quanto riguarda Creonte, ad esempio, il confronto con Edipo si sviluppa essenzialmente in un dialogo serrato e concitato<sup>19</sup>.

In un primo momento, il personaggio si presenta in maniera apparentemente diplomatica:

non abbiate paura e non pronunciate parole ostili. Non vengo per far male – sono vecchio anch'io – e so d'essere giunto a una città molto potente, se mai altra, in Ellade: ma, per la mia età, fui mandato per convincere quest'uomo a seguirmi nella terra dei Cadmei<sup>20</sup>.

Diplomazia di facciata cui segue, quasi immediatamente, un invito a considerare la sorte della “povera” Antigone: invito dal gusto di ironica ipocrisia certamente già percepito dallo spettatore ateniese che, tempo prima, avesse assistito alla rappresentazione dell'altra tragedia:

tanto più che soffro delle tue sventure, o vecchio (altrimenti sarei il più malvagio degli uomini), nel vederti sempre miseramente ramingo in terra straniera, accompagnato solo da questa fanciulla, privo di ogni mezzo. E mai avrei creduto, ahimè, che potesse cadere in tanta miseria, come quella in cui è caduta, questa disgraziata che sempre provvede a te e alla tua persona mendicando il cibo, così giovane, senza conoscere nozze, ma alla mercé del primo venuto<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vv. 728 ss.

<sup>20</sup> Vv. 731 ss.

<sup>21</sup> Vv. 743 ss.

Edipo, però, mette Creonte davanti alle proprie contraddizioni:

Non ti era cara affatto, allora, questa parentela: ma ora, quando vedi che questa città, che tutto il popolo mi assiste benevolmente, tenti di straparmi via, manifestando duri propositi con blande parole<sup>22</sup>.

E tanto basta per squarciare il debole velo di falsa cortesia dell'antagonista, che subito mostra un volto dispotico: «O disgraziato, neppure col tempo mostri di aver messo giudizio! E ora disonori la tua vecchiaia?»<sup>23</sup>.

Va a questo punto ricordato come, nell'*Antigone*, Creonte – unico personaggio che subisce un'evoluzione nel corso dell'opera<sup>24</sup> – venisse in principio presentato con un profilo fondato in argomenti circostanziati, cedendo solo alla fine ad una “follia” dispotica. Per contro, un discorso analogo non si può certo fare rispetto all'atteggiamento, pur cangiante, che il personaggio assume nell'*Edipo a Colono*.

Invero, nella nuova tragedia, Creonte non fa in alcun momento leva sulle “ragioni”, magari non appieno condivisibili ma senz'altro presenti e ben chiare, che invocava nella precedente opera. La sua è al contrario, qui, mera iracondia al servizio dell'interesse personale, come testimonia il tentativo di sequestrare Antigone ed Ismene (sventato solo grazie all'intervento di Teseo)<sup>25</sup> e, contestualmente, l'ammissione più brutale e aperta di *hybris*: «È tracotanza, ma devi sopportarla»<sup>26</sup>.

E, infine, il disprezzo per le leggi della città e la difesa delle ragioni del *genos* (o, meglio, delle ragioni della ripugnanza per la colpa familiare) che, ancora una volta, offrono un curioso ribaltamento di quanto avveniva nell'*Antigone*:

Io non ho agito così, o figlio d'Egeo, perché ritenevo questa città priva di uomini o di leggi, come tu dici: ma pensando che non sarebbe venuta agli Ateniesi tanta sollecitudine per i miei familiari, da nutrirli contro la

---

<sup>22</sup> Vv. 770 ss.

<sup>23</sup> Vv. 804 s.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto le notazioni di E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone?*, cit., pp. 677 s.

<sup>25</sup> Vv. 818 ss.

<sup>26</sup> V. 883.

mia volontà. Ero convinto che non avrebbero accolto un uomo parricida e impuro, le cui nozze generarono una prole rivelatasi incestuosa<sup>27</sup>.

### 5. Segue: *Polinice*

Anche Polinice, dal canto suo, non emerge come figura pregevole. A differenza di Creonte, questo personaggio sviluppa la propria posizione essenzialmente in un monologo<sup>28</sup>.

Il segmento retorico si apre con un tentativo di manifestare devozione mediante un appello alla divinità, che suona, però, più come una poco efficace *captatio benevolentiae* unita a un certo timore di non essere poi lasciato libero di andare in pace:

Ma prima chiamerò in aiuto il dio stesso, dal cui altare mi trasse per venire qui il re di questa terra, concedendomi di parlare e di ascoltare, e di andarmene poi in sicurezza.

Successivamente, Polinice si presenta come lo farebbe un bambino un po' capriccioso che si lamenta con il padre per il comportamento del fratello:

e ti dirò dunque, padre, perché sono venuto. Sono stato cacciato in esilio dalla terra paterna, perché reclamavo, essendo il più anziano per nascita, di sedere sul tuo trono con potere assoluto. E invece Eteocle, più giovane di me, mi ha bandito dal paese, non avendomi vinto con buone ragioni, né essendo venuto a prova di forza o di opere, ma perché seppe convincere la città<sup>29</sup>.

Da notare l'impiego utilitaristico dell'argomento della primogenitura – probabilmente considerato efficace nel rivolgersi al padre – nonché il richiamo emozionale alla «terra paterna», in opposizione all'asserita mera capacità di Emone di persuadere il popolo senza veri ragionamenti e senza una più virile o concreta «prova di forza o di opere».

---

<sup>27</sup> Vv. 939 ss.

<sup>28</sup> Vv. 1284 ss.

<sup>29</sup> Vv. 1291 ss.

Poco dopo, enumerati gli alleati che nel frattempo si sono uniti alla sua causa<sup>30</sup>, il tentativo di Polinice è quello di suscitare empatia nel padre, paragonando maldestramente le rispettive situazioni, in realtà agli occhi di tutti ben distinte:

Ora, per le sorgenti di Tebe e per gli dèi protettori della stirpe, ti scongiuro di darmi ascolto e di cedere, perché mendico ed esule io sono, ed esule sei tu: viviamo, tu e io, adulando il prossimo, partecipi di una medesima sorte. Ed egli, sovrano nella reggia, me infelice!, ridendo di entrambi insieme insuperbisce: ma io, se tu favorirai il mio proposito, con piccolo sforzo in breve lo sgominerò<sup>31</sup>.

E, infine, la prospettazione di un'utilità personale per Edipo unita all'esaltazione dell'essenzialità del suo apporto, che stona in un contesto in cui il vero ed unico destinatario dei benefici richiesti sarebbe invero proprio Polinice:

E ti ricondurrò alla tua reggia, dove sederò io stesso, dopo avere scacciato lui con la violenza. E di questo potrò vantarmi, se lo vorrai anche tu: ma senza di te, non ho neppure la forza di uscirne salvo<sup>32</sup>.

Nel complesso, dinanzi all'evidente debolezza argomentativa del personaggio, non stupisce quindi che il padre rifiuti di prestargli il proprio aiuto: il che avviene, a sua volta, attraverso un monologo, in cui Edipo respinge le pretese del figlio elogiando, per contro, la *pietas* delle figlie<sup>33</sup> e, infine, scagliando la maledizione il cui compimento costituirà l'antefatto dell'*Antigone*: «non avverrà che tu espugni quella città; ma prima cadrai macchiandoti di sangue, e tuo fratello del pari»<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Vv. 1301 ss.

<sup>31</sup> Vv. 1333 ss.

<sup>32</sup> Vv. 1338 ss.

<sup>33</sup> Vv. 1348 ss.

<sup>34</sup> Vv. 1372 ss.

## 6. *Edipo e gli adiutori: Antigone*

Sempre attorno alla figura centrale, ma dal lato opposto, si muovono anche, come anticipato, alcuni sostenitori o adiutori di Edipo: segnatamente, Antigone e Teseo.

Sono, queste, figure leggermente più profonde rispetto a quelle degli oppositori, pur non arrivando comunque, nemmeno loro, a spiccare in modo particolare per complessità o articolazione degli argomenti.

Antigone, ad esempio, è presentata come il prototipo della figlia amorevole. Sin dal principio accompagna il padre nel suo peregrinare, attenta – come sottolineato da Creonte nel passo riportato sopra – a ogni sua necessità nella ricerca del luogo in cui trascorrerà infine, con un po' di tranquillità, gli ultimi momenti di vita:

Edipo, padre mio infelice, in lontananza, per quanto io scorgo, si ergono delle torri, che cingono una città; questo è un luogo sacro, evidentemente, rigoglioso di lauri, di olivi, di viti; e numerosi in esso cantano dolcemente gli usignoli. Piega qui le tue membra, su questa ruvida pietra; hai percorso un cammino molto lungo per un vecchio<sup>35</sup>.

In generale, il modo in cui la giovane si rivolge al padre è particolarmente educato e rispettoso, sino a un punto in cui, a chi si avvicini all'*Edipo a Colono* avendo presente l'*Antigone*, non può non ricordare l'atteggiamento "diplomatico" adottato da Emone presentandosi al cospetto di Creonte per tentare di dissuaderlo dai propri propositi:

Padre, ascoltami, sebbene giovane ti darò un consiglio. Lascia che questo signore dia soddisfazione, come desidera, all'animo suo e al dio; e a noi due concedi che venga qui nostro fratello. Sii tranquillo, non ti distoglierà a forza dal tuo proposito ciò che dirà contro il tuo interesse. Qual è il danno a udire delle parole. Esse rivelano le cattive intenzioni. Tu lo generasti; e anche se commise verso di te le azioni più empie e scellerate, non è giusto, padre, che tu gli renda male per male<sup>36</sup>.

Il contesto di queste parole è quello in cui è stato annunciato l'arrivo di Polinice. Ma i temi invocati sono, appunto, gli stessi che Emone in-

---

<sup>35</sup> Vv. 14 ss.

<sup>36</sup> Vv. 1181 ss.

voca nell'*Antigone*<sup>37</sup>, come testimoniato dal richiamo al tema della gioventù di chi parla – e che pur non impedisce di svolgere ragionamenti saggi – nonché dall'invito a considerare le ragioni dell'altro a prescindere dai misfatti che questi possa aver commesso. Una figura, quindi, certamente più moderata rispetto a quella che rigetterà in quanto tardive le offerte di aiuto e vicinanza di Ismene<sup>38</sup> e ribadirà che un marito morto si può cambiare ma un fratello no<sup>39</sup>.

A sottolineare questa inedita caratterizzazione della fanciulla è anche il breve ma molto significativo dialogo privato che la stessa intrattiene con Polinice dopo che Edipo ha scagliato la propria maledizione<sup>40</sup>. Si tratta, invero, dell'unico passaggio che giustifica il collegamento del *prequel* con l'altra tragedia, grazie alla richiesta che Polinice stesso rivolge alle sorelle (peraltro, con lo stesso tono incline a facili patetismi che già era emerso nel dialogo con il padre):

[...] ma debbo andare incontro, in silenzio, a questa sorte! Ma voi almeno, o mie sorelle, figlie di quest'uomo, voi che avete udito nostro padre maledirmi apertamente, no per gli dèi, se le sue maledizioni si compiranno e farete ritorno in patria, non mi recate offesa, ma ponetemi nella tomba con gli onori dovuti. E alla lode che riportate dalle vostre pene per costui si aggiungerà ancora, non minore, quella della grazia concessami<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Vv. 631 ss. dell'*Antigone*.

<sup>38</sup> Vv. 542 ss. dell'*Antigone*.

<sup>39</sup> Vv. 909 ss. dell'*Antigone*.

<sup>40</sup> Vv. 1399 ss. dell'*Edipo a Colono*.

<sup>41</sup> Vv. 1405 ss.

E, di seguito, un richiamo alla «civiltà di vergogna»<sup>42</sup> cui fa da contraltare un curioso invito alla duttilità da parte di Antigone:

Antigone: Riporta al più presto l'esercito ad Argo, e non rovinare te stesso e la città.

Polinice: Ma non è possibile; come potrei guidare ancora quell'esercito nel ritorno, dopo aver mostrato paura?

Antigone: Sei giovane: perché indulgere ancor all'ira? Che vantaggio ti viene a distruggere la tua patria?<sup>43</sup>

### 7. Segue: *Teseo*

Dal canto suo l'altro adiutore, Teseo, è invece presentato come il re perfetto, che, nelle parole dello stesso Edipo, «domina con la legge e con la forza»<sup>44</sup>.

Sovrano esemplare criticato, invece, dallo stesso personaggio che, nel modo più immediato ed evidente, gli fa da contraltare nell'*Antigone*: Creonte, cioè, cui si deve un'altra curiosa inversione di argomenti rispetto alla precedente tragedia, con l'accusa al re di far prevalere indebitamente la legge della città (pur, presumibilmente, in questo caso non contraria agli *agrapta nomima*) sulle ragioni del *genos*<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Alludo alla celebre distinzione fra cultura della colpa e cultura della vergogna prospettata da R. BENEDICT, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture* (1946), trad. it. *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, prefazione di I. Buruma, trad. di M. Lavaggi, F. Mazzone e M. Renda per la prefazione, Bari, 2015, poi ripresa in riferimento alla cultura greca da E.R. DODDS, *The Greeks and the Irrational*, trad. it. *I Greci e l'irrazionale*, Milano, 2009. Sul punto cfr. E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, 2002, p. 32.

<sup>43</sup> Vv. 1416 ss. Questa particolare connotazione di Antigone – sia detto solo incidentalmente – potrebbe anche contribuire a confermare la notazione per cui, nell'altra tragedia, sebbene entrambi i protagonisti “esagerino”, l'eccesso della fanciulla è comunque solo susseguente a quello di Creonte.

<sup>44</sup> V. 67. Sulla raffigurazione del governante, cfr. G. UGOLINI, *L'immagine di Atene e Tebe nell'“Edipo a Colono” di Sofocle*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica*, 60, 3, 1998, pp. 35 ss.

<sup>45</sup> Vv. 939 ss., già citati.

Teseo, in questo quadro, è una persona concreta, che ben definisce il proprio modo di agire quando riporta ad Edipo, illese, le figlie che Creonte aveva tentato di sequestrare: «Non con le parole, ma piuttosto con le azioni io cerco di dare gloria alla mia vita»<sup>46</sup>.

Un pragmatismo cui si accompagna, per contro, un atteggiamento di umiltà nell'accettare i misteri che il sovrano non ritiene di essere titolato a risolvere<sup>47</sup>. A tal proposito, è interessante il dialogo che il re intrattiene con Edipo, nel quale manifesta una certa curiosità, anche in virtù della propria posizione di responsabile della città:

Edipo: Vengo a darti in dono il mio misero corpo, non certo apprezzabile a vedersi; ma i suoi vantaggi valgono più che un bell'aspetto.

Teseo: Quale vantaggio stimi di essere venuto a portare?

Edipo: Col tempo verrai a saperlo, non ora.

Teseo: Quando dunque sarà manifesto il beneficio tuo?

Edipo: Quando io sarò morto, e tu mi avrai seppellito.

Teseo: Chiedi cosa che riguarda il termine della vita: ma del tempo di mezzo ti dimentichi, oppure non fai conto.

Edipo: È quello, per me, che tutto comprende<sup>48</sup>.

I riferimenti e i giochi di parole relativi al tema del tempo in questo breve passaggio meriterebbero ben più ampi sviluppi di quelli che sono qui possibili e pertinenti. Basti però osservare che Teseo si concentra sul tempo presente, mentre Edipo sul lungo periodo, se non addirittura sull'eternità che, appunto, «tutto comprende»: una visione di ampio respiro, la stessa, in definitiva, della *phronesis* che solo si acquisisce

---

<sup>46</sup> Vv. 1143 s.

<sup>47</sup> Può essere notata incidentalmente una convergenza di questa figura con quella di Creonte nella celebre reinterpretazione dell'Antigone offerta da Anouilh: «E poi, al mattino, si presentano dei problemi precisi, che bisogna risolvere, e si alza, tranquillo, come un operaio sulla soglia della sua giornata» (J. ANOUILH, *Antigone*, in M.G. CIANI (a cura di), *Sofocle, Anouilh, Brecht. Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, 2000, p. 64, passaggio richiamato da A. Andronico, *Sulla dismisura*, cit., p. 160). Sull'*Antigone* di Anouilh cfr. F. PUPPO, *Giustizia, potere e ordine nell'Antigone di Anouilh*, in G. BOMBELLI, A. MAZZEI (a cura di), *Dike polypoinos: archetipi di giustizia fra tragedia antica e dramma moderno*, Padova, 2004, pp. 125 ss. Sulla figura di Creonte (nell'*Antigone* di Sofocle), cfr. B. MONTANARI, *Ordine e sapienza: la solitudine di Creonte*, cit., pp. 27 ss.

<sup>48</sup> Vv. 576 ss.

«con la vecchiaia»<sup>49</sup> e la stessa delle leggi non scritte di Antigone che «non sono di oggi o di ieri, ma sempre vivono, e nessuno sa da quando apparvero»<sup>50</sup>.

Il punto rilevante, però, è che Teseo, pur curioso, accetta infine di aiutare Edipo pur non comprendendone appieno le ragioni e le misteriose profezie<sup>51</sup>, quasi intuendo l'importanza di non porre questioni su prospettive troppo lontane e trascendenti per un governante che, forse, dovrebbe davvero limitarsi a portare avanti in modo concreto, pragmatico e umile gli affari di Stato.

E, in questa prospettiva, non sembra in effetti un caso che proprio Teseo sia l'unico personaggio cui lo stesso Edipo consente di accompagnarlo nell'ora estrema della sua scomparsa<sup>52</sup>.

### 8. *Edipo e solo Edipo*

Abbiamo quindi, da un lato, gli oppositori dipinti come macchiette semplicistiche e, dall'altro, gli adiutori ritratti come esempi perfetti di ascolto della parola e ausilio del protagonista. Ma il fulcro di tutto sta al centro. E al centro c'è Edipo: l'unica figura davvero profonda che dà unità all'intera tragedia e senso di esistere a tutte le altre.

Unità e profondità che si rivelano però – questo è il punto interessante ai nostri fini – proprio negli argomenti avanzati dal personaggio, o meglio ancora, nella svolta o rivoluzione prospettica che questi imprime ai dialoghi cui prende parte.

Già i passi sopra richiamati rivelano in maniera piuttosto inequivoca i tratti fondamentali di ciò cui si allude. Ma proviamo, qui, a offrire alcune coordinate di approfondimento.

L'argomento cruciale di Edipo sembra essere solo uno, a sua volta composito e così riassumibile: *a)* non mi interessano i problemi di potere dei miei figli e di Creonte; *b)* mi interessa solo morire in pace.

Vediamo entrambi i punti più nel dettaglio.

---

<sup>49</sup> V. 1353 dell'*Antigone*.

<sup>50</sup> Vv. 456 s. dell'*Antigone*.

<sup>51</sup> Vv. 606 ss. dell'*Edipo a Colono*.

<sup>52</sup> Vv. 1645 ss.

a) Per Edipo, giunto ormai al termine della propria vita, l'unica questione che davvero conta è che, a suo tempo, i figli e i concittadini l'hanno abbandonato, o meglio, l'hanno cacciato dalla città, mostrandosi incapaci di comprendere la tragedia personale soggiacente alle sue colpe.

Irricevibile è pertanto, ora, la loro richiesta di aiuto e del tutto marginale e relativa la rilevanza del loro attuale conflitto:

[...] quel giorno, quando il mio cuore ribolliva e la cosa più dolce per me era morire lapidato, nessuno apparve a soddisfare questo mio desiderio. Soltanto più tardi, quando tutto il dolore fu mitigato e compresi che la mia ira aveva ecceduto nel punire le colpe passate, proprio allora, dopo molto tempo, la città mi scacciò da quella terra; ed essi, che erano miei figli e potevano aiutare loro padre, non vollero fare nulla, non dissero una parola: e così io andai errando esule, mendico, in terra straniera, sempre<sup>53</sup>.

Di fronte alla morte, non sono, quindi, gli affari e le questioni di potere ad importare, ma le dimostrazioni di amore e lealtà che si sono ricevute. Quelle dimostrazioni che sono, invece, giunte dalle figlie:

E da queste due fanciulle, come la natura concede loro, ricevo nutrimento per vivere, e sicuro asilo e soccorso filiale; mentre quelli, anziché loro padre, scelsero il trono e lo scettro e la signoria del paese. Ma non mi avranno alleato mai, né godranno mai il regno della terra cadmea [...]<sup>54</sup>.

E ancora, nelle parole pronunciate subito prima di morire:

O figlie, in questo giorno voi non avete più padre. Quanto faceste per me è finito, e non avrete più il peso del mio sostentamento; duro peso, lo so, figlie mie. Ma una sola parola cancella tutte queste sofferenze: da nessuno potete avere più amore che da quest'uomo<sup>55</sup>.

b) Solo una morte serena e un tranquillo trapasso alla "pace eterna" è, dunque, ciò che interessa ad Edipo. Questo comporta anche una ri-

---

<sup>53</sup> Vv. 433 ss.

<sup>54</sup> Vv. 445 ss.

<sup>55</sup> Vv. 1610 ss.

flessione sul passato, sulle tragedie vissute nel corso della vita. E qui l'atteggiamento del personaggio si fa vieppiù interessante.

Non v'è certo, da parte sua, un tentativo di autoassoluzione. Ma, altrettanto sicuramente, emerge una certa tendenza a relativizzare l'aspetto soggettivo delle proprie colpe:

I casi più turpi ho sopportato, o stranieri,  
ho sopportato senza volerlo, lo sappia il dio,  
nulla scelsi di mia volontà<sup>56</sup>.

E ancora, in termini molto significativi, il passaggio citato poco sopra, che riconosce una passata tendenza all'eccessiva "autoflagellazione": «...quando tutto il dolore fu mitigato e compresi che la mia ira aveva ecceduto nel punire le colpe passate...»<sup>57</sup>.

Impossibile non cogliere il riferimento all'accecamento autoinflitto. Ma, parimenti, conosciamo bene il significato di quell'accecamento: la rinuncia allo strumento principe della conoscenza razionale, specialmente in una cultura come quella greca, in cui, anche nel linguaggio comune, si conosce quando "si ha visto"<sup>58</sup>.

E, infatti, Edipo è stato il sovrano che grazie alle proprie capacità di "visione" razionale pretendeva di poter scoprire la verità, salvo poi rendersi conto che l'unica conoscenza realmente importante – quella del proprio peccato – era a lui stesso rimasta ignota, fino all'ultimo<sup>59</sup>. Da qui, appunto, l'accecamento, che però, se a suo tempo era nato come auto-punizione, diviene adesso, forse, garanzia di accesso a una conoscenza superiore.

Si tratta, detto altrimenti, di una cecità consapevole e funzionale a una conoscenza più piena, del tutto diversa e opposta, quindi, rispetto a quell'obnubilamento che è precondizione dell'*hybris*: l'*áte* che tanta

---

<sup>56</sup> Vv. 521 ss.

<sup>57</sup> Cit. *supra*.

<sup>58</sup> Si ricordi il greco *oída*, usato per indicare ciò che «so» ma, letteralmente, riferito a ciò che «ho visto». Cfr. F. MONTANARI, *Gl. Vocabolario della lingua greca*, cit., ad *vocem*.

<sup>59</sup> Alludo alle note vicende del mito narrate nell'*Edipo Re*. Cfr. solo C. CALAME, *Vision, Blindness, and Mask: The Radicalization of the Emotions in Sophocles' Oedipus Rex*, in M.S. SILK (a cura di), *Tragedy and the Tragic*, cit., pp. 17 ss.

importanza ricopre nell'*Antigone*, per intenderci<sup>60</sup>, e che a suo tempo aveva colpito lo stesso Edipo.

Il quale però, proprio alla luce di una rinnovata “visione” delle cose, riconsidera ora anche la portata della propria colpevolezza, suggerendo l’idea che, in gran parte, le sventure della sua vita siano state dovute al destino o alle circostanze. Ma, ciononostante, continua ad accettarle, perché, come lo stesso precisa ad Ismene quando questa gli annuncia che i contendenti il trono di Tebe sono in arrivo per chiedere il suo aiuto, convinti che da quello dipenderanno le loro sorti, «[v]ano è risolle- vare da vecchio chi da giovane cadde»<sup>61</sup>.

Anzi: il confronto con Polinice e con Creonte che pure, in un primo momento, Edipo vorrebbe rifiutare, appare infine per il protagonista come l’ultima disgrazia, necessaria e ciò non di meno di importanza ben marginale nella complessiva economia di un’esistenza, cui sottoporsi prima ed in vista di una morte tranquilla:

E ora mandino pure Creonte a chiamarmi, o qualunque altro cittadino importante: se voi, o stranieri, insieme con queste dee Venerande protettrici del paese vorrete darmi aiuto, procurerete un potente salvatore alla vostra città, e pene ai miei nemici<sup>62</sup>.

E proprio fra gli “stranieri” – come continuamente chiama i Tebani – Edipo incontra un’accoglienza e una serenità non offertagli dalla propria terra (v. 207): «O stranieri, io non ho patria [*apóptolis*]

Questo breve verso fa evidentemente da eco a un altro famoso passaggio dell'*Antigone* (vv. 370 ss., a conclusione del celebre primo stasimo):

---

<sup>60</sup> Insiste sulla rilevanza dell’*áte* nella precedente tragedia J. LACAN, *Il seminario. Libro VII. L’etica della psicoanalisi (1959-1960)*, Torino, 1994, rinvenendo in tale concetto «il limite che la vita umana non può troppo a lungo oltrepassare» (*ivi*, p. 332). Cfr. A. LUCCHETTI, *L’Antigone di Lacan: il limite del desiderio*, in P. MONTANI (a cura di), *Antigone e la filosofia*, cit., pp. 245 ss. Sul tema della cecità nell’*Edipo a Colono*, cfr. E.A. BERNIDAKI-ALDOUS, *Blindness in a Culture of Light. Especially the Case of Oedipus at Colonus of Sophocles*, New York, 1990.

<sup>61</sup> V. 385.

<sup>62</sup> Vv. 455 ss.

[...] ma senza patria [*apolis*] è colui  
 che per temerità si congiunge al male:  
 non abiti il mio focolare  
 né pensi come me  
 chi agisce così<sup>63</sup>.

Ancora una volta quindi, anche qui, una svolta, un cambio di prospettiva e una relativizzazione: se nella tragedia precedente erano infatti le male opere a determinare, come conseguenza gravissima, l'assenza di una patria<sup>64</sup> – l'assenza di una patria morale, ma anche l'eventuale espulsione dalla terra patria in senso materiale, proprio come accaduto ad Edipo – nella nuova il vagare ramingo è quasi preconditione per la ricerca di una vera patria, da rinvenirsi non più in una fazione o in una "parte" politica o cittadina, ma in una dimensione "altra".

E con questa dimensione Edipo si ricongiunge alla fine delle sue ultime pene, nella morte che incontra alla sola presenza di Teseo e che viene narrata dal canonico personaggio del messaggero (*l'ággellos*) in un passaggio dall'impressionante efficacia narrativa:

Come ci fummo allontanati, poco dopo ci voltammo e vedemmo che lui non c'era più, da nessuna parte, e che il re, solo, teneva una mano davanti al volto, coprendosi gli occhi, come se fosse apparso qualche terribile prodigio, insostenibile a vedersi. Ma poco tempo dopo, lo vediamo prostrarsi, adorando insieme la Terra e l'Olimpo degli dèi nella stessa preghiera [*lógos*]. E in che modo sia morto, non potrebbe dirlo nessuno dei mortali, tranne Teseo; poiché non lo finì un fiammeggiante fulmine del dio, né una procella levatasi dal mare in quel momento, ma una guida venuta da parte degli dèi, oppure l'abisso sotterraneo senza luce, a lui spalancandosi benigno. Egli infatti se ne andò senza gemiti e senza dolori di malattia, degno di meraviglia se mai altro mortale. E se pare che io non ragioni, non so come persuadere quelli a cui sembra non ragionare<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Vv. 370 ss. dell'*Antigone*.

<sup>64</sup> Per uno studio sul punto cfr. G. BONA, *Hypsipolis e apolis nel primo stasimo dell'Antigone*, in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, vol. 99 (1971), fasc. 2, pp. 129 ss.

<sup>65</sup> Vv. 1647 ss. dell'*Edipo a Colono*.

### 9. *Trascendere il conflitto: un 'reframing'*

Questo passaggio ci offre, anche se solo per allusioni, come nella natura di un testo letterario, spunti straordinari per una riflessione d'insieme sulla tragedia e sulla reinterpretazione che, con essa, Sofocle ci presenta dell'*Antigone*, quanto meno per ciò che attiene ai profili oggetto della nostra analisi.

Da quanto sin qui detto, risulta invero abbastanza evidente che nell'*Edipo a Colono* non vengono dati elementi di particolare interesse volti, in qualche modo, a chiarire le ragioni – o la fondatezza delle ragioni – di Antigone e di Creonte o a far luce, nel merito, sul conflitto che li divide nell'altra opera: non si torna, per dirlo altrimenti, sulla legittimità del potere né su quella della sepoltura di un personaggio che, peraltro, Edipo stesso qui maledice. Ciò che si presenta è, piuttosto, una riflessione sul senso e sull'*an* di quel conflitto.

In questa prospettiva, molto chiara è la riduzione, già evidenziata, delle figure di Creonte e Polinice a personaggi che sostengono posizioni del tutto semplicistiche: personaggi, quindi, incredibilmente ridimensionati rispetto a quelli, presentati nell'*Antigone*, del sovrano che dialoga e si scontra con tutti e del generale la cui morte e mancata sepoltura ha determinato lo stesso conflitto.

Proprio per questo, però, l'*Edipo a Colono* e, nello specifico, la figura di Edipo sembrano prospettare una svolta nel percorso dialettico centrale e dirompente, attraverso l'uso di un argomento allo stesso tempo debolissimo e fortissimo.

“Non vi state ponendo il problema giusto”: questo sembra dire il protagonista ai suoi interlocutori e, indirettamente, ai protagonisti dell'*Antigone*.

È, in fin dei conti, un passaggio che consiste in una rottura degli schemi: in un'uscita dai paradigmi o, meglio, dallo stesso conflitto fra paradigmi, trascendendolo. Per dirla con un lessico differente: un pensare *out of the box* grazie a una delicata operazione di *reframing*, quella strategia concettualmente discendente da quella del *framing* (formulazione della “cornice”) e che consiste, precisamente, nella riformulazio-

ne, a monte, della cornice concettuale entro la quale l'argomentazione e il confronto dialettico si muovono<sup>66</sup>.

Un'ascesa a un argomento del tutto, quindi, o se si vuole, pur scontando la forzatura di un anacronismo, a un argomento "del confessore" – per cui ciò che conta è solo la pace eterna – se non addirittura "dello psicologo": mi sono flagellato da solo, pare sostenere Edipo, e vedendo i miei figli persi in uno scontro inutile all'inseguimento del potere mi sembra quasi che stiano facendo lo stesso, cadendo in un abisso di oscurità che si risolverà in una pena autoinflitta.

E, in questo senso, il passaggio che narra la morte di Edipo e che sopra si è richiamato pare mostrare davvero significati e implicazioni tali da consentire di trarre le fila dell'intera tragedia. A partire dalla "proscinesi" di Teseo, prostrato ad adorare «insieme la Terra e l'Olimpo degli dèi nella stessa preghiera».

Sappiamo che l'opposizione fra terra e cielo (fra divinità della prima – come le Erinni – e del secondo – gli dèi olimpici) è tema ricorrente della tragedia greca. La stessa *Antigone* offre, in fin dei conti e fra l'altro, questa stessa opposizione: e non è certo casuale ma, al contrario, particolarmente significativo che la scena cui Teseo qui assiste sia definita come «qualcosa di *deinós*»<sup>67</sup> – la stessa parola cardine del celebre primo stasimo dell'altra tragedia: molte le cose mirabili, ma nulla più dell'uomo...<sup>68</sup>.

Parimenti, sappiamo che, come elemento del tragico, questa polarità è da far risalire alle origini stesse della tragedia, all'incontro fra la cul-

---

<sup>66</sup> Il *reframing* è stato definito come «tecnica consistente nel ricontestualizzare o ridefinire in modo favorevole alla tesi che si vuole sostenere un evento o un fatto. La tecnica, di tipo retorico, consiste in un cambiamento di prospettiva» (A. GILARDONI, *Logica e argomentazione. Un prontuario*, Milano-Udine, 2008<sup>3</sup>, p. 468). In anni relativamente recenti tale tecnica ha assunto una propria autonoma centralità negli studi di argomentazione giuridica: cfr. S. GRECO, *Framing and reframing in dispute mediation*, in M. DANESI, S. GRECO (a cura di), *Case studies in discourse analysis*, Munich, 2016, pp. 353 ss.; E. RIGOTTI, S. GRECO, *Inference in Argumentation. A Topics-Based Approach to Argument Schemes*, Berlin, 2019, p. 271 ss.

<sup>67</sup> V. 1651.

<sup>68</sup> Vv. 332 ss. dell'*Antigone*. Cfr. *supra*, nota 16.

tura arcaica c.d. mediterranea e quella c.d. indoeuropea: fra dionisiaco e apollineo, insomma<sup>69</sup>.

E il punto di incontro che consente, o potrebbe consentire, di superare il tragico senso di «pietà e terrore»<sup>70</sup> che sorge da questo conflitto sta, appunto, nella sintesi e superamento – nell’*Aufhebung*, verrebbe da dire con lessico hegeliano<sup>71</sup> – dei due poli della dicotomia, dinanzi ai quali Edipo si inchina in una sola “parola di ragione” (*lógos*, questo il termine greco che la traduzione riportata rende come «preghiera»)<sup>72</sup>.

E difatti, sempre in questo ricondurre a unità e trascendere le dicotomie, a portar via Edipo è stata «una guida venuta da parte degli dèi, oppure l’abisso sotterraneo senza luce, a lui spalancandosi benigno»<sup>73</sup>. In parallelo, peraltro, con i versi immediatamente precedenti<sup>74</sup>, nei quali si indica invece ciò che potrebbe portar via chi, a differenza dell’eroe, non è in pace con il cielo («un fiammeggiante fulmine del dio») o con le forze della natura («una procella levatasi dal mare in quel momento»).

Sino alla conclusione: «se pare che io non ragioni», dice il messaggero, «non so come persuadere quelli a cui sembro non ragionare»<sup>75</sup>.

Il passaggio è fondamentale: pare infatti voler sottolineare come l’atteggiamento – l’argomento – cardine di Edipo non sia una rinuncia

<sup>69</sup> Mi riferisco alla celebre opposizione paradigmatica individuata da F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, cit. Sull’incontro fra cultura mediterranea ed indoeuropea come momento cruciale e originario dello sviluppo della cultura greca come successivamente affermatasi, cfr. R. PETTAZZONI, *Introduzione alla storia della religione greca*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 23, 1951-1952, pp. 20 ss.

<sup>70</sup> Cfr. *supra*, nota 11.

<sup>71</sup> Vedi solo G.W.F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik* (1831), trad. it. *Scienza della logica*, 2 voll., Roma-Bari, 2004, p. 101. Su cui cfr. C. MENGHI, *La negazione normativa. Aufhebung e Auflosung nella Scienza della logica di Hegel*, Torino, 1997.

<sup>72</sup> Sappiamo infatti che, in greco, *lógos* è il discorso “razionale”, mentre il discorso come racconto è la *rhêsis* e la preghiera a rigore è *euché* o *proseuché* (cfr. ad es. F. MONTANARI, *Gl. Vocabolario della lingua greca*, cit., *ad voces*).

<sup>73</sup> Vv. 1661 s.

<sup>74</sup> Vv. 1658 ss.

<sup>75</sup> Cit. *supra*.

*tout court* al dialogo, né un invito alla chiusura in una “torre d’avorio”. Ma al contrario, ancora una volta, solo un invito alla *phrónesis*<sup>76</sup>.

Alla “vera” *phrónesis*, però. Perché anche questo concetto viene qui ricontestualizzato e assoggettato a un *reframing* rispetto alla ragionevolezza volta alla conciliazione che contraddistingueva Emone nella (terza interpretazione della) precedente tragedia. Ora, difatti, è ciò che a prima vista sembra più irragionevole – la misteriosa scomparsa di Edipo – a costituire l’apice stesso della ragionevolezza più autentica. Tale non solo, appunto, da conciliare gli opposti, ma da riflettere sul senso di esistere della stessa opposizione, sino a superarlo. E sino all’esito ultimo – per lanciare una provocazione – di rendere forse l’*Edipo a Colono* solo formalmente, ma non materialmente una tragedia, se è vero che la morte finale dell’eroe è sì presente, ma tutt’altro che catastrofica.

#### 10. Per un ultimo sguardo d’insieme

Sulla scorta di queste suggestioni si può provare ad abbozzare una conclusione.

Abbastanza evidente è come, nell’*Edipo a Colono*, lo scontro tragico fra “ragioni” che dominava nell’*Antigone* risulti significativamente diluito. I medesimi personaggi, così ampiamente caratterizzati nella prima tragedia, si riducono qui, per lo più, a soggetti privi di spessore e quasi a macchiette di contorno, che interagiscono fra di loro e con il protagonista senza però lasciare solchi profondi.

Al contrario, l’unica figura che, su questo sfondo, emerge e si staglia con forza è quella del protagonista. Questi, tuttavia, non suscita interesse come polo di un conflitto tragico: per quanto non manchi di essere coinvolto in momenti dialogici e dialettici, difatti, non è in questi, o quantomeno non nei conflitti che vi si inscenano, che si riconosce quell’esperienza di pietà e terrore da cui la tragedia mira, aristotelicamente, a purificare. La grandezza del momento letterario pare viverci, piuttosto, nell’unità che la figura di Edipo dà alla narrazione e all’intero mo-

---

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, nota 14.

vimento concettuale della rappresentazione, grazie a quella che si è ritenuto di poter definire una svolta argomentativa.

Una riconcettualizzazione, un *reframing*, si è detto, che si concentra sulla stessa ragione di esistere dell'opposizione, trascendendola in un passaggio dal *deinòs* dell'*Antigone*, l'uomo paradigma di tutti i conflitti che solo nella *phronesis* può trovare una misura, al *denòn* di una scena di unione di terra e cielo, che supera le contrapposizioni e illumina di un nuovo significato quella stessa ragionevolezza.

Le suggestioni e gli spunti che da qui si diramano sono evidentemente molteplici e potrebbero senz'altro preludere a maggiori approfondimenti. Tuttavia, per limitarci allo scopo specifico di questo lavoro, può forse essere sufficiente quanto si è detto a confermare che, pur trattandosi di un'opera meno "frequentata" rispetto all'*Antigone*, se non altro nell'ambito degli studi giuridici, l'*Edipo a Colono* costituisce, anch'esso, una (ri)lettura molto promettente.

In questo senso, l'auspicio è che l'analisi che qui si è svolta possa contribuire a sollecitare l'attenzione delle ricerche nel nostro campo di indagine su un testo ancora tutto da riscoprire, tanto per le prospettive di analisi che offre autonomamente quanto in vista delle inesauribili rivisitazioni dell'altra, più commentata tragedia.

### *Bibliografia*

- AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001
- ANDRONICO A., GRECO T., MACIOCE F. (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019
- ANDRONICO A., *Sulla dismisura. Una lettura dell'Antigone di Sofocle*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XVIII, 2018/2, pp. 155 ss.
- ANOUILH J., *Antigone*, in M.G. CIANI (a cura di), *Sofocle, Anouilh, Brecht. Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, 2000
- ARISTOTELE, *Retorica*, introduzione di F. Montanari, testo critico, traduzione e note di M. Dorati, Milano, 1996
- BELARDINELLI A.M., GRECO G. (a cura di), *Antigone e le Antigoni. Storia, forme, fortuna di un mito*, Atti del Convegno internazionale, Roma, 13, 25-26 maggio 2009, Firenze, 2010

- BENEDICT R., *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture* (1946), trad. it. *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, prefazione di I. Buruma, trad. di M. Lavaggi, F. Mazzone e M. Renda per la prefazione, Bari, 2015
- BERNIDAKI-ALDOUS E.A., *Blindness in a Culture of Light. Especially the Case of Oedipus at Colonus of Sophocles*, New York, 1990
- BOMBELLI G., MAZZEI A. (a cura di), *Dike polypoinos: archetipi di giustizia fra tragedia antica e dramma moderno*, Padova, 2004
- BONA G., *Hypsipolis e apolis nel primo stasimo dell'Antigone*, in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, vol. 99 (1971), fasc. 2, pp. 129 ss.
- BRUZZESE L., *Dai Sette contro Tebe di Eschilo all'Antigone di Sofocle: la dualità nel mito dei Labdacidi*, in A.M. BELARDINELLI, G. GRECO (a cura di), *Antigone e le Antigoni. Storia forme fortuna di un mito*, Atti del Convegno internazionale, Roma, 13, 25-26 maggio 2009, Firenze, 2010, pp. 190 ss.
- CALAME C., *Vision, Blindness, and Mask: The Radicalization of the Emotions in Sophocles' Oedipus Rex*, in M.S. SILK (a cura di), *Tragedy and the Tragic. Greek Theatre and Beyond*, Oxford, 1996, pp. 17 ss.
- CANTARELLA E., *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, 2002
- CARTABIA M., VIOLANTE L., *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018
- CAVALLA F., *L'origine e il diritto*, Milano, 2017
- CIANI M.G. (a cura di), *Sofocle, Anouilh, Brecht. Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, 2000
- CIARAMELLI F., *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017
- COLOMBO E., *Note su Hegel e Antigone*, in *ACME. Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Milano*, vol. LIX, fasc. III, 2006, pp. 327 ss.
- CURI U., *Endiadi. Figure della duplicità*, Milano, 2015
- DANESI M., GRECO S. (a cura di), *Case studies in discourse analysis*, Munich, 2016
- DIONIGI I. (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, 2006, pp. 21 ss.
- DODDS E.R., *The Greeks and the Irrational*, trad. it. *I Greci e l'irrazionale*, Milano, 2009
- FARALLI C., GIGLIOTTI V., HERITIER P., MITTICA M.P. (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, 2014

- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. I: Antichità e Medioevo*, Bologna, 1966
- FORNARO S., *Antigone. Storia di un mito*, Roma, 2012
- GAZZOLO T., *Il dovere di Antigone. Le "leggi divine" nella Fenomenologia dello Spirito di Hegel*, in *Jus*, 1 (2017), pp. 11 ss.
- GILARDONI A., *Logica e argomentazione. Un prontuario*, Milano-Udine, 2008<sup>3</sup>
- GRECO S., *Framing and reframing in dispute mediation*, in M. DANESI, S. GRECO (a cura di), *Case studies in discourse analysis*, Munich, 2016, pp. 353 ss.
- HEGEL G.W.F., *Phänomenologie des Geistes* (1807), trad. it. a cura di E. De Negri, Firenze, 1973
- HEGEL G.W.F., *Wissenschaft der Logik* (1831), trad. it. *Scienza della logica*, 2 voll., Roma-Bari, 2004
- HEIDEGGER M., *Einführung in die Metaphysik* (1935), trad. it. *Introduzione alla Metafisica*, a cura di G. Masi, presentazione di G. Vattimo, Milano, 1968
- HERITIER P., *Eстетica giuridica inclusiva vs. positivismo esclusivo. L'immagine nel sistema delle fonti e i nomogrammi*, in C. FARALLI, V. GIGLIOTTI, P. HERITIER, M.P. MITTICA (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, 2014, pp. 55 ss.
- LACAN J., *Il seminario. Libro VII. L'etica della psicoanalisi (1959-1960)*, Torino, 1994
- LUCCHETTI A., *L'Antigone di Lacan: il limite del desiderio*, in P. MONTANI (a cura di), *Antigone e la filosofia*, Roma, 2001, pp. 245 ss.
- MANZIN M., *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014
- MEE E.B., FOLEY H.P., *Antigone on the Contemporary World Stage*, Oxford, 2011
- MENGHI C., *La negazione normativa. Aufhebung e Auflosung nella Scienza della logica di Hegel*, Torino, 1997
- MONTANARI B. (a cura di), *La norma subita*, Torino, 1993
- MONTANARI B., *Ordine e sapienza: la solitudine di Creonte*, in ID. (a cura di), *La norma subita*, Torino, 1993, p. 54
- MONTANARI F., *Gl. Vocabolario della lingua greca*, Torino, 2002<sup>10</sup>
- MONTANI P. (a cura di), *Antigone e la filosofia*, Roma, 2001
- NICOLAI R., *Antigone allo specchio*, in A.M. BELARDINELLI, G. GRECO (a cura di), *Antigone e le Antigoni. Storia, forme, fortuna di un mito*, Atti del Con-

- vegno internazionale, Roma, 13, 25-26 maggio 2009, Firenze, 2010, pp. 182 ss.
- NIETZSCHE F.W., *Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik* (1872), trad. it. *La nascita della tragedia*, Milano, 1977
- NIETZSCHE F.W., *Il dramma musicale greco* (1870), in ID., *La filosofia nell'epoca tragica dei greci e scritti 1870-1873*, Milano, 1991
- PETTAZZONI R., *Introduzione alla storia della religione greca*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 23, 1951-1952, pp. 20 ss.
- PUPPO F., *Giustizia, potere e ordine nell'Antigone di Anouilh*, in G. BOMBELLI, A. MAZZEI (a cura di), *Dike polypoinos: archetipi di giustizia fra tragedia antica e dramma moderno*, Padova, 2004, pp. 125 ss.
- PUPPO F., *Law, Authority and Freedom in Sophocle's Antigone*, in *Epistemology and ontology: IVR-Symposium Lund 2003, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 108, 2005, pp. 127 ss.
- RIGOTTI E., GRECO S., *Inference in Argumentation. A Topics-Based Approach to Argument Schemes*, Berlin, 2019
- RIPEPE E., *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, pp. 677 ss.
- SEGAL CH., *L'uditore e lo spettatore*, in J.-P. VERNANT (a cura di), *L'uomo greco*, Roma-Bari, 2003<sup>5</sup>, pp. 187 ss.
- SILK M.S. (a cura di), *Tragedy and the Tragic. Greek Theatre and Beyond*, Oxford, 1996
- SOFOCLE, *Edipo re. Edipo a Colono. Antigone*, a cura di D. del Corno, trad. di R. Cantarella, Milano, 1991
- STEINER G., *Antigones*, Oxford, 1984, trad. it. di N. Marini, *Le Antigoni*, Milano, 2003
- STOLFI E., *Dualità nomiche*, in *Dike*, 17, 2014
- UGOLINI G., *L'immagine di Atene e Tebe nell'"Edipo a Colono" di Sofocle*, in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica*, 60, 3, 1998, pp. 35 ss.
- VERNANT J.-P. (a cura di), *L'uomo greco*, Roma-Bari, 2003<sup>5</sup>
- VERNANT J.-P., VIDAL-NAQUET P., *Mythe et tragédie deux*, Paris, 1986, trad. it. *Mito e tragedia due*, Torino, 2001
- VERNANT J.-P., VIDAL-NAQUET P., *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, 1972, trad. it. *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, Torino, 1976
- VINCI P., *L'Antigone di Hegel. Alle origini tragiche della soggettività*, in P. MONTANI (a cura di), *Antigone e la filosofia*, Roma, 2001, pp. 31 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, 2006, pp. 21 ss.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008

# TEMPI DEL PROCESSO E RETORICA COLPEVOLISTA DELLA GIUSTIZIA MEDIATICA

*Dorella Quarto*

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Verità e giustizia: premesse definitorie. 2.1. Gli effetti del passaggio dal rito inquisitorio al modello accusatorio. 3. Giustizia penale e informazione. 3.1. I principi costituzionali coinvolti e gli interessi in conflitto. 4. Tempi del processo e tempi dei media. 5. Le suggestioni e la retorica colpevolista della giustizia mediatica.*

## *Abstract*

This paper analyzes the issue of the relationship between truth and justice; in particular, the conflict between criminal justice and the vision offered by the mass media.

Generally, the freedom of expression of thought contains within itself, logically and inevitably, the freedom of reporting and the freedom to inform people about the judicial activity.

More and more often the mass media exert strong pressure on the decisions of the criminal judge. In the past, it was customary to comment on the results of the processes already carried out; now, despite the presumption of innocence, the trial was carried out on TV. Journalists need to make some scoops but, in this way, the risk of distortion of procedural truth is considerable.

What has been said does not constitute the rule but refers to a limited facet of the phenomenon, to the pathological part of the same.

So, it is therefore necessary to analyze the relationship between the times of the criminal trial and the times of journalism, without to forget that judicial information must be balanced with the rights recognized to the trial parties, especially to the accused person.

## 1. Introduzione

L'inusitato clamore mediatico del delitto Kercher “non ha certamente giovato alla ricerca della verità, provocando un'improvvisa accelerazione delle indagini nella spasmodica ricerca di colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale”: è quanto si legge nella motivazione di Cass. pen., Sez. V, 27.3.2015, n. 36080, sentenza resa nel giudizio sul c.d. “delitto di Perugia”.

Si coglie, in tutta la sua evidenza, la tensione tra il diritto all'informazione sul processo (che è cosa diversa dal “processo mediatico”) ed il rischio di distorsione del procedimento di *jus dicere* demandato al giudice.

Sempre più spesso si assiste ad un fenomeno di forte pressione dei *mass-media* sulla decisione del giudice penale; una vera e propria “retorica colpevolista” della giustizia mediatica. Si è passati dalla critica sul processo già celebrato, all'anticipazione del processo attraverso veri e propri giudizi di colpevolezza “in diretta” in spregio alla presunzione di non colpevolezza.

La complessiva “lentezza” del processo non risulta compatibile con l'obiettivo primario del giornalista, mosso dall'impellente bisogno di divulgare tutto e subito, di “bucare la notizia”, di consegnare all'opinione pubblica il colpevole (o un colpevole).

Il rischio è quello di confondere la “giustizia reale” con la “giustizia percepita”, con una verità mediatica che sopravanza quella processuale. Appare opportuno uno studio sulle modalità attraverso le quali la verità si manifesta nel processo e sui naturali limiti che incontra nel manifestarsi. Imprescindibile risulta, al riguardo, l'analisi del rapporto tra “tempi del processo” (talvolta “irragionevoli”, nonostante l'art. 111 Cost.) e “tempi dell'informazione sul processo”.

## 2. Verità e giustizia: premesse definitorie

L'affermazione secondo la quale l'accertamento della verità dei fatti è una condizione necessaria per il raggiungimento della giustizia della decisione richiede alcune precisazioni.

Affrontare il tema del rapporto tra processo penale e verità significa condurre uno studio sulle modalità attraverso le quali la verità si manifesta all'interno del processo e dei limiti, di ordine naturalistico e procedurale, che la ricerca della verità incontra nel processo penale.

Non esiste una sola concezione di verità, così come non c'è una sola accezione di giustizia.

Anzitutto, quando si parla di “verità dei fatti di causa” si sta usando un'espressione omnicomprensiva, la cui portata va chiarita. I fatti non entrano nel processo nella loro realtà materiale, ma vengono filtrati attraverso le prove raccolte, attraverso il racconto delle parti processuali; non ha senso parlare della verità o falsità di un evento: esso è accaduto o non è accaduto, in sé non è né vero né falso<sup>1</sup>.

Il problema diventa allora quello di stabilire che cosa si intende per verità di un fatto. Sul punto possono richiamarsi tre concetti di verità: la “verità materiale o storica”, la “verità processuale” e la “verità mediatica”<sup>2</sup>.

Il pieno accertamento della verità storica rappresenta “l'utopia del processo penale”<sup>3</sup>: sarebbe perfetto il processo in grado di fornire un risultato cognitivo pienamente coincidente con il reale svolgimento dei fatti. In realtà, questo non accade quasi mai; pertanto, in un'ottica di parziale compromesso, si tende ad indicare con il termine “verità processuale” l'insieme delle risultanze probatorie raccolte all'esito del processo penale<sup>4</sup>. La verità processuale, così come consacrata nella motivazione

---

<sup>1</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, n. 4, p. 1305.

<sup>2</sup> In questi termini N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, Mass media e opinione pubblica*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 568 ss.

<sup>3</sup> Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 2; EAD., voce “*Verità processuale*”, in G. SPANGHER (a cura di), *Dizionario sistematico di procedura penale*, Milano, 2008, p. 427.

<sup>4</sup> Sul rapporto tra verità storica e verità processuale e sulla relazione tra prova, verità e giudizio cfr., tra gli altri, A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, p. 11 ss.; P. FERRUA, *Il Giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2007, p. 315 ss.; A.A. SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, p. 1 ss.; G. UBENIS, *Sistema di Procedura Penale, Principi generali*, vol. I, II ed., Torino, 2007, p. 43 ss.

della sentenza quale risultato della celebrazione del processo, viene accettata dalla collettività come fosse l'unica verità.

Ed allora, quasi con rassegnazione, si accetta che il processo prenda il posto della verità<sup>5</sup>. Se il processo non giunge a verità, ovvero non riesce a giungervi, possono crearsi nel corso del procedimento delle verità incidentali; su tutte la verità "anticipata" così come cristallizzata nel provvedimento di applicazione di una misura cautelare. Il vincolo cautelare è in grado di trasformare l'evanescente verità processuale in una verità vivida, seppur cagionevole e provvisoria, in quanto fondata su un accertamento parziale dei fatti.

Secondo diversa teorizzazione è possibile creare un'ulteriore classificazione: la verità "nel" processo e la verità "del" processo<sup>6</sup>.

La verità del processo è la verità della sentenza irrevocabile; la verità nel processo penale, inteso in senso lato, comprensivo anche della fase procedimentale, è la verità delle prove e dei corrispondenti atti di indagine, della testimonianza e delle sommarie informazioni.

Accanto a questi concetti tradizionali, è altresì necessario misurarsi con un terzo concetto di verità, la "verità mediatica"<sup>7</sup>, che emerge dagli

<sup>5</sup> In tal senso, V.B. MUSCATIELLO, *Il processo senza verità*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 87 ss.: "Il processo penale cerca ancora la verità? La verità si trasforma: il processo accerta non che il reo sia colpevole o innocente, ma si interroga sulla funzione della verità, sull'interesse alla verità, sulla opportunità di proseguire in un cammino oltre il quale la verità, quand'anche ritrovata, potrebbe non interessare più. Una sentenza a distanza di tempo, un postulato della verità, quale l'applicazione di una sanzione, rinviato a distanza di anni, un mutamento delle condizioni oggettive e soggettive dell'ambiente al cui interno è maturata l'iniziale spinta alla ricerca processuale, potrebbe sollecitare una riflessione avversa al processo e alla verità".

<sup>6</sup> Sul concetto di verità giudiziale, cfr., tra gli altri, P. RIVELLO, *Verità e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1233, G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in ID. (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 11 ss.; G. LOSAPPIO, *La verità vera del giudizio tra verità nel e del processo. Frammenti di riflessione*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 77.

<sup>7</sup> Sul punto V.B. MUSCATIELLO, *Il processo senza verità*, cit., p. 98, afferma che "il nuovo valore si fonda sulla selezione del consenso attraverso il processo il quale conosce e sperimenta passaggi intermedi, funzionali non alla migliore ricerca della verità, ma alla più estesa ricerca del consenso sociale per via di una verità mediatica spesso alternativa a quella processuale (...) Lo spettacolo del processo si apre al pubblico e richiama una

organi di informazione interessati, sempre più spesso, alle vicende processuali penali: una “verità”, quest’ultima, inevitabilmente condizionata dalla velocità di circolazione delle informazioni. Tramite i *media*, la verità cautelare, quella verità anticipata e cagionevole cui si faceva riferimento, diventa la “vera verità”, l’unica capace di fare notizia.

“La giustizia non è giustizia se non si adagia sulla verità vera”; con queste parole Francesco Carrara<sup>8</sup> offre l’occasione per analizzare la seconda delle due polarità sulle quali poggia l’analisi del processo in chiave mediatica: il concetto di giustizia. Così come possono rintracciarsi più verità, analogamente, il concetto di giustizia può costituire oggetto di analisi sotto diverse prospettive.

La massima aspirazione per un sistema giudiziario perfetto (forse utopico) sarebbe il raggiungimento del binomio giustizia giusta-verità vera. Ma, così come il concetto di verità rappresenta solo un’aspirazione cui tendere nell’amministrazione della giustizia, allo stesso modo, il concetto di giustizia presenta una natura multiforme e non sempre è possibile raggiungere la “giustizia giusta”. Avremo una giustizia reale ove le risultanze processuali siano in grado di condurre verso un pieno accertamento della “verità vera”; in questo caso giustizia e verità coincidono. Più spesso, dal processo discende una nuova verità, un’alternativa versione dei fatti frutto del compromesso tra le verità via via esposte dalle parti del processo; ne discende una giustizia processuale cristallizzata nel dispositivo pronunciato dal giudice all’esito del processo.

Il processo, non può dimenticarsi, è un fatto umano; come tale, soffre delle inevitabili personalizzazioni; pertanto, in chiave soggettivizzante, avremo una “giustizia percepita”. Ogni parte coinvolta nel processo ricaverà dalla lettura della sentenza una propria percezione di giustizia.

Ed allora, l’imputato assolto (perché innocente) vedrà nella sentenza di proscioglimento la cristallizzazione della giustizia vera; per la persona offesa, convinta della colpevolezza dell’imputato, quello stesso dispositivo rappresenterà una mera giustizia processuale, ingiusta, frutto di un processo che non ha saputo svelare la vera verità.

---

dimensione plateale che accompagna le scansioni procedurali ben prima di quella finale affermazione decisionale”.

<sup>8</sup> F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa*, edizione a cura di C. Cadoppi, Bologna, 2007, p. 365.

Come già anticipato, il modello accusatorio ha aperto al pubblico le porte del processo. Dalla Carta Costituzionale è desumibile una generale esigenza di pubblicità delle vicende giudiziarie, da valutare soprattutto in contrapposizione al regime di segretezza presente nelle dinamiche tipiche dell'*Ancien régime*. In particolare, il principio di pubblicità è immanente nella disposizione dell'art. 101, comma 1, Cost. nella parte in cui, affermando che la giustizia deve essere amministrata in nome del popolo, di fatto si prescrive che la stessa collettività venga posta nelle condizioni di conoscere le modalità di esercizio del potere giudiziario.

Ed è così che, inevitabilmente, ogni spettatore esterno al processo ricostruisce la propria verità mediatica, frutto della pubblicizzazione delle vicende giudiziarie altrui. La verità giornalistica è una verità filtrata: spettatore della vicenda non è più solo il reo; il raggio di azione si allarga fino a ricomprendere la comunità mediatica, portatrice della propria "giustizia mediatica". Lo sguardo del pubblico non serve a certificare un'ingiustizia ma, al più, a comporre l'affermazione di giustizia.

### *2.1. Gli effetti del passaggio dal rito inquisitorio al modello accusatorio*

Il processo penale viene spesso concepito quale strumento etico volto a conseguire la verità. Varie possono essere le relazioni che legano lo Stato e l'individuo, secondo interazioni più o meno simmetriche. Lo studio di queste interazioni passa, inevitabilmente, dall'analisi dell'amministrazione della giustizia penale; un sistema potrà dirsi più o meno garantista a seconda del grado di partecipazione che assicura alle parti del processo.

Secondo un'ottica autoritaria, l'obiettivo sarà realizzato senza la collaborazione degli interessati, lasciando lavorare (indisturbati) solo gli esperti della materia; all'opposto, ove risulti preminente la tutela della libertà individuale, l'amministrazione della giustizia penale si orienterà verso modelli di accertamento partecipati e trasparenti<sup>9</sup>.

Le menzionate prospettive riflettono, in grandi linee, i due sistemi processuali inquisitorio ed accusatorio. Nei sistemi della prima specie,

---

<sup>9</sup> Sul tema della funzione del processo e dei modelli giudiziari v. A. SCALFATI, *Principi*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, III ed., Torino, 2018, p. 5 ss.

mossi da una finalità eminentemente repressiva e generalpreventiva, spiccano certamente il carattere della segretezza e della presunzione di colpevolezza, con conseguente marginalità della difesa. L'istruttoria si svolge senza il coinvolgimento delle parti processuali, le dinamiche probatorie non prevedono alcuna collaborazione da parte dell'imputato, essendo i risultati probatori preconfezionati dall'autorità giudiziaria<sup>10</sup>. L'imputato, privo di autonomi poteri investigativi, è così costretto a fornire le prove della sua innocenza, scontrandosi con un impianto accusatorio già cristallizzato, posto a fondamento della presunta colpevolezza.

Aspetti paradigmatici del modello accusatorio sono essenzialmente l'oralità, il principio della parità dialettica tra le parti con conseguente valorizzazione del diritto di difesa, la netta distinzione tra le parti ed il giudice e, infine, la presunzione di non colpevolezza. Il materiale istruttorio viene acquisito con il contributo delle parti poste tra loro in una posizione di sostanziale parità dialettica. Trattasi di un modello processuale che, attribuendo centralità alle parti, rifiuta l'idea che un organo giurisdizionale possa agire indisturbato e in solitaria nella ricerca della verità. Il contributo dei soggetti coinvolti sarà imprescindibile, altresì postulando una netta distinzione di ruoli tra parti e giudice. Quest'ultimo, secondo il principio di presunzione di non colpevolezza e, più in generale, nell'ottica della tutela dei diritti individuali, assume la funzione di controllore della conformità dell'operato delle parti. L'analisi dei modelli di giurisdizione penale porta con sé due quesiti: la verità è meglio accertata quanto più ampi sono i poteri attribuiti al soggetto inquirente? La verità, per formarsi, ha bisogno del confronto tra le posizioni dell'accusa e della difesa?

---

<sup>10</sup> Il magistrato istruttore gestisce la libertà dell'imputato e raccoglie le prove; all'esito di una preliminare valutazione, ove non ritenga di archiviare il procedimento, allestisce un *dossier* d'accusa destinato ai magistrati addetti alla fase del giudizio. Solo a partire da tale fase è tollerata la presenza della difesa, il cui contributo si riduce alla prospettazione di una lettura alternativa del materiale probatorio preconfezionato. A partire dalle codificazioni ottocentesche affiora, accanto alla figura del giudice istruttore, quella del magistrato del pubblico ministero; tuttavia la distinzione assume carattere meramente formalistico, considerando la sostanziale sovrapposibilità delle funzioni esercitate.

Se la verità storica è irraggiungibile, le altre forme di verità si avvieranno nello svolgimento del processo, manifestandosi in tutta la loro instabilità.

Il carattere essenziale del processo penale consiste nella verifica o falsificazione empirica di un'ipotesi accusatoria, con conseguente pronuncia di condanna o assoluzione; quella cristallizzata nel dispositivo dovrebbe essere la verità ottenuta all'esito del giudizio di accertamento. Tuttavia, il passaggio dal rito inquisitorio a quello accusatorio ha dato un impulso decisivo nella concezione dicotomica della verità<sup>11</sup>. Nel modello inquisitorio, caratterizzato, come detto, dalla presunzione di colpevolezza, la verità processuale appariva già precostituita; l'unico ruolo assegnato alla difesa era quello di contrastare criticamente gli accertamenti già effettuati dall'accusa.

La dialettica tra accusa e difesa, la parità delle armi anche in tema di investigazioni e la terzietà del giudice, quali caratteri essenziali del modello accusatorio, hanno reso necessario ed attuale il dibattito sui rapporti tra verità ed intervento del difensore nel processo. Alla "verità di Stato" rappresentata nell'impianto accusatorio, si affianca la "verità della difesa".

Un processo penale garantisticamente concepito vive, quindi, nel ragionevole dubbio che l'approdo finale sia ineluttabilmente fallace; la verità si manifesta nel confronto tra le due opposte versioni dei fatti rappresentate dalle parti al giudice.

Vigente il modello inquisitorio, il giudice istruttore, non avendo alcuno a contrastarlo, sembrava capace di raggiungere attraverso il suo operato una sovrapposizione tra verità sostanziale e verità processuale. Il modello garantista, invece, respinge il mito della piena corrispondenza e porta all'affermazione di una verità processuale inevitabilmente approssimativa; la verità processuale è una verità limitata in quanto umanamente accertabile ed umanamente accettabile. L'idea che nella dialettica

---

<sup>11</sup> In argomento, cfr. V. GAROFOLI, *Verità storica e verità processuale: l'improponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 43 ss.

processuale tra le parti si possa giungere ad una verità assoluta e certa rappresenta “un’ingenuità epistemologica”<sup>12</sup>.

La verità assume forme diverse in rapporto alle circostanze in cui si manifesta, agli strumenti processuali di cui si dispone ovvero in base al modello processuale adottato. Tuttavia, la verità è una e tale rimane; le eventuali discrasie che dovessero emergere nel corso del processo (in particolare nel corso dell’istruttoria dibattimentale) sono evenienze processuali cui spetta al giudice rimediare attraverso la decisione resa all’esito dello stesso.

L’attuale codice di rito, per far fronte ai possibili dubbi ingenerabili da un termine “impegnativo” quale è quello di verità, ha preferito limitare entro ambiti ridotti il ricorso a tale nozione, facendo uso della «più asettica espressione “accertamento del fatto”» senza menzionare la ricerca della verità come fine proprio dell’attività probatoria ed in ciò discostandosi dal codice abrogato<sup>13</sup>.

In ottica costituzionale, il processo penale è strumento positivo e mezzo di raggiungimento della verità. Il processo penale ha appunto come «fine primario ed ineludibile [...] quello della ricerca della verità». Il sistema accusatorio ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all’esigenza di ricerca della verità<sup>14</sup>.

Il “certo” ed il “vero” devono coniugarsi nel *decisum*<sup>15</sup> del giudice e, ove dovessero residuare dubbi circa tale corrispondenza, il soggetto imputato dovrà essere mandato assolto. La rivendicazione della “verità

<sup>12</sup> In questi termini, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009, p. 19.

<sup>13</sup> In tal senso v. L.P. COMOGGIO, *Prova e lessico processuale: sospetto, indizio, prova; tema, fonte, oggetto di prova; ammissione, assunzione*, in *La prova penale, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1997, n. 98, p. 325.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Cass. pen.*, 1992, 2022, con nota di F. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*.

<sup>15</sup> Sul punto L. IANDOLO, *La verità processuale comprovata dalla motivazione del Giudice*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 51, la quale evidenzia che “la motivazione, senza dubbio, rappresenta lo strumento che, rivelando il percorso logico-giuridico del giudice, è funzionale al raccordo tra le garanzie fondamentali per l’individuo: la considerazione di non colpevolezza per l’imputato e l’onere della prova a carico del pubblico

vera” è un ammonimento diretto al giudice, affinché questo stia in guardia dall’errore ovvero protegga l’imputato dai rischi e dalle conseguenze da questo derivanti.

### 3. Giustizia penale e informazione

Come già premesso, il principio di pubblicità assume particolare valore con riferimento alle fasi destinate all’acquisizione probatoria e alla pronuncia della sentenza. Dal punto di vista morfologico, la pubblicità è interna o esterna; quest’ultima, a sua volta, può assumere carattere immediato o mediato. La pubblicità interna, più precisamente, rappresenta un’articolazione del diritto di difesa che permette alle parti processuali di conoscere compiutamente il materiale probatorio acquisito, potendo così esercitare i diritti difensivi ad essi inerenti. La pubblicità esterna, quale conoscibilità indiscriminata dello svolgimento del processo, potrà definirsi immediata, quando la collettività acquisisce conoscenza attraverso l’accesso diretto al fenomeno giudiziario (ad es. partecipando alle udienze in veste di spettatore), ovvero mediata, ove filtrata dagli strumenti di informazione<sup>16</sup>.

Ed è a tal proposito che risulta doveroso ricostruire il rapporto tra giustizia penale ed informazione, analizzandone le interazioni, i limiti e le inevitabili distorsioni.

Si tratta di fenomeni complementari, raramente destinati ad un vivere armonico; si presentano quali prerogative spesso in conflitto, capaci di manifestare il contrasto sussistente tra i principi costituzionali di cui rappresentano l’estrinsecazione.

L’informazione giudiziaria, quale forma di manifestazione del pensiero, deve bilanciarsi con la regolare amministrazione della giustizia e con i diritti riconosciuti alle parti del processo, in particolar modo con la tutela accordata all’imputato.

---

ministero; la sequenza dei passaggi pragmatici in cui si articola la motivazione rivela, difatti, sia la misura in cui le suddette garanzie hanno trovato applicazione nel ragionamento del giudice, sia quali percorsi epistemologici egli ha seguito per addivenire a tale decisione”.

<sup>16</sup> Cfr. A. SCALFATI, *Principi*, cit. p. 51.

L'interesse al regolare funzionamento della giustizia trova copertura costituzionale negli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost.<sup>17</sup>.

Il principio della pubblicità mediata, a sua volta, può essere inteso in una duplice accezione. Stando ad una prima analisi del fenomeno, parleremo di “informazione sul processo” riferendoci alla rappresentazione, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, del modo di amministrare la giustizia. Il fenomeno si inquadra nel diritto di cronaca giudiziaria, quale forma di controllo esercitata sugli organi che amministrano la giustizia.

Il principio della pubblicità mediata può però subire un processo di distorsione che la porta fuori dai limiti e dagli schemi di copertura costituzionale; all'informazione sul processo si affianca il c.d. “processo mediatico” ossia il processo celebrato sui mezzi di informazione.

Si fanno così spazio due facce della stessa medaglia: il processo giurisdizionale raccontato dai *media* ed il processo mediatico celebrato dai *media*, parallelo (spesso anteposto) a quello giurisdizionale. Da un lato, il circolo virtuoso del rapporto giustizia-informazione che, in modo trasparente e garantista, racconta la verità delle aule di giustizia; dal lato opposto, un vero e proprio *dark side* che trasforma il circolo virtuoso processo-informazione in un vero e proprio circolo vizioso di violazioni<sup>18</sup>.

Trattandosi di fenomeni umani, l'approccio antropologico è imprescindibile e ci porta, inesorabilmente, verso un quesito: qual è l'origine di questa morbosa attenzione del pubblico verso i processi? Come si spiega la fila di gente dinanzi alla Corte d'Appello di Torino nel corso del processo di Cogne o, ancora, gli strabilianti ascolti di alcuni programmi televisivi come, ad esempio, “Quarto Grado”?

Quel che ogni giorno si vede mettere in scena è una sorta di indagine parallela a quella svolta dalla Polizia Giudiziaria e dagli organi inquirenti, un'anticipazione di quella che sarà la *discovery* processuale.

---

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, II ed., Milano, 1989, p. 35; N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012, p. 10.

<sup>18</sup> La citazione è di L. MARAFIOTI, *Processi penali by media: un circolo vizioso?*, in G. RESTA (a cura di), *Il rapporto tra giustizia e mass media, quali regole per quali soggetti*, Atti del Convegno, Bari - 4 luglio 2008, Napoli, 2010, p. 111 ss.

Collaborativi o inappropriati?

Ciò che è innegabile è il passaggio dalla critica, intesa come rivisitazione di processi già celebrati, alla contestualità degli approfondimenti dei processi in corso, al parallelismo tra informazione e attività investigativa. Prima che il processo possa fornire una definitiva ricostruzione delle vicende oggetto della causa, si anticipano le ricostruzioni dei fatti, le informazioni dei soggetti informati sui fatti<sup>19</sup>.

Tuttavia, è doveroso ricordare che quanto detto si riferisce ad una limitata sfaccettatura del fenomeno, alla parte patologica dello stesso. Intesa nella sua accezione più pura, invece, il rapporto tra informazione giudiziaria ed amministrazione giudiziaria rappresenta una delle massime espressioni del garantismo democratico. La libertà di manifestazione del pensiero contiene in sé, logicamente ed inevitabilmente, la libertà di cronaca, la libertà di rendere edotto il popolo dell'attività giudiziaria esercitata in suo nome<sup>20</sup>.

### 3.1. I principi costituzionali coinvolti e gli interessi in conflitto

Nel nostro paese, da “Tangentopoli” in poi, si è man mano acuita la tensione tra autorità giudiziaria, la quale rivendica la propria primazia nella gestione degli affari di giustizia, i mezzi di informazione, spesso motivati da chiare esigenze commerciali, ed i soggetti a vario titolo coinvolti nelle vicende giudiziarie, alla ricerca della sopracitata giustizia vera.

Sempre più spesso il processo mediatico si scontra con le garanzie del giusto processo e della riservatezza delle parti a vario titolo coinvolte, quali diritti fondamentali ed inviolabili della persona. L'analisi del problema non può prescindere dallo studio del substrato costituzionale del

---

<sup>19</sup> Cfr. G. SPANGHER, “Processo mediatico” e giudici popolari nei giudizi della Corte d'Assise, in *La Corte d'Assise*, 2011, p. 117.

<sup>20</sup> Sul diritto all'informazione, v., tra gli altri, P. BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 424 ss.; C. CHIOLA, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.; A. VALASTRO, *Sub art. 21 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 451 ss.

fenomeno; il contrasto e la tensione si creano perché la Costituzione, nell'enunciazione dei diritti fondamentali dell'uomo, li annovera entrambi; si lascia così all'interprete l'arduo compito di equilibrare l'ago della bilancia.

In primo luogo, il processo penale è il luogo in cui l'intervento della libera informazione riesce a svolgere una funzione correttiva e garantista sulle prevaricazioni del potere politico. Una giustizia segreta è incompatibile con l'ordinamento democratico. Inoltre, la pubblicità mediata sull'attività giudiziaria rappresenta una garanzia per la magistratura stessa, uno strumento di garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità. Il giudice, conscio dell'attenzione che l'opinione pubblica riversa sul proprio operato, si guarderà bene dal cadere vittima di debolezze e condizionamenti.

A riguardo, illuminanti le parole della Corte EDU secondo la quale "l'autorità giudiziaria non può operare nel vuoto, in quanto la stampa ha il diritto-dovere di comunicare informazioni e idee sulle questioni di cui conoscono i tribunali"<sup>21</sup>.

Partendo dalla copertura costituzionale, la libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost., è certamente ricompresa tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost., oltre che tra i principi fondanti dell'ordinamento democratico<sup>22</sup>.

Certamente, nell'ambito del più ampio diritto alla manifestazione di pensiero è possibile ricomprendere il diritto di cronaca e di critica giudiziaria, quali forme dell'attività informativa aventi ad oggetto notizie ed atti afferenti a procedimenti penali.

---

<sup>21</sup> Cfr. Corte EDU, 25 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 193. A commento della decisione, v. R. SAPIENZA, *La libertà di espressione nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: il caso Sunday Times*, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, p. 47 ss.

<sup>22</sup> Sul punto v. V. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Studi di diritto pubblico comparato*, vol. VII, Torino, 1979, p. 1; G. TUCCI, *Processi mediatici, diritti inviolabili e tutela di diritto privato*, in G. RESTA, *op. cit.*, p. 145, il quale afferma che "la norma è fondamentale per l'intero nostro sistema democratico, poiché, attraverso la tutela del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con ogni mezzo, intende garantire il pluralismo dell'informazione e quindi impedire che l'opinione pubblica venga formata in maniera distorta, vanificando di fatto la dinamica del consenso su cui si fonda ogni moderna democrazia".

La libertà di manifestare apertamente il proprio pensiero (seppur non senza limiti) trova ampio riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali. Tra queste certamente si annoverano l'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 10); ancora, l'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York nel 1966. In modo particolare, quest'ultima disposizione offre lo spunto per l'analisi della tensione tra i vari diritti coinvolti nella vicenda di cui si tratta. L'art. 19 del Patto Internazionale, infatti, dopo aver riconosciuto in capo ad ogni individuo il diritto alla libertà di espressione, stabilisce che l'esercizio di tale libertà comporta doveri e responsabilità speciali. Pertanto, tale diritto dovrà essere necessariamente sottoposto a talune tassative restrizioni; su tutte, il rispetto dei diritti o della reputazione altrui, la salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità e della moralità pubblica<sup>23</sup>.

Da quanto premesso è facile desumere che il conflitto e la tensione tra diritti confliggenti è inevitabile: ogni restrizione al diritto di cronaca deve trovare giustificazione nella tutela di altri interessi, di pari rilievo, oggetto di tutela costituzionale.

Per quanto più strettamente connesso al tema oggetto di analisi, un limite all'esercizio della cronaca giudiziaria può ben essere rappresentato dal buon andamento della giustizia. Sul punto la Corte Costituzionale, nella storica pronuncia del 10 marzo 1966, n. 18<sup>24</sup>, ha affermato che

la libertà di manifestazione del pensiero trova un limite in una esigenza fondamentale di giustizia (...) Il medesimo bene della realizzazione della giustizia viene tutelato dalle disposizioni sul segreto istruttorio, anche

---

<sup>23</sup> Cfr. N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione*, cit., p. 3.

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., 10 marzo 1966, n. 18, in *Giur. cost.*, 1966, p. 173, con nota di F. MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte Costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 627 ss.

In senso conforme, nella giurisprudenza europea, cfr. Corte EDU, sez. III, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4790, con nota di L. FILIPPI, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa "watchdog" della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione d'innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 813 ss.

sotto un duplice aspetto: assicurare la serenità e l'indipendenza del giudice, proteggendolo da ogni influenza esterna di stampa che possa pregiudicare l'indirizzo delle indagini e le prime valutazioni delle risultanze; tutelare altresì, nella fase istruttoria, la dignità e la reputazione di tutti coloro che, sotto differenti vesti, partecipano al processo (...) Nei confronti dell'imputato, la divulgazione a mezzo della stampa di notizie frammentarie, ancora incerte perché non controllate, e per lo più lesive dell'onore, può essere considerata in contrasto con il principio, garantito dall'art. 27, comma 2, Cost., della non colpevolezza fino a quando non sia intervenuta sentenza di condanna.

Come si evince dalle sempre attuali parole della Consulta, il primo interesse con il quale il diritto di cronaca entra in conflitto è proprio quello al regolare funzionamento della giustizia. In particolare, il predetto interesse si manifesta principalmente in due differenti esigenze, consistenti nell'interesse al buon esito delle indagini (c.d. efficacia dell'attività investigativa), cui si affianca l'interesse alla corretta formazione del convincimento del giudice in prospettiva dibattimentale. Affermare che il diritto di cronaca giudiziaria sostiene, tutela e controlla l'esercizio della funzione giudiziaria è una proposizione vera, a patto che il pregiudizio per l'attività giudiziaria non trovi la sua fonte proprio nell'attività di cronaca giudiziaria.

Altro diritto fondamentale in conflitto è quello della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, cui si aggiungono le prerogative di riservatezza e tutela dell'onore e della reputazione.

Il diritto alla riservatezza dell'indagato, così come degli altri soggetti a vario titolo coinvolti nel procedimento penale o ad esso collegati in modo occasionale, non trova espresso riconoscimento nella Carta Costituzionale; tuttavia, è ormai pacifico che lo stesso costituisca un diritto inviolabile dell'individuo, tutelato ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>25</sup>. Si ritiene inoltre che il diritto alla riservatezza rappresenti nel nostro ordinamento una prerogativa implicita, un effetto indiretto, del principio del giusto processo.

---

<sup>25</sup> Sul punto si veda Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, p. 354, con nota di G. PUGLIESE, *Diritto all'immagine e libertà di stampa*. Nello specifico, in relazione ai rapporti tra diritto alla riservatezza e processo penale, v., tra gli altri, O. MAZZA, *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1039 ss.

Espresso riconoscimento si rinviene, invece, nelle fonti internazionali<sup>26</sup>. Il diritto alla riservatezza viene così inteso come il giusto interesse di ogni individuo a non restare definitivamente esposto ai danni che la reiterata pubblicazione di una notizia (magari in passato legittimamente pubblicata) arreca al suo onore ed alla sua reputazione. È fatto salvo il caso in cui, per eventi sopravvenuti, il fatto ritorni di attualità e rinasca un nuovo interesse pubblico all'informazione<sup>27</sup>.

Ciononostante, il diritto alla riservatezza stenta ancora oggi a rappresentare un limite cogente al diritto di cronaca, a meno che lo stesso non trovi fortuita coincidenza con le ipotesi tassative di segreto investigativo. Laddove la segretezza dell'atto sia venuta meno sembra sia sempre consentito divulgare informazioni sul contenuto dell'atto.

In relazione al secondo dei menzionati limiti al diritto di cronaca, ci si chiede come possa la libera manifestazione di pensiero minare il diritto dell'imputato a non essere ritenuto colpevole fino a sentenza definitiva. Per rispondere è doverosa una premessa. La giurisprudenza di legittimità, nel tracciare una linea di confine tra i contrapposti interessi, ha individuato i limiti all'esercizio legittimo del diritto di cronaca; tra questi si annoverano il rispetto dei parametri dell'utilità sociale alla diffusione della notizia, della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato.

Pertanto, ragionando in astratto, il principio di non colpevolezza non avrebbe ragione di operare (e scontrarsi) al di fuori del processo quale contesto in cui si esercita la potestà di giudizio e la potestà punitiva; tuttavia, il ruolo svolto dalla "giustizia mediatica" trasforma la libera manifestazione di pensiero e l'informazione sul processo in una vera e propria sanzione atipica<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> I principali riferimenti normativi si rinvergono nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, oltre che nell'art. 8 CEDU. In ossequio a quest'ultima disposizione è stata altresì formulato il principio n. 8 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 10 luglio 2003, n. 13, sulla diffusione di informazioni da parte dei *media* in relazione ai processi penali, richiamando espressamente il diritto alla protezione della vita privata, enunciato nell'art. 8 CEDU.

<sup>27</sup> In tal senso G. TUCCI, *Processi mediatici, diritti inviolabili e tutela di diritto privato*, cit., p. 131.

<sup>28</sup> In questi termini, N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione*, cit., p. 13.

La sanzione si manifesta attraverso la pubblica rappresentazione mediatica della “vergogna” e diventa reputazionale<sup>29</sup>. Ed è così che la notizia, tutelata dall’art. 21 Cost., entra in conflitto con il diritto fondamentale di cui all’art. 27, comma 2, Cost., poiché permette al sistema giornalistico di comminare una pena (seppur atipica) prima che gli organi giudiziari, unici soggetti cui è demandato tale compito, siano addivenuti ad una decisione definitiva ed irrevocabile sul punto.

#### 4. *Tempi del processo e tempi dei media*

Da dove nasce la necessità della giustizia mediatica di anticipare i tempi? La smania di tagliare il traguardo prima che il giudice possa pronunciare il dispositivo “nel nome del popolo italiano”? Se solo si avesse la “pazienza” di attendere, l’attività di informazione sul processo non subirebbe alcuna distorsione.

Preliminarmente, deve chiarirsi che la pressione e l’influenza che i *media* esercitano sul regolare svolgimento del processo non riguardano sono la decisione finale del giudice ma, più a monte, possono generare una inconsueta accelerazione già a partire dalle prime fasi del procedimento penale<sup>30</sup>. Alla lentezza del processo si contrappone la velocità dei mezzi di informazione, la necessità di bucare la notizia.

La velocità del processo mediatico implica, inevitabilmente, la sua sommarietà.

I tempi del processo sono scanditi dalle diverse fasi processuali ed ogni frammento del procedimento è importante per la ricostruzione della verità. Ad indagini approfondite seguirà un dibattito minuzioso; solo l’istruttoria dibattimentale potrà fondare nel giudice quel pieno convincimento idoneo ad assicurare una decisione giusta e ponderata.

---

<sup>29</sup> La citazione è di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice di autodisciplina sui “processi in TV”*, in G. RESTA, *op. cit.*, p. 164.

<sup>30</sup> Sul punto si veda G. GIOSTRA, *L’opinione pubblica in Tribunale e il Tribunale dell’opinione pubblica*, in M.N. MILETTI (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento* (Atti del Convegno - Foggia 5 e 6 maggio 2006), Milano, 2006, p. 528.

Ma l'opinione pubblica "deve" sapere e non è possibile attendere che il processo giunga al termine. Ed allora ci si accontenta della verità disponibile in quel dato momento. Il nuovo processo conterrà così al suo interno tante verità: la verità dell'informazione di garanzia, la verità dell'interrogatorio, la verità dell'intercettazione o della custodia cautelare. Non c'è tempo per attendere la verità processuale né, tantomeno, per auspicare il raggiungimento della verità materiale.

Questo è quanto basta per placare le attese collettive.

Anziché attendere che la giustizia faccia il suo corso, spesso i *media* si sostituiscono nella ricostruzione dei fatti di causa, nell'attività investigativa, nella selezione dei dati (a loro dire rilevanti), sui quali il giudice, poi, dovrebbe fondare la sua decisione.

Inevitabilmente, il baricentro si sposta così sulla fase delle indagini preliminari in quanto il termometro dell'attenzione è caldo solo all'inizio del procedimento. È in questa fase che si registra la maggiore pressione per la soluzione del caso, per la ricerca del colpevole (o di un colpevole quale che sia).

La velocità di trasmissione ha bisogno di un continuo ed incessante aggiornamento; il palinsesto televisivo va reso accattivante ed ipnotico; gli opinionisti (tecnici e non) scalpitano.

E la giustizia, nel frattempo, incapace di assicurare la tanto agognata "ragionevole durata" cosa può fare per tenersi al passo con i tempi del processo mediatico?

In spregio ai principi che caratterizzano ed ispirano il modello accusatorio, in una sorta di cortocircuito, l'accelerazione mediatica crea accelerazione anche nel modo di condurre le indagini. Il processo è "costretto a compiere un passo all'indietro"<sup>31</sup>, per non restare indietro.

Sempre più diffuso è il ricorso all'istituto del fermo di indiziato di reato. È come se gli organi inquirenti fossero tenuti a dimostrare all'opinione pubblica che qualcosa si muove, rassicurando gli spettatori che "il mostro di turno è stato fermato"; per il processo ci sarà tempo.

È come se le indagini dovessero essere al passo con i ritmi dell'informazione e, anzi, la dovessero a volte battere sul tempo per non vedere

---

<sup>31</sup> L'espressione è del giurista M. Nobili, ripresa poi da L. MARAFIOTI, *op. cit.*, p. 114.

vanificato il proprio lavoro; il pericolo è quello di un'anticipata valutazione degli elementi a carico dell'indagato, come se fossero giudizi conclusivi di responsabilità<sup>32</sup>.

Pensiamo al caso dei gemellini di Gravina in Puglia trovati senza vita nel fondo di una cisterna. Da ultimo la Corte d'Appello di Bari ha riconosciuto al padre dei due gemellini, Ciccio e Tore, un risarcimento danni di 65 mila euro, a titolo di ristoro per l'ingiusta detenzione oltre che per il danno morale subito. Ipotizzato in un primo momento un allontanamento volontario dei due bambini, scandagliate numerose piste investigative, i mesi trascorrevano inesorabili senza alcun passo avanti nelle indagini. La pressione dei media sulla vicenda si faceva sempre più incalzante e, così, l'attenzione degli inquirenti si concentrò sul padre dei due bambini, arrestato all'alba con l'accusa di duplice omicidio volontario e occultamento di cadavere. Ritrovati poi casualmente i corpi, si poté accertare che gli stessi fossero accidentalmente caduti nella cisterna, non riuscendo più ad uscirne; sicché il castello accusatorio crollò e quel frettoloso arresto disvelò la fragilità e la leggerezza del tessuto indiziario posto a carico del presunto omicida.

Ed ancora si pensi al caso Meredith Kercher; in apertura del presente scritto sono riportate le parole dure, quasi di monito e rimprovero, mosse dalla Cassazione nei confronti degli organi inquirenti impegnati nelle indagini del "delitto di Perugia". Anche in quell'occasione, senza attendere che gli indizi potessero condensarsi compiutamente tra loro, si operò tramite fermo di soggetti indiziati<sup>33</sup>.

Come si legge nelle motivazioni della sentenza di assoluzione rese dalla Quinta Sezione della Cassazione nel marzo del 2015, il processo per l'uccisione di Meredith Kercher "ha avuto un iter obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono, però, la risultante anche di clamorose *défaillance* o amnesia investigative e di colpevoli omissioni di attività d'indagine". Ad avviso della Corte, se non ci fossero state tali colpevoli omissioni si sarebbe sin da subito consentito di delineare un quadro indiziario, se non di certezza, quanto meno di tranquilla affidabilità nella

<sup>32</sup> Sul punto, diffusamente, L. MARAFIOTI, *op. cit.*, p. 113 ss.

<sup>33</sup> Ricordiamo che in quel caso, il cadavere di Meredith venne ritrovato il giorno 2 novembre 2007 e l'arresto di Amanda Knox, Raffaele Sollecito e Patrick Diya Lumumba venne eseguito in data 6 novembre, poi convalidato dal Gip il successivo 9 novembre.

colpevolezza o diversamente dell'estraneità ai fatti contestati. Si legge inoltre che "L'inusitato clamore mediatico del delitto Kercher" non ha certamente "giovato alla ricerca della verità, provocando un'improvvisa accelerazione delle indagini nella spasmodica ricerca di colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale".

La velocità dell'informazione ha di certo creato una distorsione nel rapporto tra giustizia reale e giustizia percepita. La verità è che nella trattazione mediatica delle vicende giudiziarie si assiste ad una trasformazione e distorsione dello stesso valore degli istituti processuali, sicché "l'informazione di garanzia equivale all'imputazione, l'imputazione alla condanna, la misura cautelare alla pena"<sup>34</sup>. Questo ribaltamento, questa commistione tra le fasi e gli atti processuali è la manifestazione della logica colpevolista che caratterizza la giustizia mediatica; al contempo, rappresenta l'unico modo per bucare la notizia, per sbattere il mostro in prima pagina e tenere gli spettatori incollati ai teleschermi.

##### 5. *Le suggestioni e la retorica colpevolista della giustizia mediatica*

La spettacolarizzazione della realtà processuale può portare alla formazione di un convincimento collettivo talmente radicato che, se la decisione raggiunta dal giudice non dovesse risultare conforme all'idea che lo spettatore aveva maturato in relazione a quel dato evento, ecco che la sentenza sarà percepita come ingiusta ed inattesa.

Ed allora, è infondato il dubbio che la macchina della giustizia possa essere condizionata da tali aspettative? Che possa decidere in un senso

---

<sup>34</sup> Sul punto cfr. G. GIOSTRA, *Disinformazione giudiziaria: cause, effetti e falsi rimedi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 394. Analogamente, L. KALB, *Crisi della giustizia penale e contributo del giurista*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 1, p. 2 afferma che "sono purtroppo numerosi i casi che consentono di evidenziare uno scollamento del singolo istituto processuale, nella sua quotidiana applicazione, dalla *ratio* ispiratrice che ne aveva generato la sua collocazione all'interno del nuovo sistema processuale. Sebbene sia difficile operare una graduatoria in ragione del tipo di degenerazione evidenziato, non può mettersi in dubbio che le alterazioni ed i guasti provocati dalla c.d. giustizia-spettacolo abbiano raggiunto proporzioni tali da rendere insopportabile lo *status quo*".

piuttosto che in un altro solo per dare all'opinione pubblica quello che si aspetta?

È qui che la retorica colpevolista dei *media*, quella che analizza il caso fuori dalle aule di giustizia, solo sulla base di indizi e prove frammentarie, instilla il pericolo della suggestione esercitabile sull'organo giudicante<sup>35</sup>.

Le profonde differenze tra processo mediatico e processo giurisdizionale dovrebbero da sole bastare per concludere che alcuna suggestione è possibile<sup>36</sup>. Infatti, come già anticipato, in primo luogo vi è una differenza tra i luoghi di celebrazione dei processi e tra gli organi deputati a condurre indagini ed assumere decisioni. Il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, all'interno del quale operano figure professionali, terze ed imparziali, il cui operato è scandito secondo precise fasi processuali. Il processo mediatico non ha alcun luogo di celebrazione precostituito; si svolge nei salotti televisivi, sui giornali, persino al bar, trasformando la società in una massa indistinta di giudici popolari. Si assiste, così, ad un processo "officiato da chiunque"<sup>37</sup>.

Differenza certamente meno evidente è quella afferente alle modalità di selezione del materiale probatorio: il processo penale è caratterizzato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova come prescritto dall'art. 111, comma 4, Cost. e dagli artt. 190 e 192 c.p.p. La presunzione di non colpevolezza porta ad una selezione delle sole prove idonee a fondare il convincimento del giudice, distinguendo tra prove ammissibili e vietate. Il processo mediatico, al contrario, è basato su regole

---

<sup>35</sup> Sul punto cfr. E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, p. 29; V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, p. 99 osserva: "quanta parte di questa visibilità mediatica influisca sul processo è difficile a dirsi, sebbene le analisi sociologiche da tempo testimonino un legame fra *pathos* ed attribuzione delle responsabilità ergo accertamento della verità, a dispetto della immagine del giudice come *automata, machinae, horologium*, distante dal meccanismo delle passioni e dal mondo dei confliggenti e dei loro desideri".

<sup>36</sup> In senso conforme cfr. N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione*, cit., p. XII: "si è lucidamente osservato che i due processi, quello giurisdizionale e quello mediatico, benché accumulati dal tentativo di ricostruire un accadimento del passato, cercando di approssimarsi il più possibile alla verità storica, sono in realtà diversissimi tra loro, avendo caratteri, regole, codici narrativi e ritmi ontologici diversi".

<sup>37</sup> Così, efficacemente, G. GIOSTRA, *L'opinione pubblica in tribunale*, cit., p. 59.

di inclusione compulsiva poiché tutto può costituire una prova. Ci si trova così ad ascoltare i racconti dei passanti, ad indagare sulle abitudini di vita della vittima, a fondare giudizi di colpevolezza sulla base di mere sensazioni.

Si genera, così procedendo, una inevitabile confusione tra difesa reale e difesa mediatica, sì da costringere l'imputato a discolparsi due volte: dalla deriva giustizialista dei media e dell'opinione pubblica e nelle aule giudiziarie dalle contestazioni cristallizzate nel capo di imputazione.

Spesso imputato e persona offesa, con l'aiuto dei rispettivi difensori, attraverso interviste e memoriali, utilizzano i palcoscenici del processo mediatico per celebrare l'autodifesa delle proprie ragioni, in spregio alle previsioni contenute nell'art. 1, comma 2, lett. d) della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 31 gennaio 2008, n. 13 – “Atti di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei processi giudiziari”, in cui si precisa che con riferimento ai procedimenti giudiziari in corso, la facoltà di dibattere resta salva, ma deve avvenire tra soggetti diversi dalle parti del processo. Sulla scorta di tale atto di indirizzo è stato adottato il “Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive” del 21 maggio 2009.

L'obiettivo è quello di individuare un *modus operandi* uniforme che possa preservare dalla spettacolarizzazione selvaggia delle vicende giudiziarie, scongiurando, non da ultimo, il pericolo di suggestioni, pressioni e condizionamenti. Si è infatti giunti ad affermare che l'uso mediatico del processo può porsi, a pieno titolo, come una delle cause dell'errore giudiziario<sup>38</sup>.

Disquisendo di condizionamenti non si deve pensare solo alla figura del giudice che, in quanto soggetto tecnico, dovrebbe in astratto esserne immune. Ma, più in generale, pensiamo ai testimoni, ai giurati popolari delle Corti di Assise, ai periti; non può non accorgersi che trattasi di soggetti potenzialmente sensibili all'ambiente circostante.

Si registra una certa insofferenza nei confronti della giustizia istituzionale, intessuta di regole e tecnicismi che, evidentemente, sfuggono “ai

---

<sup>38</sup> Sul punto, P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, p. 9.

più”. L’insidiosa idea è che il miglior giudice sia l’opinione pubblica, sempre più spesso pronta a parteggiare (per empatia o spirito di immediatezza) per la vittima del reato, pronta a giurare sulla “veridicità” dell’impianto accusatorio raccontato dai *media*<sup>39</sup>.

Ed allora il rischio da cui rifuggire è quello che la difformità tra convincimento maturato e sentenza vada a minare e corrodere il bene della fiducia dei cittadini nella giustizia amministrata dai giudici.

### *Bibliografia*

- BARILE P., voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 424 ss.
- CARRARA F., *Lineamenti di pratica legislativa*, edizione a cura di C. Cadoppi, Bologna, 2007, p. 365
- CHENAL R., *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 3, 2017, p. 37 ss.
- CHIOLA C., voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.
- COMOGLIO L.P., *Prova e lessico processuale: sospetto, indizio, prova; tema, fonte, oggetto di prova; ammissione, assunzione*, in *La prova penale, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1997, n. 98, p. 325

---

<sup>39</sup> Sulle prospettive di risoluzione di tale effetto distorsivo v. A. GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, p. 309 ss. il quale suggerisce che: “i *mass media* dovranno astenersi dall’interpretazione di quanto si verificherà nelle aule giudiziarie, i resoconti dovranno modellarsi sulla falsariga di una schematica narrazione di dati obiettivi riferiti asetticamente. Ciò si dovrà fare non solo per un rispetto della funzione giudiziaria che non deve essere influenzata da interferenze esterne o da anticipate valutazioni provenienti da quanti non riescono sempre a distinguere i fatti dalle opinioni, ma deve essere fatto anche perché il principio della presunzione di innocenza dovrà incondizionatamente valere per tutti gli imputati, già penalizzati da uno *strepitus fori* molto più marcato di quello che oggi è originato da dibattimenti preceduti da una fase istruttoria la quale, quasi sempre, funziona da spazio di decantazione della *notitia criminis*. La stampa non potrà invocare, a giustificazione del suo intervento massiccio ed intempestivo per la diffusione di notizie su processi in corso, la perdurante lunghezza dei processi”.

- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 2
- CONTI C., voce “*Verità processuale*”, in G. SPANGHER (a cura di), *Dizionario sistematico di procedura penale*, Milano, 2008, p. 427
- DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, p. 11 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009, p. 19
- FERRUA P., *Il Giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, G. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2007, p. 315 ss.
- FILIPPI L., *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa “watchdog” della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione d’innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 813 ss.
- GAROFOLI V., *Verità storica e verità processuale: l’improponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 43 ss.
- GIARDA A., *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, p. 309 ss.
- GIOSTRA G., *Disinformazione giudiziaria: cause, effetti e falsi rimedi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 394
- GIOSTRA G., *L’opinione pubblica in Tribunale e il Tribunale dell’opinione pubblica*, in M.N. MILETTI (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento* (Atti del Convegno – Foggia 5 e 6 maggio 2006), Milano, 2006, p. 528
- GIOSTRA G., *Processo penale e informazione*, II ed., Milano, 1989, p. 35
- IACOVIELLO F., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2022
- IANDOLO L., *La verità processuale comprovata dalla motivazione del Giudice*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 51
- KALB L., *Crisi della giustizia penale e contributo del giurista*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 1, p. 2
- LOSAPPIO G., *La verità vera del giudizio tra verità nel e del processo. Frammenti di riflessione*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 77

- MANTOVANI F., *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte Costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 627 ss.
- MARAFIOTI L., *Processi penali by media: un circolo vizioso?*, in G. RESTA (a cura di), *Il rapporto tra giustizia e mass media, quali regole per quali soggetti*, Atti del Convegno, Bari - 4 luglio 2008, Napoli, 2010, p. 111 ss.
- MAZZA O., *Il giusto processo tutela anche la riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1039 ss.
- MUSCATIELLO V.B., *Il processo senza verità*, in A. INCAMPO, V. GAROFOLI (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 87 ss.
- PALADIN P., *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Studi di diritto pubblico comparato*, vol. VII, Torino, 1979, p. 1
- PUGLIESE G., *Diritto all'immagine e libertà di stampa*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 354
- RESTA E., *Giudicare, conciliare, mediare*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, p. 29
- RIVELLO P., *Verità e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1233
- SAMMARCO A.A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, p. 1 ss.
- SAPIENZA R., *La libertà di espressione nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: il caso Sunday Times*, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, p. 47 ss.
- SCALFATI A., *Principi*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, III ed., Torino, 2018, p. 5 ss.
- SPANGHER G., *"Processo mediatico" e giudici popolari nei giudizi della Corte d'Assise*, in *La Corte d'Assise*, 2011, p. 117
- TARUFFO M., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, n. 4, p. 1305
- TRIGGIANI N., *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012, p. 10
- TRIGGIANI N., *Verità, giustizia penale, Mass media e opinione pubblica*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 568 ss.
- TROISI P., *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, p. 9
- TUCCI G., *Processi mediatici, diritti inviolabili e tutela di diritto privato*, in G. RESTA (a cura di), *Il rapporto tra giustizia e mass media, quali regole per quali soggetti*, Atti del Convegno, Bari - 4 luglio 2008, Napoli, 2010, p. 145

UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in ID. (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 11 ss.

UBERTIS G., *Sistema di Procedura Penale, Principi generali*, vol. I, II ed., Torino, 2007, p. 43 ss.

VALASTRO A., *Sub art. 21 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 451 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Il codice di autodisciplina sui "processi in TV"*, in G. RESTA (a cura di), *Il rapporto tra giustizia e mass media, quali regole per quali soggetti*, Atti del Convegno, Bari - 4 luglio 2008, Napoli, 2010, p. 164

«CHI OPERA IL MALE È FATTO DELLA STESSA  
CARNE DI CHI OPERA IL BENE».  
IL COINVOLGIMENTO EMOTIVO DEL GIUDICE  
NELLA NARRATIVA DI FRANCO VEGLIANI

*Mario Riberi*

SOMMARIO: 1. *Franco Vegliani: scrittore di "frontiera"*. 2. *Processo a Volosca*. 3. *La frontiera*. 4. *La carta coperta*. 5. *Conclusione*.

*Abstract*

The writer Franco Vegliani (1915-1982) exemplifies, through his characters, the difficulty of separating the profession of magistrate from personal involvement with the cases that a judge must face every day in a courtroom. The outcome of this dichotomous dilemma is always dramatically resolved in the stories of this writer. But Vegliani's novels also present the reader a truth, perhaps elementary but fundamental: "whoever does evil is made of the same flesh as whoever does good". In other words, who decides is just "a man who judges other men".

Vegliani's literary production therefore represents a new and interesting subject, for now almost unexplored, in the Law and Humanities field that strongly brings us back to an anthropological dimension of law to which all jurists cannot ignore.

*1. Franco Vegliani: scrittore di "frontiera"*

Anche le cronache letterarie hanno le loro tacite ed automatiche leggi, come quelle mondane; si occupano soltanto di chi è iscritto al club o all'albo professionale della letteratura, di chi appartiene all'ambiente e lo frequenta con assiduità; gli altri, anche se hanno qualcosa da dire o se hanno scritto un vero libro, non contano, perché si pensa ch'essi facciano parte di un altro giro [...]. Non stupisce quindi che la società lettera-

ria non si sia quasi accorta dell'improvvisa morte di Franco Vegliani, avvenuta nella notte fra il 30 e il 31 luglio scorso. Franco Vegliani era autore di un romanzo ricco di malinconia e asciutta poesia, *La frontiera* (1964), uno dei più bei libri della letteratura triestina del dopoguerra, ma non era una figura ufficiale di quest'ultima. Giornalista di successo e professionista affermato, Vegliani come scrittore era irregolare e saltuario, uno che lasciava intercorrere diciotto anni fra il primo libro (*Un uomo del tempo*, 1940) e il secondo (*Processo a Volosca*, 1958)<sup>1</sup>.

In un breve articolo di taglio basso apparso il 10 settembre 1982 nella sezione "Cultura e spettacoli" del *Corriere della sera*, Claudio Magris tracciava un asciutto e sentito ricordo di Franco Vegliani, scrittore orgoglioso e timido<sup>2</sup>, fuori dai circoli letterari come del resto i suoi editori, che non ebbe in vita (né sta avendo dopo la morte) una dovuta attenzione. In effetti Franco Sincovich, poi Vegliani<sup>3</sup> (dall'isola natale del padre, giudice civile, Veglia), nato a Trieste nel 1915, ma cresciuto sulla costa orientale dell'Istria, a Fiume e ad Abbazia, non è un nome notissimo nemmeno fra gli addetti ai lavori. Come è stato giustamente notato, le storie della letteratura italiana del Novecento generalmente lo

---

<sup>1</sup> C. MAGRIS, *Lo scrittore sulla frontiera*, in *Corriere della sera*, 10 settembre, 1982, p. 25.

<sup>2</sup> Come lo ricorda lo scrittore e politico Corrado Stajano, in occasione della ristampa, per Sellerio di *Processo a Volosca*, primo romanzo di Vegliani, nel 1989. C. STAJANO, *La stessa carne*, in *L'Indice dei libri del mese*, n. 2, 1989, p. 6.

<sup>3</sup> Su Franco Vegliani cfr. B. MAIER, *Processo a Volosca di Franco Vegliani*, in O. BIANCHI, C. BO, B. MAIER, *Scrittori triestini del Novecento*, Trieste, 1968, pp. 326-330; A. AGNELLI, *Triest: die Grenze von Vegliani als Beispiel einer Zugehörigkeit*, in *Neohelikon*, 2, 1980, pp. 225-241; P.C. HANSEN, *La narrativa di Franco Vegliani*, in *Rivista d'Europa*, 1, 1986, pp. 51-62; EAD., *L'origine altra. Inquietudine e identità nella narrativa di Franco Vegliani*, in *La battana. Letteratura dell'esodo*, nn. 97-98, 1990, pp. 105-111; EAD., *Franco Vegliani, uno scrittore sulla frontiera*, in *Metodi e ricerche*, X, n. 2, luglio-dicembre 1991, pp. 15-25; P. KÉCHICHIAN, *La frontière intérieure*, in *Le Monde*, 14 dicembre 1990, p. 33; S. AROSIO, *Franco Vegliani - La ricerca di un'identità*, in *Resine. Numero speciale: La cultura istriana e fiumana del Novecento*, nn. 99-100, 1994, pp. 103-119; I. FRIED, *L'immagine della frontiera nella letteratura: Franco Vegliani*, in EAD., *Fiume città della memoria - 1868-1945*, Udine, 2005, pp. 111-120; F. SENARDI, *Riflessioni sulla narrativa di Franco Vegliani*, in *Quaderni vergeriani. Annuario dell'associazione culturale italo-ungherese del Friuli Venezia Giulia «Pier Paolo Vergerio»*, anno III, n. 3, 2007, pp. 81-109.

ignorano, la «Garzantina» non gli dedica alcuna voce, lo misconoscono perfino i dieci volumi del Novecento «Marzorati»<sup>4</sup>. Eppure si tratta di uno scrittore che, per il valore e l'originalità dei suoi lavori, può e deve entrare a pieno diritto tra i grandi Autori della letteratura giuliana e italiana.

Vegliani si laureò in legge a Bologna dove, negli anni prima della seconda guerra mondiale, conobbe Antonio Rinaldi, Giorgio Bassani e Augusto Frassinetti. Pubblicò un saggio su Ugo Betti e, nel 1941, con l'aiuto di Libero Bigiaretti, una raccolta di racconti, *Un uomo del tempo*. Tenente carrista della divisione Pavia in Africa Settentrionale, nel 1942 fu fatto prigioniero e rimase per quattro anni a Geneifa, in Egitto, nel campo 306 sui Laghi Amari. Al ritorno in Italia si inserì nel mondo del giornalismo, prima facendo parte della redazione di una rivista aziendale di Adriano Olivetti, "Il cembalo scrivano", poi come redattore e inviato del settimanale "Tempo" e del mensile "Successo" diretti da Arturo Tofanelli. La passione per la scrittura fu in lui sempre presente: nel 1958 uscì, nelle Edizioni Daria Guarnati, *Processo a Volosca*. Nel 1964 pubblicò da Ceschina *La frontiera* e, nel 1972, dall'editore Palazzi, *La carta coperta*, il suo ultimo romanzo<sup>5</sup>. L'editore Sellerio ha

---

<sup>4</sup> F. SENARDI, *Riflessioni sulla narrativa di Franco Vegliani*, cit., p. 81.

<sup>5</sup> Negli anni Duemila è stato scoperto un ulteriore romanzo, inedito, di Vegliani, scritto all'inizio degli anni Settanta, *La città provvisoria*, pubblicato da Cinquesensi nel 2016. Il libro è la cronaca minuziosa dell'unico sopravvissuto di un'impresa spaziale clandestina volta a scoprire un astro di cui resterà ignoto il nome. Il protagonista, in compagnia di una guida autoctona che conosce la Terra per averla più volte visitata, affronta un viaggio esperienziale in un mondo utopico dove non esiste un potere esecutivo e dove ogni regola è volta all'armonia tra gli uomini. La curatela e la prefazione del volume sono di Patrizia C. Hansen la quale nota: «I testi inediti che questa opportuna pubblicazione offre alla fruizione dei lettori riveleranno a quanti ricordino i più noti romanzi di Franco Vegliani nuove ed anche imprevedute ambientazioni, scenari e prospettive molto diversi, fors'anche stranianti, per contenuti e intonazione, rispetto alla sua narrativa sinora nota. Un altro Vegliani, parallelo – per così dire – rispetto alla sua produzione conosciuta, parallelo come la realtà che in queste pagine egli immagina adiacente alla dimensione nella quale gli uomini credono di vivere e di agire: e che per immediati inquietanti motivi risulta a noi, qui e ora, incredibilmente familiare. La lettura dei 18 dettagliati articoli della Costituzione della comunità di Kapra, introduce in una dimensione apparentemente astratta, dalle logiche incoerenti ma neppure tanto sottilmente oppressive, che descrivono una collettività rigidamente governata da norme

contribuito a dare una qualche visibilità a questo autore<sup>6</sup> rieditando nel 1988 *La frontiera*, nel 1989 *Processo a Volosca* e pubblicando, nel 1991, la raccolta di racconti *Storie di animali*.

Vegliani muove i suoi primi passi letterari collaborando con la rivista fiumana «Termini», periodico sorto per iniziativa dell'Istituto nazionale di cultura fascista, che cercava di mantenere un difficile equilibrio ideologico-culturale tra apertura cosmopolita e retorica della romanità, tipica dell'epoca<sup>7</sup>. La rivista manifestò un certo interesse per la produzione artistica dei Paesi limitrofi, pubblicando numeri speciali dedicati alle letterature jugoslava, rumena e ungherese, e volle essere un mezzo di approfondimento, assolutamente non provinciale, delle forme e dei valori della letteratura contemporanea (vi contribuirono con liriche e racconti Bertolucci, Caproni, Morovich, vi scrissero di letteratura Eurialo De Michelis e Luciano Anceschi). È su queste pagine che Vegliani, poco più che ventenne, fa uscire un racconto, *La signora Ada* (1936). Si tratta di un breve episodio all'interno di un procedimento civile: in un Palazzo di giustizia una madre, Ada, privata del figlio morto in un incidente stradale, ricorre alla legge per ottenere un risarcimento. Durante l'udienza la signora sco-

---

tanto puntigliosamente stilate quanto del tutto contraddittorie in sé, giacché i singoli, minuziosi articoli prevedono obblighi e interdizioni spesso palesemente contrastanti o del tutto ininfluenti sui comportamenti dei suoi abitanti. Uno spazio, questo della comunità che lo scrittore descrive, privo di tempo e di dimensioni riconoscibili, di coordinate certe, come peraltro precisa l'illuminante incipit: "Kapra non è situata", così fluttuante in un'indeterminatezza che si è data per esercitare una severa equidistanza dagli estremi, che pare essere il suo severo obiettivo».

<sup>6</sup> Dal libro *La frontiera* è peraltro stato tratto l'omonimo film diretto da Franco Giraldi, che ha tra i protagonisti Giancarlo Giannini, Raul Bova, Claudia Pandolfi, Omero Antonutti e Marco Leonardi (1996) proiettato al festival di Venezia, con tiepide reazioni da parte di critica e pubblico. Sia di *La frontiera* sia di *Processo a Volosca* sono state anche realizzate versioni teatrali: *La frontiera* ad opera di Ghigo de Chiara (1996, rappresentata dal Dramma Italiano di Fiume in collaborazione con il Teatro Stabile del Friuli-Venezia Giulia), *Processo a Volosca* ad opera di Gianfranco Sodomaco (2004, rappresentato dal Dramma Italiano di Fiume, regia di Nino Mangano).

<sup>7</sup> Di cui si faceva portavoce e garante il direttore, Giuseppe Gerini: «dopo Cristo, non è superbia affermarlo, l'Uomo di Predappio ha indicato all'umanità il modo migliore di spendere la moneta [della vita], richiamando energicamente il suo popolo e i popoli della terra sulle verità secolari che sono state e rimarranno le basi della civiltà». G. GERINI, *Editoriale*, in *Termini*, n. 2, ottobre, 1936, p. 1.

pre, quasi con stupore, che le è impossibile odiare l'uomo che, abbagliato dal sole cocente mentre guidava la sua automobile in una giornata d'agosto, le ha tolto la sua unica ragione di vita. Un «signore vestito di nero, serio, pallido, in viso, con i capelli un poco brizzolati alle tempie», che lei, spezzata dal dolore, «non riusciva di sentirselo là come un avversario, come un nemico, quello sconosciuto»<sup>8</sup>.

Sullo sfondo, una tematica che Vegliani affronterà sia in *Processo a Volosca* sia nella *Carta coperta*, quella dell'implacabilità della "macchina giudiziaria":

Fino a quel giorno aveva fatto tutto il cognato. Era cancelliere al tribunale, pratico di queste cose. Aveva messo in moto lui la macchina della giustizia, aveva trovato gli avvocati, si era preoccupato di scovare i testimoni (...) e alla signora Ada parve di essere ormai definitivamente presa e trascinata da qualche cosa di inarrestabile da cui non poteva più uscire<sup>9</sup>;

nonché dell'impossibilità di restituire una "qualche verità" all'interno di un processo civile o penale:

Se le rimuginava lentamente queste parole del cognato, mentre montava per la scala un gradino dopo l'altro, impacciata nel velo e dalla lunga veste di lutto; ma le parevano quasi meno vere adesso, le pareva che non avessero più la forza di persuasione da cui si era lasciata convincere (...). E adesso più che mai a trovarsi in quel freddo e in quello squalore, tra quella gente estranea che andava e veniva, le ragioni del cognato le parevano povere e inutili. Lei sapeva la sua pena adesso; e nient'altro...<sup>10</sup>

In questo contesto si staglia però una verità che accomuna ogni uomo: l'uguaglianza di tutti nel dolore, il quale segna in modo indelebile la condizione umana:

L'angoscia le fece groppo nel petto, le scoppiò in un grido strozzato e si distese in un pianto convulso. La voce tacque di colpo. E d'improvviso fu nell'aula un grande silenzio. Rimasero un attimo tutti come sospesi a

---

<sup>8</sup> F. VEGLIANI, *La signora Ada*, in *Termini*, n. 3, novembre, 1936, p. 37.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 36.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

guardare quella povera cosa nera, piegata in due sulla panca, che si scoteva e sussultava nei singhiozzi<sup>11</sup>.

Il breve racconto si conclude quindi con l'improvviso e disperato pianto catartico della signora Ada con il quale Vegliani «universalizzando il dolore, riconosce in esso la sostanza del comune destino umano»<sup>12</sup>.

## 2. *Processo a Volosca*

Il primo romanzo di Vegliani, dedicato nell'*exergo* alla memoria del padre «che fu giudice, ma non in processi penali», è *Processo a Volosca*, iniziato nel campo di prigionia egiziano 306 sui Laghi Amari nell'inverno del '43 e edito, come si è detto, solo nel 1958. In esso l'autore ha narrato in prima persona le vicende di un processo a carico di quattro giovani di Volosca<sup>13</sup>, Boris, Vlatko, Vinko e Giorgio, rei di furti, rapine e omicidi durante gli anni del ventennio fascista. Il titolo del volume ne "tradisce" in parte la storia narrata: se è vero che i fatti di reato da cui scaturisce il processo avvengono a Volosca, l'intero procedimento giudiziario è però istituito presso la Corte d'Assise di Fiume.

La breve vicenda ha più protagonisti: il primo è senz'altro Boris, la mente criminale della banda di "ragazzi di vita" a cui verrà comminata la pena capitale tramite fucilazione, mentre i suoi complici saranno condannati a lunghi anni di reclusione. La critica letteraria ha accostato *Processo a Volosca*, soprattutto per la figura di Boris, alla produzione esistenzialista francese<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 37.

<sup>12</sup> F. SENARDI, *op. cit.*, p. 82.

<sup>13</sup> Volosca (Volosko), oggi nella Repubblica Croata, è una frazione della città di Abbazia (Opatia), rinomata località di villeggiatura marina dell'impero Asburgico nel golfo del Quarnaro, noto agli appassionati degli sport velici perché sferzato dalla bora. Questi territori in seguito al trattato di Rapallo fecero parte dello stato italiano dal 1920 al 1945. TOURING CLUB ITALIANO, *Istria, Quarnaro, Dalmazia. Arte e cultura*, Milano 2004, p. 76.

<sup>14</sup> Cfr. F. SENARDI, *op. cit.*, p. 93.

In effetti Boris ha più di una somiglianza con lo *Straniero* di Albert Camus. Nello *Straniero*, Meursault, il protagonista, cedendo ad un rapto innescato da futili motivi, uccide nel corso di una rissa un arabo e viene condannato perché, in segno di sfida alla società, senza invocare alcuna circostanza attenuante, getta in faccia al mondo, nel corso del processo che lo vede imputato, la verità di un gesto omicida quasi inspiegabile, un assassinio compiuto “a causa del sole”.

C'était le même soleil que le jour où j'avais enterré maman et, comme alors, le front surtout me faisait mal et toutes ses veines battaient ensemble sous la peau. À cause de cette brûlure que je ne pouvais plus supporter, j'ai fait un mouvement en avant [...]. La gâchette a cédé, j'ai touché le ventre poli de la crosse et c'est là, dans le bruit à la fois sec et assourdissant, que tout a commencé. J'ai secoué la sueur et le soleil. J'ai compris que j'avais détruit l'équilibre du jour, le silence exceptionnel d'une plage où j'avais été heureux. Alors, j'ai tiré encore quatre fois sur un corps inerte où les balles s'enfonçaient sansqu'il y parût. Et c'était comme quatre coups brefs que je frappais sur la porte du malheur<sup>15</sup>.

Facendosi carico del suo destino – una morte assurda (ma “giusta”, perché determinata da una condanna in seguito a un regolare processo) che pareggia un omicidio inutile – porta con sé fino alla morte il desiderio della fidanzata Maria, la quale lo “lega” al mondo, lo fa pienamente “esistere”. È in fondo lo stesso atteggiamento di Boris, «distante, staccato dalle cose che diceva, leggermente sprezzante e superiore»<sup>16</sup> in cui permane però l'amore per Giovanna, ragazza di origini zingare, di cui tutta la ‘banda di Volosca’ è innamorata, e che però è legata solo al leader Boris.

Vi è poi la figura dell’io narrante, una sorta di alter ego di Vegliani, figlio di un giudice come l'autore del romanzo, che si dichiara, sin dalle prime pagine di *Processo a Volosca*, amico dei quattro giovani criminali. Il narratore individua la dicotomia già colta da Vegliani in *La signora Ada*: l'impossibilità di ridurre la complessità del reale al formalismo

---

<sup>15</sup> A. CAMUS, *L'Étranger*, Paris, 1971, p. 93.

<sup>16</sup> F. VEGLIANI, *Processo a Volosca*, Palermo, 1989, p. 35.

di qualsiasi procedimento giudiziario. Il tribunale è così un luogo sospeso e ‘falso’, il quale nulla ha a che vedere con la verità della vita.

[...] Ne ebbi la sensazione che là in quel luogo, non vi era nulla che somigliava, non dico alla verità, ma alla semplice realtà della vita. Che d’ogni cosa che io sapevo e che avevo vissuto, e che anche gli altri avevano saputo e vissuto, non potessero arrivare se non dei morti frammenti, fiocchi barlumi senza senso e senza legame. E che sopra questo desolato panorama si accampasse quella tronfia parola «giustizia», in un’atroce presunzione di stabilire, non dico ciò che era bene e ciò che era male, ma anche soltanto ciò che era veramente accaduto, e perché<sup>17</sup>.

Il personaggio decisivo per cogliere il punto di vista dello scrittore è però il giudice Ottone Way, il presidente della Corte d’Assise di Fiume, un uomo che improvvisamente coglie l’irriducibilità del cuore umano alle leggi della società, comprende l’abissale differenza tra le parole fredde ed astratte dei codici e la «calda vita» umana, fatta di esperienze, sentimenti, pensieri, col suo bagaglio di contraddizioni e di colpe che spesso soltanto i giochi del caso trasformano in gravi delitti.

Way precipita di colpo dall’astrattezza del mondo del diritto, in cui è sempre vissuto, all’esistenza vera grazie all’incontro con Giovanna, innamorata di Boris, e si trova come disarmato di fronte all’amore appassionato e al dolore inconsolabile di lei. Giovanna infatti, il giorno dopo che è stata pronunciata in tribunale la condanna a morte di Boris, decide di andare a trovare il giudice Way di sera, nella sua abitazione. La ragazza viene ricevuta dal magistrato e lo supplica di concederle una sola grazia, cioè di incontrare un’ultima volta Boris, essendo consapevole di non poter chiedere che l’amante non venga giustiziato. Way, applicando il dettato normativo, non può che negare alla ragazza un’ultima notte con il suo amante, eppure quel breve incontro suscita nell’animo del giudice l’inizio di un coinvolgimento interiore che lo spingerà al suicidio.

Il giudice infatti, come ci riferisce il narratore, perde durante il processo (il suo ultimo peraltro, perché il magistrato è prossimo alla pensione), e soprattutto attraverso quel breve dialogo con la ragazza, le proprie certezze. Se prima di allora Way, così come il padre del narra-

---

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 35.

tore-Vegliani, anch'egli magistrato, aveva «percorso quasi intero il cammino della vita in innocenza»<sup>18</sup>, ora vede cadere le sue antiche sicurezze che come un'armatura lo proteggevano dal mondo. Il giudice ha una nuova convinzione:

C'era una verità che abitava nel corpo di Giovanna e nel corpo di Boris. Nel corpo di tutti gli uomini, buoni e cattivi. Il giudice Way non lo aveva mai veramente saputo. Come mio padre e come tanti altri che erano simili a lui, egli era sempre vissuto al riparo di una coscienza che riteneva serena, d'una certezza rigorosa ma blanda: ma facile e vantaggiosa. Era vissuto al di là di una linea quasi visibile, quasi materiale, che separava il mondo. Era vissuto innocente. Ora non più. Per quegli occhi di Giovanna, senza lacrime ma atterriti. Imploranti, senza viltà, senza nessuna sottomissione, e disperati [...] Per tutto questo il giudice Way non era più innocente. Sapeva una verità ed era questa: che chi opera il male è fatto della stessa carne di chi opera il bene. Una verità elementare ma che arrivava ora, così tardi, a turbare la sua vita<sup>19</sup>.

Una sentenza di condanna a morte, seguita dal suicidio del giudice che l'ha comminata, non è una novità nella storia letteraria: basti pensare all'ultimo, monumentale romanzo di Victor Hugo, il '93. In *Quatre-vingt-treize*, all'estremo confronto tra l'intransigenza giacobina dell'ex prete Cimourdain, commissario delegato con pieni poteri del Comitato di salute pubblica – che vuole inverare i principi dell'89 attraverso la terapia, dolorosa ma necessaria, del Terrore –, e l'eroico capitano Gauvain, suo figlio adottivo – il quale ritiene che il movimento rivoluzionario non possa derogare dai principi di umanità e pietà –, seguono l'esecuzione capitale di Gauvain e il successivo colpo di pistola con cui Cimourdain pone fine sia alla sua esistenza sia al conflitto tra due posizioni politiche inconciliabili.

Cimourdain: Il faut pourtant saisir l'utopie, lui imposer le joug du réel, et l'encadrer dans le fait. L'idée abstraite doit se transformer en idée concrète; ce qu'elle perd en beauté, elle le regagne en utilité; elle est moindre, mais meilleure. Il faut que le droit entre dans la loi; et, quand le droit s'est fait loi, il est absolu. C'est là ce que j'appelle le possible. Gauvain: O mon maître, voici la différence entre nos deux uto-

---

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 127.

<sup>19</sup> *Ivi*, pp. 127-128.

pies. Vous voulez la caserne obligatoire, moi, je veux l'école. Vous rêvez l'homme soldat, je rêve l'homme citoyen. Vous le voulez terrible, je le veux pensif. Vous fondez une république de glaives, je fonde...

Il s'interrompit:

Je fonderais une république d'esprits.

(...)

Attendez, dit Gauvain.

Il se tourna vers Cimourdain, lui fit, de sa main droite encore libre, un geste d'adieu, puis se laissa lier.

Quand il fut lié, il dit au bourreau:

Pardon. Un moment encore.

Et il cria:

Vive la République!

On le coucha sur la bascule. Cette tête charmante et fière s'emboîta dans l'infâme collier. Le bourreau lui releva doucement les cheveux, puis pressa le ressort; le triangle se détacha et glissa lentement d'abord, puis rapidement; on entendit un coup hideux...

Au même instant on en entendit un autre. Au coup de hache répondit un coup de pistolet. Cimourdain venait de saisir un des pistolets qu'il avait à sa ceinture, et, au moment où la tête de Gauvain roulait dans le panier, Cimourdain se traversait le cœur d'une balle. Un flot de sang lui sortit de la bouche, il tomba mort.

Et ces deux âmes, sœurs tragiques, s'envolèrent ensemble, l'ombre de l'une mêlée à la lumière de l'autre<sup>20</sup>.

Ma in Vegliani non ci troviamo in uno scontro tra diverse idealità o ideologie. Nel caso di Way, come è stato giustamente notato,

è come se lo sguardo esterno e neutrale sul mondo che Kierkegaard rimproverava ad Hegel ed agli hegeliani si lasciasse turbare dalla dolorosa concretezza di una specifica situazione umana, dall'appello della sua provocatoria problematicità<sup>21</sup>.

Il giudice si ritiene colpevole di aver negato la vita a Boris tramite la sentenza di morte che ha dovuto pronunciare, la quale tanto assomiglia alla freddezza disumana del sistema di cui è l'esecutore. La legge come

---

<sup>20</sup> V. HUGO, *Quatre-vingt-Treize. Nouvelle édition augmentée*, Paris, 2014, p. 353, 362; sulle letture ottocentesche del '93 cfr. D. AUBRY, *Quatre-vingt-treize et les Jacobins: Regards du X IX<sup>e</sup> siècle*, Lyon, 1988, soprattutto, per quanto concerne Hugo, le pp. 206-217.

<sup>21</sup> F. SENARDI, *op. cit.*, p. 92.

grande costruzione teorica dei diritti e dei doveri, delle colpe e delle pene, il dogma che ha reso possibile la sua esistenza tranquilla e monotona, si scontra così con la categoria kierkegaardiana della ‘singolarità’ umana<sup>22</sup>. Way ha inoltre capito che tra l’innocenza e la colpa, tra norma e delitto esiste una piccolissima separazione, uno spazio minimo che basta una piccola spinta del caso a far varcare. Giudice e assassino sono fatti “della stessa carne”. L’Io narrante, il figlio del magistrato collega di Way che si era innamorato come gli altri di Giovanna e che solo per volontà di Boris viene tenuto ai margini dal gruppo, rischia a sua volta di essere coinvolto nei crimini della ‘banda’ e si salva solo per puro caso. L’esistenza insomma, come la racconta Vegliani, ci appare, proprio come nella più cupa intuizione del mondo degli esistenzialisti francesi, sbilanciata sull’assurdo, esposta al gioco del caso. E, come già in *La signora Ada*, finisce per prevalere la convinzione che vittime e carnefici, giusti e rei siano tutti, in un mondo privo di significato, sulla “stessa barca” accomunati e affratellati dal medesimo dolore che permea ogni esistenza.

Il giudice non può allora che emanare una sentenza di morte contro sé stesso. Dopo aver effettuato con la moglie un’ultima gita a Volosca, luogo dei crimini perpetrati da Boris, il magistrato torna a casa.

Si ricordò allora del capretto che aveva visto a Volosca dietro l’osteria, si ricordò delle parole che aveva pronunziate in quel tiepido pomeriggio di domenica. Pensò che era proprio così, e che non era un caso: che la bestiola avrebbe lambito la mano di Boris come aveva lambito la sua<sup>23</sup>.

E decide allora (essendo «giudice sempre»<sup>24</sup>, come ci ricorda Vegliani) che l’unica maniera per rimediare ad una vita negata sia la propria fine.

---

<sup>22</sup> S. KIERKEGAARD, *Postilla conclusiva non scientifica alle “Briciole di Filosofia”*, in ID., *Opere*, Firenze, 1972, pp. 440-443. Sui rapporti tra filosofia idealistica e pensiero kierkegaardiano, cfr. C. FABRO, *Kierkegaard e la dissoluzione idealistica della libertà*, in ID., *Riflessioni sulla libertà*, Rimini, 1983, pp. 181-200.

<sup>23</sup> F. VEGLIANI, *Processo a Volosca*, cit., p. 128.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

### 3. *La frontiera*

Il romanzo *La frontiera*, il secondo di Vegliani, edito nel 1964, va ascritto a pieno titolo tra i migliori esiti del secondo Novecento triestino per ragioni tematiche, stilistiche, documentaristiche. Punto nodale del romanzo è la relazione tra la fedeltà dei cittadini di lingua italiana all'Impero Austro-Ungarico, erede ultimo del Sacro Romano Impero, smembrato in quattordici diverse nazioni, tra le quali, appunto, l'Italia.

Il libro di Vegliani racconta due storie. Una è ambientata nel 1941: è la vicenda di un ufficiale di complemento in licenza nella "patria remota" della sua famiglia, un'isola dalmata; questi è fiducioso nella vittoria di quella guerra che sente definire popolare e rivoluzionaria e ritiene del tutto legittimo che gli italiani siano tornati a popolare la Dalmazia dopo l'esodo del 1918, quando la regione era stata assegnata al nuovo Stato Jugoslavo. Non capisce perché i suoi camerati italiani mostrino così poco interesse, e così scarsa comprensione dell'importanza di riconquistarla. L'ufficiale, in quei giorni di licenza, in attesa d'essere assegnato a un nuovo fronte, stringe una forte amicizia con un lontano parente, Simeone, ex amministratore della dogana per gli Asburgo, poi per la Jugoslavia, infine per l'Italia. I due dialogano sulla storia della loro terra, degli accadimenti recenti e della somiglianza che Simeone vede tra il giovane ufficiale, entusiasta e idealista, e il fu Emidio Orlich, ufficiale dell'esercito austriaco nella Prima Guerra Mondiale. Quella di Emidio è la seconda storia raccontata. Dalmata di lingua italiana e cognome croato, caduto al fronte ufficialmente con valore, «tapfer kämpfend für das Vaterland gefallen»<sup>25</sup>, nei Carpazi. Simeone conserva, in una scatola di legno, le sue reliquie: foto in uniforme, quaderni, lettere mai spedite; tracce per capire la vera storia della sua fine.

Vegliani intreccia le fila di entrambe le storie, stabilendo paralleli e convergenze ideali e spirituali; Emidio è dalmata e in casa la sua famiglia parla in italiano, e in italiano scrive, tuttavia è fedelissimo agli Asburgo e al culto dell'Impero cui è stato educato. Parte per raggiungere il suo reggimento, in Stiria, dove si accorge ben presto che la sua lealtà all'Impero è guardata con sospetto a causa della sua origine dal-

---

<sup>25</sup> F. VEGLIANI, *La frontiera*, Palermo, 1996, p. 20.

mata e, riflettendo su certi dialoghi con i commilitoni, capisce che sulla Dalmazia

[...] potevano avere forse qualche ricordo in comune: una giornata di bagni e il nome di una rada o di uno scoglio, ma di valore e significato così diversi, di così diversa intensità spirituale, da renderli più presto e più facilmente nemici che amici<sup>26</sup>.

D'altra parte gli austriaci credevano che almeno la buona borghesia italiana scrivesse in tedesco nella corrispondenza privata e non in italiano<sup>27</sup>. Emidio, dal cognome croato, di lingua e cultura italiana e fedele all'Austria, è scosso dalla diffidenza che percepisce nei suoi confronti; si ritrova ospite da una famiglia di austriache slovene, coi mariti al fronte: ha una relazione con una di loro, vedova di guerra, sin quando non parte per la guerra. È buono con i suoi soldati, istriani italiani e sloveni; è scosso dalla vicenda d'uno sloveno, laureato in Lettere a Trieste, che viene impiccato per alto tradimento: aveva tentato di raggiungere le linee nemiche, per consegnarsi ai Russi e andare a sparare agli austriaci, assieme agli italiani e ai suoi connazionali.

Emidio, poco a poco, comprende che dopo secoli l'Impero sta per essere distrutto (tema assai caro alla letteratura mitteleuropea, basti pensare alla *Cripta dei Cappuccini* di Joseph Roth), assieme ai suoi obblighi di fedeltà all'Imperatore. Istintivamente, finisce di morire suicida, fuggendo verso le linee sbagliate: pensava fossero russe, erano bosniache e imperiali. D'un tratto, dopo la morte del suo soldato sloveno, sembra aver capito che ciò in cui credeva, l'Impero che confederava con tolleranza e giustizia le nazioni, lasciandole libere d'avere la propria lingua e la propria religione, è caduto. E una delle sue anime, così, è morta: è morta quella che credeva nella giustizia, nell'ordine, nella lealtà, nell'ideale; è rimasta viva quella giovanissima, povera e disordinata del Regno d'Italia. Per andarle incontro, perde tutto.

Il nostro ufficiale, mentre indaga sulle sorti di questo suo alter ego di vent'anni prima o poco più, ha una relazione con Gabriella, fascista

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 40.

convinta, di passaggio nell'isola. Passano dal “voi” al “tu romano”<sup>28</sup>, discutono della guerra del “sangue contro oro”<sup>29</sup> propugnata da Mussolini, della propaganda che la vuole popolare e rivoluzionaria, a differenza della prima. Quando parte Gabriella, i suoi dubbi aumentano, e non solo per via di quanto avviene in Libia e in Grecia; capisce che in certe terre si tratta di sangue contro sangue, e non di sangue contro oro. Infine è felice d'essere spedito in Africa, a combattere gli inglesi: sarà cioè coinvolto in una guerra “vera”, in cui non dovrà combattere i suoi fratelli.

*La frontiera*, come ben osservato da Caudio Magris,

È l'intensa parabola dell'inappartenenza dell'anima di confine, che alberga in sé più anime e non può riconoscersi in una sola di queste; è la storia, densa di solitaria poesia e di profondità morale, di un'umanità che trova la sua identità in quella terra di nessuno fra le nazioni e il loro drammatico scontro<sup>30</sup>.

Il romanzo più bello di Vegliani è così una «favola moderna dell'inappartenenza»<sup>31</sup>, dove la *Frontiera*, più che un luogo definito dalle carte geografiche, rappresenta il simbolo dell'esistenza umana.

#### 4. *La carta coperta*

Un magistrato cinquantenne istruisce un processo, nella provincia lombarda degli anni Settanta, contro un ragazzo jugoslavo, Voiko, entrato clandestinamente in Italia, che ha ucciso, forse per gelosia, una prostituta, Amalia, con la quale conviveva. Tutto, a prima vista, potrebbe apparire chiaro, un delitto banale come decine di altri in cui l'assassino è reo confesso. Questo il punto di partenza del terzo e ultimo romanzo di Vegliani, edito nel 1972 dall'editore Palazzi e ripubblicato nel 2006 dall'Istituto Giuliano di Storia, Cultura e Documentazione. *La carta coperta* è una sorta di continuazione ideale delle due precedenti

---

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 66.

<sup>30</sup> C. MAGRIS, *Lo scrittore sulla frontiera*, cit.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

opere narrative di Vegliani e segna anche un punto di incontro tra le tematiche della *Frontiera* e quelle di *Processo a Volosca*. Raccontato in prima persona, il romanzo ha come protagonista proprio il giudice al quale è affidato il ruolo di pubblico accusatore nei confronti del ragazzo reo di omicidio. Tuttavia quello che dovrebbe essere un caso di *routine*, si trasforma per il magistrato in un viaggio interiore, dove i dubbi professionali sull'inevitabile richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato si mescolano con la memoria delle proprie origini. Sia il magistrato sia l'omicida sono nati infatti ad Abbazia, in Istria, e entrambi hanno conosciuto un percorso analogo che li ha visti, pur in contesti storici diversi, abbandonare la propria terra d'origine per cercare un'esistenza migliore, trovandosi poi a vivere come estranei nel nord Italia. Questo processo di identificazione spinge il giudice a tracciare un bilancio della propria vita, per cercare di costituire un rapporto, prima inesistente, con il figlio diciottenne Rico ed a tentare di rinsaldare il legame con la moglie Clara.

Anche in questa trama ricompaiono la tematica, consueta nello scrittore, della dicotomia verità processuale/verità sostanziale, nonché quella della disumanizzazione insita nel procedimento penale in cui la personalità dell'imputato è sempre mortificata dalla meccanica ricerca del nesso causale:

Nei verbali della polizia, i primi documenti che indicavano la responsabilità di Voiko, non si trovava niente di simile. Per quanto avesse parlato, per quanto avesse fornito, anche spontaneamente, particolari e dettagli, il ragazzo non aveva mai parlato di sé. Di tutti i suoi racconti, così abbondanti di dati, la sua persona, quella vera, quella che contava, era sempre esclusa<sup>32</sup>.

Il perché dell'omicidio, come sempre nei romanzi di Vegliani, rimarrà sconosciuto, «chiuso in un irraggiungibile cartiglio sfumato di assurdo e di mistero»<sup>33</sup>. Forse il movente è stato il desiderio di Voiko di “liberare definitivamente” Amalia dallo sfruttamento subito all'interno della società capitalista; o potrebbe essere stata la gelosia per il rapporto

---

<sup>32</sup> F. VEGLIANI, *La carta coperta*, Gorizia-Trieste, 2006, p. 16.

<sup>33</sup> Cfr. F. SENARDI, *op. cit.*, p. 103.

“privilegiato” del “protettore” Salvatore con la donna. Il giudice però finisce di indagare più sulla vicenda personale di Voiko, verso cui prova una profonda empatia, che sui capi d'accusa di cui il reo è imputato: il magistrato si trova così a ponderare «sui disegni del destino, sul caso e i suoi intrighi, sulle coincidenze misteriose e sugli imprevedibili agguati di cui può essere disseminata una vita»<sup>34</sup>. In un mondo che, come si è detto, Vegliani vede dominato dal caso, dove la distanza che separa fatti criminosi da comportamenti virtuosi è colmata da un minimo scarto, la posizione del magistrato è quella di chi si apre al punto di vista dell'altro, riuscendo, tramite l'incontro con Voiko, a comprendere di aver vissuto, in esilio sia da sé stesso sia dalla sua terra d'origine, un'esistenza, come quella del giudice Ottone Way di *Processo a Volosca*, di comoda routine, ma non “vera”.

Il magistrato della *Carta coperta* è ormai convinto di aver rinnegato sé stesso cedendo alle comodità della società del benessere, vuole ritrovare la «memoria indistruttibile dell'infanzia»<sup>35</sup>, l'«ansia di giovinezza»<sup>36</sup>, il «senso misterioso di futuro»<sup>37</sup> che provoca in lui il confronto con il giovane jugoslavo. Medita così di far fuggire Voiko attraverso un piano elaborato:

Ecco: mi sarei reso complice di un reato e anzi avrei commesso una colpa, una colpa grave. Dunque avrei creato l'irreparabile: uno stacco netto, preciso, non sanabile tra il me stesso di ora e il me stesso di un eventuale domani (...). Sarebbe stato un clamoroso e non più rinunciabile scoprire le carte, tutte le carte. Nel gioco della mia esistenza io sapevo, e lo so meglio oggi, almeno una, era sempre rimasta coperta<sup>38</sup>.

Il progetto azzardato di far fuggire Vojko e di ritornare con lui nella «terra delle rocce a picco sulle acque», la patria natia, però sfuma. Il giudice si trova quindi in un'*impasse*, dalla quale inaspettatamente una nuova amica, la fidanzata del figlio Rico, Silvana, lo aiuta ad uscire.

---

<sup>34</sup> F. VEGLIANI, *La carta coperta*, cit., p. 60.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 113.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 115.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 108.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 85.

Non regredisca nell'adolescenza, non oltrepassi la barriera che la separa dal passato -. Perché appunto nel passato era esistita quella possibilità di scelta di cui non avevo fatto uso. Ma ora anche Vojko, come aveva fatto Silvana, mi richiamava al mio mestiere di padre e mi suggeriva in un certo senso di guardare al presente e al futuro: non al passato<sup>39</sup>.

Silvana spinge così il giudice a scrivere quella sentenza, inevitabile, con cui Voiko è rinviato a giudizio. La scelta di ribellione del giudice viene rimandata, così come la partenza di Silvana annulla la possibilità di una relazione amorosa che stava lentamente maturando tra lui e la ragazza: il gioco rimane «non verificato: la carta coperta»<sup>40</sup>. Al magistrato non resterà che abbandonarsi ad un ultimo sogno di libertà – una disperata fuga con Silvana su una barca ormeggiata a Volosca mentre «un fortunale monta potente, con una barriera di nuvole cariche d'acqua di vento e di fulmini»<sup>41</sup>, quindi il naufragio e la morte -. Dopo questa deriva onirica, il giudice, «riassoggettato alla norma»<sup>42</sup> può ritornare alla sua esistenza di “buon borghese”.

E così tornai a casa all'ora di cena come uno che ha camminato molto, ma anche come uno che arriva veramente da un luogo situato al di là di un segno certo. Come uno che ritorna, dopo aver imparato qualche cosa, e veramente sa. Rico e Clara erano insieme ad aspettarmi, ma non se ne accorsero o fecero finta, senza complicità, di non accorgersene<sup>43</sup>.

Sembra così delinearsi una sorta di lieto fine, con il giudice che ritorna nel suo nucleo familiare, dopo aver rischiato una deriva esistenziale. Il romanzo termina però in un'atmosfera sospesa in cui si confondono tra loro realtà e immaginazione ed in cui le indecisioni del magistrato non sembrano essere risolte. Conclude così il narratore-protagonista:

---

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 139.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 151.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 157.

<sup>42</sup> *Ivi*, p. 153.

<sup>43</sup> *Ivi*, pp. 159-160.

Solo Silvana se leggesse queste pagine, potrebbe dire con sufficiente approssimazione se sono guarito, oppure morto. La carta decisiva, in ogni caso, non sarà mai scoperta<sup>44</sup>.

## 5. Conclusione

L'atto di giudicare nelle aule di giustizia è sempre stato considerato un esercizio di assoluta razionalità: in tale ambito non ci dovrebbe essere posto né per le emozioni, né per le procedure intuitive, né per i pregiudizi. Ma le scienze cognitive e le neuroscienze hanno dimostrato che le emozioni sono componenti ineliminabili e determinanti delle decisioni e che possono significativamente influenzare anche soggetti esperti come gli operatori di giustizia.

Il recente libro di Antonio Forza, Giulia Menegon e Rino Rumiati, presentato durante le Giornate Tridentine di Retorica del 2019, *Il giudice emotivo*<sup>45</sup>, ha avuto il merito di chiarire che anche i giudici (come tutti gli esseri umani) possono incorrere in errori sistematici del ragionamento, nelle cosiddette trappole cognitive, nelle distorsioni generate dall'intuizione e nella ingiustificata fiducia nelle proprie conoscenze ed abilità. Le insidie cognitive ed emotive per chi deve giudicare sono disseminate lungo tutto il percorso del processo, a partire dalla formazione della prova fino alla decisione finale.

*Il giudice emotivo* di Forza, Menegon, Rumiati non vuole contrapporsi al giudice razionale. Infatti gli autori del saggio sostengono la tesi che la figura del giudice debba compendiare in sé entrambi gli aspetti: la razionalità, o per meglio dire la valutazione del caso sulla base di considerazioni e criteri puramente giuridici, che è fondamentale per lo svolgimento della sua funzione; l'emotività, e cioè l'inevitabile insorgere nel giudice di reazioni di indulgenza o di ostilità di fronte alla vicenda umana dell'imputato.

Se infatti è soltanto il primo dei due elementi a prevalere nel corso dell'intero iter processuale, cioè se il ruolo dei giudici è limitato all'ap-

---

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 160.

<sup>45</sup> A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

plicazione letterale delle leggi, essi, come aveva previsto Montesquieu, non possono che costituire “la bocca che pronuncia le parole della legge” e diventare «strumenti passivi in cui tutte le azioni, tutte le decisioni sono state anticipatamente fissate dalla legge»<sup>46</sup>, cioè trasformarsi da “oracoli del diritto”<sup>47</sup>, com'erano nell'Ancien Régime, in “organi della legge” nei Tribunali operanti durante la Rivoluzione francese nel 1793.

Si tratta di una teoria “meccanicista” dell'applicazione della legge, che riduce la funzione giurisdizionale a un puro esercizio logico e si articola in un'analisi dettagliata del processo di elaborazione del giudizio. È evidente come questa tesi sia un modello di razionalità, anzi un esempio di eccesso di razionalità: un'astrazione che esclude qualsiasi considerazione della persona del giudice, delle sue reazioni più o meno consapevoli di fronte alla vicenda umana sottoposta al suo giudizio<sup>48</sup>.

E tuttavia il fattore umano, come gli autori de *Il giudice emotivo* dimostrano, è presente nei processi decisionali giudiziari, i quali non possono prescindere dai meccanismi profondi, e spesso inconsapevoli, della mente dell'uomo.

Basterebbero forse a provarlo gli errori giudiziari e il fatto che essi siano imputabili non tanto ad una erronea interpretazione della legge, quanto piuttosto a valutazioni influenzate da considerazioni non strettamente giuridiche.

Tornando dunque alle suggestioni provenienti dalle opere di Vegliani, gli esiti drammatici di situazioni di conflitto tra le due componenti, razionale ed emotiva, evidenziano l'inevitabile coesistenza di entrambe. Se la prima è condizione necessaria, ma non sufficiente, per formulare una giusta sentenza, della seconda, in ogni caso presente, non si può non tenere conto.

L'umanità del giudice, che non può non provare dei sentimenti, non può non sentirsi coinvolto nelle vicende dell'imputato, rimane un fatto-

---

<sup>46</sup> C.L. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, 1961 (prima ed. 1748), livre XI, chapitre VI; *Discours de Clermont-Tonnere du 7 mai 1790*, in *Archives parlementaires*, t. XV, Paris, 1883, p. 426.

<sup>47</sup> Secondo la felice espressione di J.P. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, trad. it., R. GIURATO (a cura di), Napoli, 2014.

<sup>48</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II, Milano, 2005, pp. 415-431.

re decisivo nel determinare lo svolgimento dell'indagine e la valutazione dei fatti.

Ciò, anche se nei due romanzi di Vegliani qui esaminati al più neutro "emotività" mi sembra forse opportuno sostituire il termine "empatia", vale a dire la capacità da parte dei magistrati, che ne sono i protagonisti, di mettersi dal punto di vista dell'altro, di indossare "i suoi panni" nel valutare il caso giudiziario. Nelle pagine dello scrittore istriano infatti questa immedesimazione entra in gioco sia nei confronti della vicenda personale di Boris, in *Processo a Volosca*, sia in quella di Voiko, l'imputato de *La carta coperta*.

In questa prospettiva di Vegliani si collocano peraltro anche Forza, Menegon, Rumiati sostenendo che il giudizio debba derivare dalla composizione dei due elementi antinomici (emotività e razionalità), e che la giustizia si realizzi laddove nella figura del giudice sia presente una sintesi dei due principi: una sintesi che sarà comunque e sempre imperfetta, o almeno suscettibile di ulteriori perfezionamenti dal momento che ad emettere la sentenza non è un elaboratore elettronico, ma una persona in carne ed ossa.

Attraverso i suoi personaggi Franco Vegliani, dal canto suo, esemplifica la difficoltà di separare la professione di magistrato dal coinvolgimento personale con i casi che egli deve quotidianamente affrontare nell'aula di un tribunale. L'esito di questo rapporto dicotomico si risolve sempre drammaticamente nelle storie di questo scrittore. Ma esso ci presenta anche una verità, forse elementare ma netta, e cioè che «chi opera il male è fatto della stessa carne di chi opera il bene»<sup>49</sup>. Chi decide è cioè «un uomo che giudica altri uomini»<sup>50</sup>.

La produzione letteraria di Vegliani rappresenta dunque un nuovo e interessante campo, per ora quasi inesplorato<sup>51</sup>, nel filone delle *Law and Humanities* e ci riporta con forza ad una dimensione antropologica del diritto cui tutti i giuristi non possono dirsi estranei.

---

<sup>49</sup> F. VEGLIANI, *Processo a Volosca*, cit., p. 128.

<sup>50</sup> F.M. IACOVIELLO, *Postfazione a Il giudice emotivo*, cit., p. 221.

<sup>51</sup> La sola A. SANSONE in *Diritto e letteratura: un'introduzione generale*, Milano, 2001, p. 55 ha per ora segnalato *Processo a Volosca* per il campo di ricerca *Law and Literature*.

*Bibliografia*

- AGNELLI A., *Triest: die Grenze von Vegliani als Beispiel einer Zugehörigkeit*, in *Neohelikon*, 2, 1980, pp. 225-241
- ARCHIVES PARLEMENTAIRES, t. XV, Paris, 1883
- AROSIO S., *Franco Vegliani - La ricerca di un'identità*, in *Resine. Numero speciale: La cultura istriana e fiumana del Novecento*, nn. 99-100, 1994, pp. 103-119
- AUBRY D., *Quatre-vingt-treize et les Jacobins: Regards du 19e siècle*, Lyon, 1988
- CAMUS A., *L'Étranger*, Paris, 1971
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. II, Milano, 2005
- DAWSON J.P., *Gli oracoli del diritto*, trad. it., R. GIURATO (a cura di), Napoli, 2014
- FABRO C., *Kierkegaard e la dissoluzione idealistica della libertà*, in ID., *Riflessioni sulla libertà*, Rimini, 1983, pp. 181-200
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017
- FRIED I., *L'immagine della frontiera nella letteratura: Franco Vegliani*, in EAD., *Fiume città della memoria - 1868-1945*, Udine, 2005, pp. 111-120
- GERINI G., *Editoriale*, in *Termini*, n. 2, ottobre, 1936, p. 1
- HANSEN P.C., *Franco Vegliani, uno scrittore sulla frontiera*, in *Metodi e ricerche*, X, n. 2, luglio-dicembre 1991, pp. 15-25
- HANSEN P.C., *L'origine altra. Inquietudine e identità nella narrativa di Franco Vegliani*, in *La battana. Letteratura dell'esodo*, nn. 97-98, 1990, pp. 105-111
- HANSEN P.C., *La narrativa di Franco Vegliani*, in *Rivista d'Europa*, 1, 1986, pp. 51-62
- HANSEN P.C., *Prefazione e Nota critica a F. VEGLIANI, La città provvisoria*, Lucca, 2016
- HUGO V., *Quatre-vingt-Treize. Nouvelle édition augmentée*, Paris, 2014
- IACOVIELLO F.M., *Postfazione a Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, pp. 217-221
- KECHICHIAN P., *La frontière intérieure*, in *Le Monde*, 14 dicembre 1990, p. 33
- KIERKEGAARD S., *Postilla conclusiva non scientifica alle "Briciole di Filosofia"*, in ID., *Opere*, Firenze, 1972, pp. 440-443
- MAGRIS C., *Lo scrittore sulla frontiera*, in *Corriere della sera*, 10 settembre, 1982, p. 25

- MAIER B., *Processo a Volosca di Franco Vegliani*, in O. BIANCHI, C. BO, B. MAIER, *Scrittori triestini del Novecento*, Trieste, 1968, pp. 326-330
- MONTESQUIEU C.L., *L'esprit des lois*, Paris, 1961
- SANSONE A., *Diritto e letteratura: un'introduzione generale*, Milano, 2001
- SENARDI F., *Riflessioni sulla narrativa di Franco Vegliani*, in *Quaderni vergeriani. Annuario dell'associazione culturale italoungherese del Friuli Venezia Giulia «Pier Paolo Vergerio»*, anno III, n. 3, 2007, pp. 81-109
- STAJANO C., *La stessa carne*, in *L'Indice dei libri del mese*, n. 2, 1989, p. 6
- TOURING CLUB ITALIANO, *Istria, Quarnaro, Dalmazia. Arte e cultura*, Milano, 2004
- VEGLIANI F., *La carta coperta*, Gorizia-Trieste, 2006
- VEGLIANI F., *La città provvisoria*, Lucca, 2016
- VEGLIANI F., *La frontiera*, Palermo, 1996
- VEGLIANI F., *La signora Ada*, in *Termini*, n. 3, novembre, 1936, pp. 36-37
- VEGLIANI F., *Processo a Volosca*, Palermo, 1989

*FAÇADE LEGITIMATION?*  
ARGOMENTAZIONE E *DECISION MAKING*  
NELL' *ON LAW AND JUSTICE*

*Alessandro Serpe*

SOMMARIO: 1. *Introducendo l'opus magnum rossiano*. 2. *La normative ideologi al vaglio*. 3. *Façade legitimation?* 4. *Salti nel solco rossiano*.

*Abstract*

The present paper focuses on four key-concepts of Alf Ross's opus magnum: the normative ideology, the prediction of judicial behaviour, the sources of law, the legal reasoning. In the wake of some criticism raised by Stig Jørgensen and Preben Stuer Lauridsen it follows the conclusion that Ross, by adhering to the main tenets of Logical positivism and so emphasizing that the juridical argumentation is nothing but a façade legitimation aimed at supporting belief in the objectivity of the decision, precludes himself from the worthwhile possibility of constructing a theory of legal argumentation.

*1. Introducendo l'opus magnum rossiano*

L'opus magnum di Alf Ross, *On law and justice*, 1958 (trad. inglese di *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* 1953), ha dominato la scena della *jurisprudence* internazionale per più di qualche decennio. Forse per esigenze editoriali, forse per un'intricata resa di conti col passato, nella edizione inglese (1958) – e poi italiana (1965) – sono smontati, ridotti, o più spesso omessi riferimenti a luoghi e autori della cultura filosofico-giuridica danese: Carl Goos (1835-1917), Frederik Vinding Kruse (1880-1963), Knud Illum (1906-1983), Theodor Julius Geiger (1891-1952) non sono menzionati, e se com-

paiono, solo di sfuggita, quasi appartenessero a un altro mondo. Svanisce anche Viggo Bentzon (1861-1937), giurista danese la cui concezione realista era stata così tanto fortemente elogiata da Ross nella prefazione all'edizione danese da guadagnarsi, unitamente ai suoi Maestri Kelsen ed Hägerström, un sentito ringraziamento<sup>1</sup>.

Nemmeno il sottotitolo *En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (Una introduzione alla filosofia analitica del diritto) della edizione danese compare nelle edizioni inglese ed italiana. Anche qui dovrebbe poter essere lecito chiedersi se vi fossero a monte esigenze editoriali piuttosto che un'intricata resa di conti col passato o, se invece, Ross fosse stato sospinto dall'esigenza preponderante di superare riferimenti culturali tra loro inconciliabilmente obsoleti e tentare di mettersi al passo coi tempi. È bene ricordare che alla fine degli anni Cinquanta la fioritura della *Ordinary Language Philosophy* sviluppatasi ad Oxford con i lavori di John Langshaw Austin e a Cambridge con quelli del (secondo) Wittgenstein aveva comportato l'uscita di scena della filosofia analitica di prima stagione: l'analisi del linguaggio ordinario era divenuto il fulcro di attenzione d'un nuovo modo di far filosofia. L'esempio più noto di felice incontro tra studio degli usi linguistici ed analisi concettuale del diritto resta quello di Hart. Si legga un passo della prefazione al suo *The concept of law*: «In this field of study it is particularly true that we may use, as Professor J.L. Austin said 'a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena'»<sup>2</sup>. È utile, altresì, annotare che l'edizione rossiana del 1953 era destinata ad un pubblico di studenti e giuristi danesi, mentre la traduzione inglese del 1958 ad un pubblico molto più ampio. Ross si era forse trovato costretto a rincorrere lo *Zeitgeist* di quel torno d'anni? Parentesi non breve, questa, ma già da chiudere.

Un rilievo, a mo' di avvertenza, non può essere taciuto. Con il Ross di *On law and justice*, siamo ben lontani dai primi lavori dottorali segnati dall'insuccesso e dalla umiliazione accademica<sup>3</sup>. Ross, già transi-

---

<sup>1</sup> A. ROSS, *Om ret og retfærdighed En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953), København, 2003, p. 46.

<sup>2</sup> H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, p. vii.

<sup>3</sup> A. SERPE, *Realismo nordico e diritti umani. Le 'avventure' del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Napoli, 2008, pp. 24-41; ID., *Validità e scienza*

tato dal kelsenismo all'hägerströmismo, volgeva, con l'*On law and justice*, al positivismo logico. È cosa ben nota che Ross si fosse tenuto dalla parte del potente sviluppo delle scienze e del rinnovamento, nel segno d'un metodo scientifico unitario, in filosofia. Nella ricchezza e pienezza dei profili e nelle compiute corrispondenze, contatti e dipendenze da altre filosofie che si svolgono intorno a Ross si lasciano raccogliere in una medesima matrice di ricerca: l'unità della scienza. La Scuola di Vienna e di Berlino, quella di Lwów-Warszawa e di Uppsala, pragmatismo ed operazionismo americani, tutte in aperta polemica con le metafisiche e le filosofie speculative. A monte delle riflessioni di Ross ci sono Hägerström ed il nichilismo teorico professato ad Uppsala, Kelsen ed il suo ideale di purezza della scienza; anche Weber con la sua analisi di accertamento causale dei fatti politici e dei loro rapporti impiantata sull'oggettività della ricerca storica e sociologica *wertfrei*; poi, Neurath, il fondatore del Circolo di Vienna e, non in ultimo, l'economista svedese Gunnar Myrdal (1898-1987) ed il suo progetto di ingegneria sociale<sup>4</sup>.

## 2. La normative ideologi *al vaglio*

Il programma rossiano del 1953 è elaborato in conformità agli assunti dell'empirismo logico al fine proprio di marcare la distanza tra un discorso scientifico e uno non scientifico e liberare la scienza giuridica dalle pesanti catene degli astrattismi e del giuspositivismo continentali. Si legga il seguente passo tratto dall'edizione danese:

La concezione generale della filosofia moderna entro la filosofia moderna scientificamente orientata che io posso sottoscrivere, ritiene in linea generale che la filosofia non ha un oggetto specifico [...] La filosofia non è deduzione da principi di ragione mediante i quali ci viene rivelata una realtà diversa e superiore a quella fornitaci dai sensi. La filosofia non è nemmeno una estensione delle scienze, mirante a scoprire i

---

giuridica, *L'itinerario rossiano*, in L. MILAZZO, A. PORCIELLO (a cura di), *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, Pisa, 2009, pp. 100-104.

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. A. SERPE, *Giù dalla torre d'avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2017, pp. 303-305.

componenti ultimi della realtà. Essa non è una teoria ma un metodo. Questo metodo è l'analisi logica. La filosofia è logica della scienza, e il suo oggetto è il linguaggio della scienza<sup>5</sup>.

Sotto il profilo teorico-giuridico ciò che muove l'*opus magnum* è un 'concordare' del realismo psicologico di scuola scandinava da un lato, col realismo behaviouristico di scuola americana dall'altro, contro le versioni materiale (dottrina del diritto naturale) e formale dell'idealismo (il sistema kelseniano), entrambe colpevoli, ad avviso di Ross, di aver assunto l'esistenza di due differenti "mondi" corrispondenti a due differenti metodi di conoscenza. Scriveva Ross:

Un primo, "il mondo della realtà", comprende tutti i fenomeni fisici e psichici temporali e spaziali che noi apprendiamo con l'esperienza dei sensi. Vi è poi "il mondo delle idee o della validità" che comprende diversi gruppi di idee normative assolutamente valide (il vero, il buono, il bello) che noi apprendiamo immediatamente per mezzo della nostra ragione. Quest'ultimo tipo di conoscenza è, così, indipendente dall'esperienza dei sensi ed è quindi chiamato *a priori*. L'idealismo giuridico ritiene che il diritto appartenga ad entrambi i mondi: e la conoscenza del diritto sia quindi basata ad un tempo su un'esperienza esterna e su concetti *a priori* [...] il diritto è contemporaneamente fenomeno e validità, un misto di realtà e idea, o una espressione della validità della ragione nel mondo della realtà<sup>6</sup>.

È questa la nuova impresa filosofica di Ross. *Incipit vita nova!*

Se dal punto di vista teorico-giuridico è il doppio superamento dell'idealismo giuridico (materiale e formale) a finire nel 'mirino epistemologico' di Ross, dal punto di vista degli uffici della scienza giuridica il punto cruciale è la sua scientificità. L'ufficio proprio della scienza giuridica sta, per Ross, nel formulare asserzioni circa il diritto valido (*gældende ret*; *current law*; diritto vigente) secondo gli assunti del suo venerato empirismo logico. Come ogni asserzione scientifica anche quelle della scienza giuridica possono essere verificate empiricamente in modo esatto. La verifica di tali asserzioni giace, dunque, in un fatto: il comportamento dei giudici. Si noti: Ross non sostiene che le asser-

---

<sup>5</sup> A. ROSS, *Om Ret og retfærdighed*, cit., p. 70 [mia trad.].

<sup>6</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 63.

zioni *circa* il diritto valido abbiano ad oggetto il comportamento dei giudici; piuttosto, sono le norme giuridiche – seppur fenomeni ideologici privi di esistenza spazio-temporale – ad acquisire ‘fattualità’ per il tramite del comportamento del giudice, ossia della sua decisione. Per dirla tutta: è possibile gettare le fondamenta empiriche di verificabilità delle asserzioni della scienza giuridica *circa* il diritto valido sulla scorta dell’osservazione del futuro comportamento decisionale del giudice.

E siamo al punto: come è possibile prevedere con esattezza il comportamento futuro dei giudici? Qual è il presupposto in base al quale è possibile che la scienza giuridica preveda il comportamento dei giudici? L’ipotesi rossiana di base è che «il giudice – così scriveva – sia governato (*beherkes*) ed animato (*motiveres*) nella sua vita spirituale (*sjæleliv*) da una ideologia normativa di contenuto determinato»<sup>7</sup>. L’ipotesi di base, il presupposto, è, dunque, l’esistenza di un unico (unico e medesimo!) fattore che influisce sulla formulazione della decisione del giudice, “fattore unico” che Ross chiama *normative ideologi*, ideologia normativa. Ad avviso di Ross i giudici di una determinata comunità condividono una (unica e medesima!) ideologia alla quale si sentono vincolati. In un passo della versione danese Ross così spiegava:

Il giudice deve in ogni caso aprirsi una strada verso una norma di condotta che egli pone alla base della sua decisione. Se la previsione è possibile è perché il processo mentale in base al quale il giudice decide di fondare la sua decisione su una norma piuttosto che su un’altra, non è un capriccio né un atto di arbitrio variabile dal giudice. Per al giudice Poul, ma è un processo determinato da concetti e atteggiamenti, una ideologia normativa che è presente e attiva nella mente dei giudici danesi, allorché essi agiscono in veste di giudici<sup>8</sup>.

Oggetto dell’ideologia normativa è, per Ross, la dottrina delle fonti del diritto (*retskildelæren*):

Essa costituisce una parte integrante del diritto valido danese e consiste in direttive che non riguardano direttamente il modo con il quale risolvere le controversie giuridiche ma indicano il modo con il quale il giu-

---

<sup>7</sup> A. ROSS, *Om ret og retfærdighed*, cit., p. 120 [mia trad.].

<sup>8</sup> *Ivi*, pp. 121-122 [mia trad.].

dice dovrà procedere per trovare questa o quella direttiva ai fini della risoluzione del caso in questione<sup>9</sup>.

La dottrina delle fonti del diritto ha, a sua volta, ad oggetto le fonti del diritto (*retskilde*), vale a dire l'insieme dei fattori che influiscono sulla formulazione della norma che sta a fondamento della decisione del giudice. L'influenza dei fattori può variare in base al grado di oggettivazione che esibiscono i vari tipi di fonte:

Metaforicamente parlando si può dire che mentre la legislazione fornisce al giudice un prodotto finito immediatamente e suscettibile di applicazione, il precedente giudiziario e la consuetudine forniscono soltanto un prodotto semi-lavorato che deve essere ulteriormente rifinito dal giudice; la "natura del rapporto giuridico" (*forholdets natur*), per parte sua, non fornisce altro che un materiale grezzo al giudice il quale dovrà da essa costruire la regola necessaria per la risoluzione del caso<sup>10</sup>.

Possiamo schematizzare nel seguente modo le 'rossiane' fonti del diritto (in base al loro grado di oggettivazione):

- legislazione in senso lato (fonte pienamente oggettivata);
- precedente e consuetudine (fonti parzialmente oggettivate);
- natura del rapporto giuridico, ragione, tradizione giuridica (fonti non oggettivate, libere).

L'ideologia normativa – 'rilevata' dalla scienza giuridica attraverso l'osservazione del comportamento effettivo dei giudici – fornisce "basi certe" alle previsioni della scienza giuridica. Ma come? Ross applica il principio di verificabilità (o di verifica), idea centrale dell'empirismo logico, alle asserzioni della scienza giuridica. Il principio di verificabilità diviene, dunque, la regola metodologica fondamentale dell'attività dello scienziato del diritto: il principio di verificabilità costituisce il *criterio di significatività* delle asserzioni della scienza giuridica; il *criterio di controllo empirico e di verifica* delle asserzioni della scienza giuridica; il *criterio di verità* delle asserzioni della scienza giuridica.

Le asserzioni della scienza giuridica sono previsioni (*forutsigelser*; *predictions*) relative a fatti, eventi futuri; gli eventi futuri si basano su

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 122 [mia trad.].

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 123 [mia trad.].

un determinato materiale osservabile (il comportamento decisionale dei giudici relativo a controversie giuridiche d'un certo tipo); il materiale osservabile costituisce la base empirica di controllo e verificabilità delle previsioni affinché l'asserzione-previsione della scienza giuridica possa esser detta vera o falsa a seconda che si diano o meno buone ragioni per credere che una determinata norma sia applicata, ovvero adottata e posta alla base d'una (futura) decisione d'un giudice.

Da quanto fin qui mostrato dovrebbe poter esser lecito convenire sul fatto che Ross abbia 'fissato' il suo modello (a suo avviso, descrittivo) di scienza giuridica in avversione non solo a quello positivistic (kelseniano) ma anche a quello realista (hägerströmiano) secondo cui 'scienza del diritto' è *science about law*, scienza non di norme ma *circa* le norme, vale a dire scienza il cui ufficio è quello di indagare i fatti socio-psicologici che sottendono le norme e/o ricostruire le origini storico-antropologiche delle norme. Il modello rossiano di scienza giuridica è, per sua ammissione, quello d'una scienza sociale empirica, il cui oggetto sono fatti empiricamente osservabili, fatti linguistici e fatti psicologici.

Ma è *questa* solo questione di 'filosofia del diritto'? Il modello rossiano di scienza giuridica è un contributo, se non un esperimento, volto a rendere la scienza del diritto una disciplina socio-psicologica, o quanto meno un'*esquisse* a larghi tratti di 'sociologia del diritto': con l'attribuire significatività cruciale ai fattori motivanti dietro e a monte del comportamento dei giudici Ross pare avesse sospinto la sua barca verso le rive della sociologia del diritto. Per quanto egli ne fosse stato consapevole.

Ad onor del vero era stato lo stesso Ross a non aver affatto riconosciuto significatività alla sociologia giuridica: nel quarto paragrafo dell'edizione del 1953, Ross, nei modi rigorosamente neopositivisti di riduzione delle scienze ad unità, aveva distinto la *retsdogmatikk* o la *retsvidenskab i snævrere forstand* (dogmatica giuridica o scienza giuridica in senso stretto) dalla *retssociologi* (sociologia del diritto) in base all'oggetto di studio: la prima – scriveva – assume le norme giuridiche ad oggetto di studio, mentre la seconda il diritto in azione (*retsliv*). Norme giuridiche e diritto in azione non sono, per Ross, «due sfere di esistenza indipendenti, ma due aspetti astratti di una e della medesima

realtà. Ed è per questo – così egli concludeva – che esse rappresentano due punti di vista che si presuppongono vicendevolmente»<sup>11</sup>. Appena un poco più avanti Ross affermava che la dogmatica non fosse da tenersi separata dalla sociologia del diritto: «anche se la dogmatica volge il suo interesse verso l'ideologia, essa non è mai una astrazione dalla realtà sociale»<sup>12</sup>. Ed ancora, egli distingueva la sociologia del diritto in due sottocategorie: la *grundvidenskab* (scienza generale) e la *teknisk videnskab* (scienza tecnica): la prima, una sorta di sociologia generale del diritto composta di una parte generale e di una serie di discipline specialistiche (la criminologia; la scienza politica) e la seconda, la scienza tecnica, una sorta di sociologia giuridica applicata che, similmente alle scienze naturali tecniche, assume un campo di studio le cui 'scelte' vengono compiute in vista di determinati compiti pratici. La *retspolitik* (politica del diritto) è, per Ross, scienza del diritto *de lege ferenda*, vale a dire una sociologia del diritto applicata che conserva il suo carattere di scienza se e solo se è guidata da ricerca razionale e non da valutazioni personali<sup>13</sup>.

Tuttavia, una volta marcati come col vomere d'un aratro i confini tra i due campi, Ross, quasi a volerla liquidare in fretta, affermava essere la sociologia del diritto «così giovane e poco sviluppata da rendere difficile stabilire i problemi di cui essa si occupa»<sup>14</sup>.

Come si è avuto modo di vedere più addietro, il modello rossiano di scienza giuridica procedeva di passo con l'urgenza di fissare con un forte nodo la corda dell'empirismo logico: la scienza giuridica per essere propriamente scienza è, o meglio, deve essere, una scienza sociale empirica, il cui oggetto sono fatti empiricamente osservabili, fatti linguistici, fatti psicologici. Ma, chiediamoci: Ross – quale che fosse la sua 'veste', filosofo del diritto o "inconsapevole" sociologo del diritto – ha sottoposto la sua *prediction theory*, teoria fondata sulla presunta esistenza d'una ideologia normativa condivisa dai giudici, 'base certa' delle asserzioni predittive della scienza giuridica, ad una verifica empirica?

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 64 [mia trad.].

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 65 [mia trad.].

<sup>13</sup> *Ivi*, pp. 68-69 [mia trad.].

<sup>14</sup> *Ivi*, pp. 65-66 [mia trad.].

La risposta è no. Ross ipotizza l'“esistenza” d'una ideologia normativa senza coinvolgersi in verifiche sperimentali. Si dirà: non basta di certo presupporre l'esistenza d'una ideologia normativa a rendere ‘scientifico’ il lavoro dei giuristi. L'ideologia normativa è un'ipotesi che resta tale perché non sottoposta al vaglio della verifica empirica. D'altra parte, per quante osservazioni si producano non si potrà mai dimostrare in modo definitivo che una qualsivoglia ideologia normativa sia *vera*!

Nella recensione all'edizione danese del 1953 il danese Knud Illum, giurista e teorico del diritto della Università di Århus, reputò azzardato sostenere non solo che la validità di una norma giuridica dipendesse dal grado di probabilità con cui un giudice decida di porla alla base della sua decisione quanto fosse, anche, scientificamente arduo verificare l'“esistenza” d'una ideologia «presente e attiva nella mente dei giudici danesi, allorché essi agiscono in veste di giudici». Ad avviso di Illum Ross aveva ascrivuto al diritto un'esistenza indipendente dai fatti, un'esistenza esterna alle relazioni concrete della vita, priva di verifica empirica. Inoltre, il professato diniego dell'interazione tra teoria e prassi giuridica – critica, quest'ultima, che, come si vedrà di qui a breve, rappresenterà il nocciolo duro dei severi attacchi alla rossiana *prediction theory* da parte di Preben Stuer Lauridsen – e la non verificabilità delle ipotesi assunte, relegava l'*opus magnum* di Ross nei campi delle mere speculazioni. E le mere speculazioni, come sirene incantatrici, distraggono pericolosamente i giovani giuristi dalla pratica del diritto:

Avverto una significativa preoccupazione – scriveva allarmato Illum a chiusura della sua recensione – riguardo al fatto che il libro di Ross possa costituire il testo di base nelle università danesi, anche perché secondo il piano di studio è possibile suggerire agli studenti la scelta dell'insegnamento di storia del diritto piuttosto che quello di teoria generale del diritto<sup>15</sup>.

Siamo, teniamolo bene a mente, nel 1953.

---

<sup>15</sup> K. ILLUM, *Alf Ross: Om Ret og retfærdighed*, in: *Ugeskrift for Retsvæn*, 87, 1953, p. 291.

### 3. *Façade legitimation?*

A quali trazioni o conversioni andasse sottoposto l'impianto della *prediction theory* perché potesse risultare utile ad una sociologia empirica è tutto altro capitolo<sup>16</sup>. Certo è che la questione epistemologica del diritto e la nozione di ideologia normativa non possono essere tralasciate in riferimento alle riflessioni rossiane quanto a giustificazione razionale delle decisioni del giudice e alle possibilità d'una teoria dell'argomentazione giuridica. Mi limito a qualche annotazione.

Come s'è visto più addietro oggetto dell'ideologia normativa è la dottrina delle fonti del diritto (*retskildelæren*); la dottrina delle fonti del diritto ha, a sua volta, ad oggetto le fonti del diritto (*retskilder*), vale a dire l'insieme dei fattori che influiscono sulla formulazione della norma che sta a fondamento della decisione del giudice, e tale influenza può variare in base al grado di oggettivazione dei vari tipi di fonte. Ross, lo si è visto, classifica le fonti del diritto in base al loro grado di oggettivazione: legislazione in senso lato (fonte pienamente oggettivata); precedente e consuetudine (fonti parzialmente oggettivate); “natura del rapporto giuridico”, “ragione” (fonti non oggettivate, libere).

Siamo ad un punto importante. Le ultime fonti, quelle “libere”, minano alla oggettività o scientificità della ideologia normativa proprio perché esse trovando espressione nella tradizione culturale, nelle consuetudine, nella prassi giuridica, nella letteratura giuridica si ritrovano coinvolte in altri ‘luoghi’, la sociologia, la storia del diritto, la scienza dello Stato<sup>17</sup>. Ciò è riprova non solo della complessità del processo decisionale del giudice, quanto anche della profonda difficoltà d'una ‘oggettivamente scientifica’ ideologia normativa. La spia più forte è lanciata dallo stesso Ross il quale nel paragrafo 9 intitolato *Særligt om verifikation af retsvidenskabelige sætninger vedrørende forholdsnormer* (Verifica delle proposizioni giuridiche concernenti norme di condotta) dell'edizione del 1953 dà conto dell'esistenza di altri fattori che in-

---

<sup>16</sup> Per un'analisi delle origini degli studi sociologico-giuridici in Scandinavia e, in particolare, sui rapporti tra scienza giuridica e sociologia del diritto in Ross cfr. A. SERPE, *Dardi di fuoco contro la sociologia del diritto. Geiger, Aubert, Goldschmidt nel mirino di Alf Ross*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2019, pp. 7-42.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. K. ILLUM, *op. cit.*, pp. 284-285.

fluenzano e guidano il processo decisionale del giudice, fattori che, non essendo palesati nella sua *ratio decidendi*, sfuggono ad ogni prevedibilità. In quel passo Ross si interrogava, in particolare, sulla relazione tra motivazione e sentenza: avvertito dei limiti della dottrina tradizionale secondo cui la sentenza è il risultato di un ragionamento sillogistico affermava che nel ginepraio di regole, di interpretazioni contrastanti, di opinioni dissenzienti, di considerazioni pratiche, di possibilità di costruire più di una soluzione al caso, il ragionamento del giudice non fosse che una “razionalizzazione in funzione della decisione”. «L’argomentazione giuridica delle premesse – scriveva Ross – è una *façade* designata a sostegno della credenza nella obiettività della decisione»<sup>18</sup>, e, con una certa frettolosità semplificatrice, finiva col concludere che: «se sia possibile giungere ad una vera comprensione di quello che accade [quando un giudice decide] o predire l’esito di un caso giuridico, appartiene ad un campo di studi altro rispetto a quello giuridico»<sup>19</sup>.

Mi pare lecito sostenere che Ross non solo non si sia coinvolto in verifiche quanto all’ipotesi d’una “ideologia normativa”, vale a dire in studi sul *comportamento* del giudice, ma si sia anche tenuto fuori da studi sul *ragionamento* del giudice, negando, così, ogni possibilità di ‘costruzione’ d’una teoria dell’argomentazione giuridica.

La pregevolezza e l’utilità di una teoria dell’argomentazione giuridica è, quindi, da Ross, esclusa, proprio a riprova della sua adesione al modello filosofico neopositivista. Anche riferimenti alla rinascita degli studi di retorica giuridica esulano dalle riflessioni di Ross: uno scarso cenno alla *nouvelle rhétorique* compare in una piccola nota a piè pagina in chiusura del capitolo 79 ove Ross si limitava ad una semplice ricognizione dei nuovi studi di Charles Perelman: *Réflexions sur la justice e Raison éternelle, raison historique*, l’uno del 1951, l’altro del 1952, e *Logique et rhétorique*, di Perelman e Obrechts-Tyteca, 1950<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> A. ROSS, *Om Ret og retfærdighed*, cit., p. 91; ID., *On law and justice*, London, 1958, p. 44; ID., *Diritto e giustizia*, cit., 1965, p. 43.

<sup>19</sup> A. ROSS, *Om Ret og retfærdighed*, cit., p. 91 [mia trad.].

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 415, n. 25.

#### 4. Salti nel solco rossiano

Immaginare che la filosofia del diritto danese sia rimasta appartata entro la filosofia del diritto rossiana sarebbe un errore. La riflessione filosofico-giuridica danese, nelle sue distinte voci, ha offerto, sui temi precipui della filosofia giuridica rossiana, più d'una occasione di incontro e di scontro. Non è questa la sede per discutere con dovizia di dettagli le singole voci dissonanti, ma è di certo utile raccogliere alcune suoni che vengono da quelle voci<sup>21</sup>. Provo a svolgere e a mostrarne due in particolare, quelle di Stig Jørgensen (1927-2015) e di Preben Stuer Lauridsen (1940-2013), voci che possono a buona ragione dirsi convergenti e leggersi, pur nelle precipue differenze, in continuità. L'*ideologia normativa*, momento 'costitutivo' della scienza giuridica rossiana, e il *decision making* rappresentano i punti di convergenza di siffatte voci. Le riflessioni si dipanano nel modo seguente:

- 1) critica alla (mancata) verifica empirica dell'ideologia normativa e della *prediction theory*;
- 2) critica alla (mancata) considerazione dei profili di argomentazione giuridica e di giustificazione razionale del *decision-making*.

Che Ross non avesse prestato alcuna attenzione alla argomentazione giuridica e ai profili di *decision-making* e che ciò avesse rappresentato un grosso difetto nell'impianto della sua teoria giuridica, difetto provocato dall'ansia mai conclusa o dal timore del precipitare e perdersi nell'astrattismo e nella metafisica, è quanto avvertito da Stig Jørgensen, professore di *Jurisprudence* e Sociologia del diritto presso la Università di Århus. Nel suo contributo pubblicato in occasione del *Festschrift* in onore di Alf Ross (1969)<sup>22</sup>, Jørgensen, pur non disconoscendo la significatività di *On law and justice* ne rilevava una grave falla: l'argomentazione giuridica. Nel mirino di Jørgensen vi era ogni attitudine meto-

---

<sup>21</sup> Per una più ampia ricostruzione critica del dibattito danese post-rossiano, e in particolare sulle figure di Stig Jørgensen, Preben Stuer Lauridsen e Roland Doublet, cfr. A. SERPE, *Il pensiero filosofico e giuridico danese. Tra comunità democrazia e diritto*, Torino, 2020, pp. 199-283.

<sup>22</sup> S. JØRGENSEN, *Argumentation and decision*, in M. BLEGVAD, M. SØRENSEN, I. FOIGHEL, J. TROLLE, A. VINDING KRUSE (a cura di), *Festschrift til Professor, Dr Jur&Phil. Alf Ross*, København, 1969, pp. 261-284.

dologico-descrittivo di stampo giuspositivistico ed analitico, l'empirismo logico, e entro di esso, il modello descrittivo di scienza giuridica russiana. Nell'impresa di correggere la falla russiana Jørgensen trovava sostegno negli studi, a lui contemporanei, di teoria dell'argomentazione e di retorica giuridica – dal *Topik und Jurisprudenz* di Theodor Viewheg (1933) al *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica* (1958) di Perelman e Obrechts-Tyteca – ed osservava che accettare le rigide premesse epistemologiche dell'empirismo logico per dispiegare la conoscenza su basi empiriche non conduceva necessariamente all'espulsione di valori e giudizi di valore dal regno della razionalità. Anzi: espellerli dal regno della razionalità avrebbe significato, per Jørgensen, privarli di ogni forma di controllo, finendo col nuocere al metodo stesso<sup>23</sup>. Per Jørgensen la decisione giudiziaria non è, parimenti per Ross, una mera deduzione logica a partire da premesse giuridiche e fattuali, ma, diversamente da Ross, ciò non vuol significare che essa sia il prodotto di intuizioni emotive del giudice, di scelte ricoperte di vesti ideologico-giuridiche:

Una scelta [quella del giudice] non è irrazionale semplicemente perché è una scelta o perché non può essere la conclusione di una inferenza logica; la scelta è guidata dalle idee giuridiche che controllano il sistema giuridico.

Poi, riprendendo un passo del Perelman tratto da *La Théorie Pure du Droit et l'Argumentation* così concludeva: «la scelta può essere giustificata in un modo ragionevole in virtù di un argomento la cui forza e pertinenza sono riconosciute»<sup>24</sup>. Nonostante, dunque, la decisione del giudice sfugga ad un controllo empirico, essa, per Jørgensen, può esser detta “ragionevolmente controllata”: gli argomenti forniti dalle parti, l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina ed il sistema giuridico nel suo complesso costituiscono forme di controllo.

Per Ross tutt'altra aria: in conformità all'epistemologia positivista non è possibile accedere *realisticamente* ai fattori che *di fatto* motivano i giudici nel processo decisionale. Come s'è visto, la motivazione rap-

---

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 264.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 279.

presenta per Ross una “façade legitimation”, una cortina impenetrabile che nasconde ciò su cui il giudice realmente fonda la sua decisione. Ma bandire i valori e i giudizi di valore perché irrazionali e scientificamente inaccessibili è, davvero, riprova e conferma d’una vera “verità”? Certo, quella offerta, dalla sua, di Ross, visione di scienza!

Per Jørgensen la ‘riabilitata’ distinzione perelmaniana e viehwegiana tra argomentazione analitica ed argomentazione dialettica costituiva la testimonianza più viva d’una “vera” alternativa sia all’intuizionismo che al positivismo filosofico, sia all’emotivismo che al razionalismo cartesiano. Lo studio delle forme di razionalità non deduttive, delle tecniche e del discorso deliberativo, degli argomenti e delle pratiche argomentative rappresentava, a suo avviso, un correttivo necessario alle distorsioni dell’*On law and justice* e, più in generale, a qualsiasi giurisprudenza che avesse voluto dirsi “realista”. Una giurisprudenza realista non può non ammettere – così affermava – l’“esistenza” di valori e giudizi di valore misconoscendo, così, il fatto che essi siano fattori decisivi del *decision making*; né può esser cieca dinnanzi a quel materiale vivo fatto di principi sottintesi alle regole del diritto, vale a dire quei fattori altrettanto decisivi nel processo decisionale del giudice. Se una giurisprudenza che voglia dirsi realista così non facesse rischierebbe di isolarsi nella *turris eburnea* della scienza dalla cui vetta si limiterebbe a disegnare i confini del giuridico. Insomma: per Jørgensen la professione di scienza non impedisce affatto al filosofo del diritto di avere nel suo orizzonte di studio valori, giudizi di valore ed argomentazione giuridica.

Una diversa tematizzazione delle questioni gnoseologiche ed epistemologiche per la filosofia del diritto e, non meno, una rilettura fortemente critica delle concezioni realiste del diritto e, in particolare, di quella rossiana è tratto peculiare delle riflessioni di un altro giurista danese Preben Stuer Lauridsen, successore di Ross alla cattedra di filosofia del diritto a Copenhagen. Nel suo lavoro dottorale *Studier i retspolitisk argumentation* (Studi di argomentazione politico-giuridica), 1974, Lauridsen considerava il modello rossiano di scienza giuridica come una fuorviante applicazione della *correspondence theory of truth* elaborata da Bertrand Russell. Per Ross le proposizioni della scienza giuridica sono previsioni circa il futuro comportamento del giudice: il

valore di “verità” di tali proposizioni sta – secondo il Lauridsen interprete di Ross – proprio nella *corrispondenza* di tali proposizioni ad una ‘supposta’ ideologia normativa condivisa dai giudici. Secondo Lauridsen, Ross pare avesse ragionato a questo modo: la proposizione “D è diritto valido (*gældende ret*)” è vera, se e solo se, *corrisponde* ad una ideologia normativa condivisa di fatto dai giudici, sempre che D è applicato e sentito, da essi, come socialmente vincolante; le proposizioni della scienza giuridica possono, per parte loro, essere verificate solo se quanto in esse descritto *corrisponde* o meno a siffatta ideologia<sup>25</sup>. Per Lauridsen le descrizioni della scienza giuridica non corrispondono ad alcuna realtà giuridica di fatto *corrispondente* al contenuto di una formulazione linguistica, ossia al contenuto di una predizione. Le descrizioni della scienza giuridica dipendono da una serie di diverse possibilità di scelta tali da generare disaccordi pratici fra i giuristi. Per Lauridsen criterio definitivo di correttezza d’una scelta è l’intersoggettività, vale a dire l’insieme di criteri che ricorrono nel metodo giuridico accettato e nella dottrina delle fonti del diritto. L’intersoggettività è, per parte sua, condivisione di regole e di tradizioni giuridiche condivise da una determinata comunità di *lawyers*: le regole e le tradizioni giuridiche forniscono le linee guida per una ‘corretta’ e coerente argomentazione giuridica<sup>26</sup>.

Anche le riflessioni di Lauridsen, come quelle di Jørgensen, possono ben essere assunte come testimonianza viva d’un diffuso sentire a cavallo degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. Le istanze derivanti dall’ermeneutica giuridica e dalla teoria dell’argomentazione giuridica servono anche a Lauridsen per muovere una severa critica alle metodologie descrittiviste di stampo giuspositivistico ed analitico e all’empirismo logico, e entro di esso, al modello descrittivo di scienza giuridica rossiana. Lo si evince agevolmente in molti dei suoi assunti: l’assunto secondo cui la “verità” d’una proposizione della scienza giuridica sta nella suo essere *coerente* con il complesso di assunti circa il mondo, assunti di fatto condivisi dalla comunità linguistica dei *lawyers*; l’idea per cui l’“accesso” ad una supposta “ideologia normativa” non

<sup>25</sup> S.P. LAURIDSEN, *Studier i retspolitik argumentation*, København, 1974, pp. 57-59, p. 139.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 152, pp. 184-185, pp. 201-202.

possa che avvenire se non per il tramite del linguaggio; l'assunto per cui non si dà alcuna realtà indipendente dal linguaggio; la critica alla distinzione, anche rossiana, tra realtà e descrizione della realtà; la nozione di *web of beliefs* e l'interazione tra linguaggio ed esperienza che ben ricorda il Quine di *Two dogmas of empiricism*<sup>27</sup>.

Le vie, i confronti di filosofia, le eredità rossiane ricevute e messe a frutto si intravedono. I contributi di Jørgensen e di Lauridsen hanno ben rappresentato uno slittamento della filosofia e della teoria del diritto danese verso l'ermeneutica giuridica, la retorica giuridica e la teoria dell'argomentazione giuridica. Entro di esse, fosse pure nel segno e sotto il nome d'una apertura della filosofia del diritto al mondo dei fatti e dei valori. Certo è che nei contributi danesi post-rossiani stanno contratti e si dispiegano in una incessante interazione, diritto, politica, scienza ed argomentazione. Jørgensen aveva dissolto l'empirismo logico e il modello descrittivista rossiano con l'ermeneutica giuridica; anche Lauridsen si era spinto in quella direzione, ma con gli strumenti epistemologici della *coherence theory of truth*. Le proficue riflessioni di Jørgensen e Lauridsen svolte in un vivace gioco di superamento critico del modello filosofico positivista e della filosofia giuridica rossiana spianano la strada verso una riabilitazione della razionalità pratica lasciandosi iscrivere nei grandi quadri europei dell'ermeneutica giuridica e delle teorie dell'argomentazione e del ragionamento giuridico: Robert Alexy, Aleksander Peczenick, Neil MacCormick, Karlo Tuori, Aulis Aarnio sono tra i loro interlocutori, palesi e/o segreti.

Dagli anni Sessanta del secolo scorso s'apriva in Danimarca, a muovere da modelli epistemologici e metodologici alternativi, un modo altro di fare filosofia del diritto e di pensare a scienza giuridica. Salti, si dirà, quanto che ancora si fosse nel solco rossiano.

### Bibliografia

HART H.L.A., *The concept of law*, Oxford, 1961

ILLUM K., *Alf Ross: Om Ret og retfærdighed*, in *Ugeskrift for Retsvæn*, 87, 1953

---

<sup>27</sup> W.V.O. QUINE, J.S. ULLIAN, *The web of beliefs*, New York, 1978.

- JØRGENSEN S., *Argumentation and decision*, in M. BLEGVAD, M. SØRENSEN, I. FOIGHEL, J. TROLLE, A. VINDING KRUSE (a cura di), *Festskrift til Professor, Dr Jur&Phil. Alf Ross*, København, 1969, pp. 261-284
- LAURIDSEN S.P., *Studier i retspolitik argumentation*, København, 1974
- QUINE W.V.O., ULLIAN J.S., *The web of beliefs*, New York, 1978
- ROSS A., *Om ret og retfærdighed En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953), København, 2003
- ROSS A., *On law and justice*, London, 1958
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Torino, 1965
- SERPE A., *Realismo nordico e diritti umani. Le 'avventure' del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Napoli, 2008
- SERPE A., *Validità e scienza giuridica, L'itinerario rossiano*, in L. MILAZZO, A. PORCIELLO (a cura di), *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, Pisa, 2009
- SERPE A., *Giù dalla torre d'avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2017
- SERPE A., *Dardi di fuoco contro la sociologia del diritto. Geiger, Aubert, Goldschmidt nel mirino di Alf Ross*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2019, pp. 7-42
- SERPE A., *Il pensiero filosofico e giuridico danese. Tra comunità democrazia e diritto*, Torino, 2020



# VALORI E LIMITI DELLO *STORYTELLING* FORENSE: IL RACCONTO TRA PERSUASIONE E REALTÀ

*Serena Tomasi*

SOMMARIO: 1. 1. *Il recupero della retorica e i discorsi sulla persuasione.* 2. *Lo storytelling: le insidie della definizione.* 3. *I caratteri della narratologia forense.* 4. *Un esempio di storytelling forense.* 5. *La retorica dello storytelling.*

## *Abstract*

The purpose of this essay is to free storytelling from the prejudice that disqualifies it as a mere practice of professional communicators, to show how the narrative activity of the storyteller is central to social life. After tracing the definition of storytelling, we intend to focus on its effectiveness, illustrating an application of forensic storytelling, to finally show the need to enhance narrative techniques as an expression of rhetoric. The analysis of storytelling will be conducted from a specifically rhetorical point of view, according to Aristotle's model for which there is no theory of argumentation separate from a theory of the study of narratives.

## *1. Il recupero della retorica e i discorsi sulla persuasione*

Dopo gli studi pionieristici di Chaïm Perelman (1912-1984) sulla “nuova retorica”, si è assistito ad un recupero positivo della retorica, non scevro dall'ambiguità che ha caratterizzato la storia di questa disciplina. La maggior parte delle teorie dell'argomentazione apòs Perelman resta, infatti, ancorata alla ragionevolezza declinando, nei suoi mi-

gliori esempi, la retorica come una «persuasione ragionevole»<sup>1</sup>. Le formule di maggior successo elaborate da teorici dell'argomentazione hanno, infatti, enfatizzato la “via dialettica” come preminente in ambito sia teorico che pratico, relegando la retorica al rango di tecnica d'ornamento del discorso, quando non di stratagemma astuto per ottenere consenso (l'antica sofistica)<sup>2</sup>. Questa è anche l'immagine della retorica che quotidianamente si incontra nel discorso dei media e della comunicazione, che diffondono un discorso facile sulla persuasione che non la distingue dalla manipolazione: si tratta di una visione riduttiva ed impoverita della retorica come luogo della seduzione e dell'inganno<sup>3</sup>. La svalutazione della retorica si fonda sulla convinzione che non abbia alcun rapporto con la verità e che sia riducibile ad un'abilità pratica, che «produce credenza senza sapere»<sup>4</sup>, cioè che fa credere qualcosa, ma che non mostra la verità di qualcosa. Tra i lusingatori contemporanei vi sono i retori dello *storytelling*<sup>5</sup>: la retorica dello *storytelling* è per lo più collocata nell'ambito del sapere dogmatico come uno strumento di so-

---

<sup>1</sup> L'espressione è tratta dal contributo di Andrea Rocci al volume dedicato all'educazione all'argomentazione, nel quale, ponendo la domanda sulla ragionevolezza della persuasione, il linguista esamina il ruolo della persuasione, da Aristotele alle teorie argomentative contemporanee, valorizzando il modello retorico aristotelico per il quale l'impegno persuasivo non solo non era disonorevole, ma anzi necessario e moralmente doveroso. A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER, *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, pp. 88-115.

<sup>2</sup> Per una disamina delle principali teorie argomentative contemporanee e delle loro applicazioni in ambito giuridico, v. S. TOMASI, *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sulla retorica e sulle sue connessioni con la moderna teoria dell'argomentazione, v. F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2009; EAD., *Linguaggio persuasione e verità. La retorica nel Novecento*, Roma, 2004.

<sup>4</sup> PLATONE, *Gorgia*, 454e.

<sup>5</sup> Per una presentazione sistematica delle teorie della narrazione, v. S. CALABRESE, *La comunicazione narrativa. Dalla letteratura alla quotidianità*, Milano, 2010; G. FERRARO, *Teorie della narrazione. Dai racconti tradizionali all'odierno storytelling*, Roma, 2015; A. SMORTI, *Il pensiero narrativo: costruzione di storie e sviluppo della conoscenza sociale*, Firenze, 1994; ID., *Narrazioni*, Firenze, 2007; ID., *Raccontare per capire: perché narrare aiuta a pensare*, Bologna, 2018.

praffazione, il cui scopo primario non è la conoscenza, ma orientare il consenso dell'uditorio<sup>6</sup>.

Lo scopo di questo saggio è quello di liberare lo *storytelling* dal pregiudizio che lo squalifica come mera pratica dei comunicatori professionali, per mostrare come l'attività narrativa dello *storyteller* sia conaturata all'uomo ed il racconto sia centrale nella vita sociale.

Dopo aver tracciato la definizione di *storytelling*, intendiamo soffermarci sulla sua efficacia, illustrando un'applicazione di *storytelling* forense, per mostrare, infine, la necessità di valorizzare le tecniche narrative come espressione della *teche* retorica. L'analisi dello *storytelling* sarà condotta da un punto di vista specificamente retorico, secondo il modello di Aristotele per il quale non c'è una teoria dell'argomentazione separata da una teoria dello studio delle narrazioni, ma un'unica *teche* del discorso che mira alla persuasione.

## 2. *Lo storytelling: le insidie della definizione*

Il dizionario Treccani<sup>7</sup>, nel 2008, registrava questo termine tra i neologismi, facendone risalire la prima attestazione d'uso in Italia in ambito giornalistico, nel quotidiano *La Repubblica* del 4 settembre 1990. Il termine, da allora, ha subito un'evoluzione di senso che ha trasformato l'attività di raccontare o scrivere storie in una «narrazione scientificamente progettata»<sup>8</sup>, legando il narrare all'utilizzo consapevole e deliberato di strategie di consenso, anche psicologiche. Lo *storytelling*, nell'uso corrente, si identifica e confonde con un'operazione di management, messa a punto da professionisti che utilizzano le risorse del raccontare per far credere qualcosa per il proprio tornaconto, anche a discapito della verità.

---

<sup>6</sup> Segnatamente, sullo *storytelling*: C. SALMON, *Storytelling: la fabbrica delle storie*, Roma, 2008; A. PERISSINOTTO, *Raccontare. Strategie e tecniche di storytelling*, Bari-Roma, 2020.

<sup>7</sup> V. [https://www.treccani.it/vocabolario/storytelling\\_%28Neologismi%29](https://www.treccani.it/vocabolario/storytelling_%28Neologismi%29) (ultima visita: 30 dicembre 2020).

<sup>8</sup> A. PERISSINOTTO, *Raccontare*, cit., p. 8.

Nel discorso dominante sulla persuasione dello *storytelling*, si consolida l'idea che l'unica funzione della retorica sia quella di fornire strumenti linguistici per ottenere successo anche mediante inganni ed equivoci. Lo *storyteller* è, infatti, un abile affabulatore, che non solo narra una storia (*fabula*), ma sviluppa un racconto fascinoso sulla base di fatti, in tutto o in parte, infondati, generando la convinzione in chi ascolta che sia verità. Questo rende l'affabulatore un soggetto piuttosto pericoloso, poiché non è la conoscenza ad orientare il suo comportamento, ma unicamente la platea cui rivolge le sue parole.

Secondo Alessandro Perissinotto, docente di *storytelling* all'Università di Torino, la causa di questa deriva di significato va ricercata anzitutto nel concetto di *story*<sup>9</sup>.

A livello lessicale, il *Cambridge Dictionary* distingue tre definizioni di *story*: «A) a description, either true or imagined, of a connected series of events; B) a report in a newspaper or on a news broadcast of something that has happened; C) a lie»<sup>10</sup>.

Ci sono, cioè, tanti tipi di storia: tra i significati propri della parola è compreso quello di menzogna, che richiama al racconto di storie fasulle. Le altre voci mettono invece in evidenza altri sensi di storia: come rappresentazione di una serie di eventi, connessi in rapporto causa ed effetto, unendo nella loro descrizione elementi reali e fittizi; oppure come resoconto di qualcosa che è accaduto, escludendo la finzione dalla rappresentazione dei fatti. Entrambe queste ulteriori definizioni sono incentrate sugli accadimenti, contemplando la possibilità che gli eventi narrati siano tratti dalla realtà o siano frutto di invenzione.

L'area semantica del termine è ampia ed include tanto il racconto menzognero, quanto quello di verità (c.d. *fiction storytelling*, *non-fiction storytelling*, *para-fiction storytelling*). Ciò che manca, però, in queste definizioni, è il riferimento al soggetto, sulla base della proprietà narrativa che «a dar vita e movimento al mondo narrativo sono quelle particolari entità che popolano e che in esso agiscono, i personaggi»<sup>11</sup>. Senza i personaggi e le loro azioni, non abbiamo cioè una narrazione, ma un mero resoconto di eventi:

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 5-42.

<sup>10</sup> V. <https://dictionary.cambridge.org> (ultima visita: 30 dicembre 2020).

<sup>11</sup> A. BERNARDELLI, *Che cos'è la narrazione*, Roma, 2019, p. 68.

Storia = resoconto (eventi)

Storia = narrazione (eventi + persone/personaggi)

La differenza tra storia e narrazione, tracciata in queste equazioni, è fondamentale poiché segna la differenza tra due diversi livelli: la storia raccontata e il discorso che la espone. Pur se la storia, cioè la vicenda cui fa riferimento rimane la stessa, vi è una narrazione solo con l'introduzione dell'elemento soggettivo, che esprime la percezione dei fatti narrati da parte delle persone. Per avere una narrazione, è necessaria questa combinazione: una storia da raccontare e una dimensione narrativa che include i personaggi e le componenti di quella storia.

Ciò introduce la distinzione fondamentale tra *fabula* e intreccio, cioè tra il piano della vicenda narrata e il piano del discorso narrativo che è sviluppato per esporla. Una stessa storia (la quale è generalmente indicata con il termine latino *fabula*) può essere messa in discorso in vari modi, a seconda delle scelte del narratore: cambiando l'ordine di esposizione, soffermandosi su alcuni aspetti, introducendo elementi fittizi. La distinzione tra *fabula* e intreccio è utile, purché la dualità non offuschi la relazione che li tiene assieme: la narrazione è, infatti, un atto complesso che comprende *fabula* e intreccio.

La distinzione dei rapporti tra *fabula* e intreccio è fondamentale, tenendo conto però di un'avvertenza: è improprio separare la storia enunciata dalle modalità di enunciazione, in quanto tutte le componenti concorrono al racconto. Guido Ferraro, nel suo saggio sulle teorie della narrazione<sup>12</sup>, sostiene che il distacco tra *fabula* e intreccio sia all'origine della deriva di senso dello *storytelling* e, più in generale, di quella visione squalificata di narrazione. Nella prospettiva della costruzione narrativa, la vicenda e i modi della sua organizzazione espositiva non sono parti separate, ma fasi di un unico processo discorsivo. È proprio la perdita di questa consapevolezza, legata a ragioni storiche e culturali, che ha condotto a identificare la narrazione con la sola enunciazione e a ridurla ad una questione di stile. È stato Gérard Genette<sup>13</sup>, nel suo libro *Figure III. Discorso del racconto* del 1972, a catalogare gli espedienti

<sup>12</sup> G. FERRARO, *Teorie della narrazione*, cit., p. 17 e spc. pp. 235 ss.

<sup>13</sup> G. GENETTE, *Figure III. Discorso del racconto*, Torino, 1976; ed. or. *Figures III*, Paris, 1972.

della costruzione narrativa, distinguendone alcuni componenti formali: ordine, che riguarda i modi di esposizione degli eventi con possibilità di inversioni, ritardi, anticipazioni; durata, che considera l'ampiezza espositiva degli eventi; frequenza, che utilizza la ripetizione di episodi narrativi; modo, che insiste sulla prospettiva e sulla focalizzazione degli eventi; voce, intesa come voce narrante, a seconda che il narratore assuma un punto di vista interno o esterno al fatto. Questa disamina ha contribuito a fondare l'idea, oggi largamente diffusa, che gli elementi cruciali della narrazione risiedono nei procedimenti di organizzazione espositiva, destinati a cambiare la percezione degli elementi in gioco e far comprendere gli eventi.

La distinzione tra la storia raccontata e i modi di esposizione porta ad una riduzione della narrazione come procedura di costruzione del racconto, perdendo così la realtà del narrare come atto complesso. Questa riduzione ha rappresentato un vero e proprio impoverimento in grado di giustificare, oggi, l'identificazione dello *storytelling* con la sola dimensione strategica del narrare.

La letteratura sullo *storytelling* è vastissima: il minimo comune denominatore di questi libri è quello di essere manuali operativi, scritti per insegnare a raccontare storie d'ogni genere e pensati per professionisti dei diversi settori civili. L'idea è quella di poter trasformare lo *storyteller* in un *leader* che detenga il controllo per mezzo delle parole<sup>14</sup>: in un mondo in cui le narrazioni sono pervasive e riguardano ogni ambito del vivere sociale, saper raccontare storie è una forma di potere e di azione sociale.

Christian Salmon, nel libro che più ha contribuito alla fama dello *storytelling*, definisce già nel titolo questa disciplina come «la machine à fabriquer des histories et à former les esprits», e ne spiega l'efficacia:

Che vogliate condurre a buon fine un negoziato commerciale o far firmare un trattato di pace a due fazioni virali, lanciare un nuovo prodotto o far accettare a un gruppo di lavoratori un importante cambiamento, compreso il loro stesso licenziamento, concepire un videogioco 'serio' o curare i traumi di guerra dei soldati, lo *storytelling* è considerato come una panacea. È impiegato dagli educatori come metodo di insegnamento e dagli psicologi come tecnica per curare i traumi. Costituisce

---

<sup>14</sup> V. G. FERRARO, *Teorie della narrazione*, cit., pp. 243-248.

una risposta alla crisi di senso nelle organizzazioni e un mezzo di propaganda, un meccanismo di coinvolgimento e uno strumento per tracciare profili psicologici, una tecnica di visualizzazione dell'informazione e una temibile arma di disinformazione<sup>15</sup>.

Da questa descrizione, incentrata sugli impieghi dello *storytelling*, emergono solo i suoi aspetti deteriori, sino a qualificarlo in senso riduttivo come uno strumento di controllo e finanche di propaganda.

Invero, secondo Guido Ferraro, il caso dello *storytelling* consentirebbe di recuperare la dimensione essenziale della narrazione come esperienza profonda e complessa che tiene in uno la storia e le modalità della sua costruzione. Lo *storytelling* accentua, infatti, il profilo dell'*uso* della costruzione narrativa: nell'ottica dello *storyteller*, è importante non solo come le storie sono fatte, ma come sono impiegate. La capacità di raccontare le storie non può essere limitata al piano del discorso, à la Genette, ma deve saper andare oltre per agire sull'uditorio e mutare la percezione delle cose da parte dei destinatari. Un esempio di questa linea di sviluppo è fornito in *Storytelling. Branding in Practice*<sup>16</sup>, che, applicando lo *storytelling* al marketing d'impresa, enuncia l'obiettivo dello *storyteller* nell'acquisire la capacità di trasformare un marchio, cioè un oggetto inanimato, in una storia personale: il racconto diviene la risorsa che cambia il marchio in qualcosa che è generato dall'azione delle persone. Proprio per questa ricerca relazionale, l'abilità del narratore non si esaurisce nel raccontare una storia, ma comporta sapere comunicare una storia e creare un collegamento con l'uditorio.

Il filone di studi legati allo *storytelling* approfondisce il rapporto tra piano del testo e piano del reale, collegando la storia ed il discorso, unendo chi narra e chi ascolta nello spazio narrato. La forza del racconto sta nella rappresentazione delle persone: «perché vi sia narrazione deve esserci almeno un personaggio che orienta la sua azione verso il superamento di almeno un ostacolo che lo separa dal suo obiettivo»<sup>17</sup>. Secondo i modelli di narratologia, la struttura minima della narrazione

---

<sup>15</sup> C. SALMON, *Storytelling: la fabbrica delle storie*, cit., p. 13.

<sup>16</sup> K. FOG, C. BUDTZ, P. MUNCH, S. BLANCHETTE, *Storytelling. Branding in Practice*, Berlin, 2010.

<sup>17</sup> A. PERISSINOTTO, *Raccontare*, cit., p. 15.

si compone di quattro elementi: personaggio, azione, ostacolo, obiettivo<sup>18</sup>. La storia non è mai cioè una pura sequenza di eventi, ma implica almeno questi quattro pilastri fondamentali che trasformano qualcosa di astratto in un processo concreto, coinvolgendo il destinatario. Ogni storia origina sempre da un soggetto: senza soggetto possono esservi dati, informazioni, schemi ma non una storia. Le persone hanno motivazioni ed obiettivi da raggiungere, ostacoli da superare:

il termine obiettivo mette l'accento sulla intenzionalità e sui motivi dell'azione, raggiungere si focalizza sulla valenza dinamica della narrazione: una storia è sempre un "movimento"<sup>19</sup>.

Il racconto si presenta come un percorso per il raggiungimento di un obiettivo ed il superamento di un ostacolo rappresentato dall'azione di un antagonista. Soggetto e opponente non sono i personaggi, che hanno un'identità ben definita, ma sono alcuni dei ruoli narrativi secondo la teoria narratologica di Greimas. Ridotta alla sua formulazione più semplice, i vari ruoli narrativi (in totale sei, compresi gli Aiutanti che faciliteranno il compito di soggetto e oggetto) danno vita ad eventi diversi, in una successione tipica che prevede: un inizio, uno sviluppo e una fine.

All'inizio, un Soggetto desidera un Oggetto ed un Opponente vuole per sé quell'Oggetto o ostacolare il Soggetto; nello sviluppo, il Soggetto lotta contro l'Oggetto e, alla fine, il Soggetto ottiene l'oggetto oppure l'Opponente avrà la meglio. Questo è il programma narrativo principale che si rinviene in ogni storia, è il livello più generale che caratterizza ogni storia: ma, ciò che la rende unica è la specificità dei personaggi, degli avvenimenti e la capacità del narratore di collegare il piano del testo con quello della realtà.

Lo schema canonico della narrazione, proprio per il carattere esteso ad ogni tipo di storia narrativa, ci ricorda che lo *storytelling* non è un narrare professionale: è sbagliato ridurre lo *storytelling* ad un'attività svolta da professionisti.

---

<sup>18</sup> A.J. GREIMAS, *Semantica strutturale*, Milano, 1968; ID., *Del senso*, Milano, 1974; ID., *Del senso 2. Narrativa, modalità, passioni*, Milano, 1984.

<sup>19</sup> A. PERISSINOTTO, *Raccontare*, cit., p. 112.

Lo *storytelling* ha avuto, inoltre, il pregio di riportare in luce l'infinita gamma di usi sociali delle narrazioni: al di là del successo applicativo, cui lo *storytelling* può ambire, questa disciplina riconosce il metodo narrativo con una forma di comunicazione ordinaria e presenta un apparato di tecniche e strategie per coinvolgere il destinatario del racconto in qualsiasi contesto. Lo *storytelling* enfatizza il compito di far emozionare, trasmettere valori e farsi ricordare.

### 3. I caratteri della narratologia forense

L'ambito forense è uno dei contesti applicativi delle teorie narrative: lo scopo del processo è, in questo senso, quello di trasformare una realtà storica in una realtà giudicabile e la decisione in un giudizio comprensibile e plausibile<sup>20</sup>.

Guglielmo Gullotta, nel suo saggio sulla persuasione forense<sup>21</sup>, mette in evidenza alcuni caratteri specifici dell'ambito processuale che possono condizionare l'applicazione delle strategie e delle tecniche dello *storytelling*.

La prima considerazione è che nel processo si mostra in azione un meccanismo narrativo che intreccia e confonde due storie: la storia, quella degli eventi e delle persone, si sviluppa, infatti, nella storia del processo, costituita da procedure e parti processuali. In questo intreccio vive la drammaturgia del processo, di cui prendiamo atto ogni volta che affermiamo che il processo non si fa, ma si 'celebra'. Durante lo svolgimento del rito processuale, il contesto è uno scenario in cui le persone diventano personaggi; gli eventi accadono in un determinato spazio la cui scenografia è costituita dall'aula del Tribunale, con una propria

---

<sup>20</sup> Sui caratteri del contesto processuale, v. M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino 2014; M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008; sulla complessità di un modello per il diritto, cfr. F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013.

<sup>21</sup> G. GULLOTTA, L. PUDDU, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Milano, 2004.

estetica fatta di simboli, posizioni, arredi, abiti, formule e rituali. La storia dipende da come essa è rappresentata dagli attori: l'imputato, la persona offesa, i testimoni, il giudice, con i loro racconti, ricostruiscono la realtà in base alla conoscenza degli eventi che hanno, alla propria visione delle cose, allo stato d'animo e ai propri obiettivi strategici. I fatti del processo sono, in un certo modo, «negoziati» attraverso l'interazione degli operatori forensi: la storia che è raccontata nella realtà processuale è «negoziata»<sup>22</sup> dalle condotte delle parti e dalle loro scelte. Il peso degli atteggiamenti delle parti 'in scena' è rilevantissimo: implica un'operazione meta-cognitiva per prendere consapevolezza delle regole che accompagnano l'azione (regole comportamentali, cerimoniali, interpersonali, turni della conversazione, regole giuridiche) come se fossero un 'copione', e per gestire il contesto dell'interazione, controllando le impressioni e coordinando la propria azione con quella richiesta dal ruolo che si ricopre.

La prospettiva drammaturgia del processo ci consente di mettere in evidenza un altro aspetto peculiare della narrazione forense. La realtà processuale è composta da più livelli: la realtà di primo livello è quella fenomenica o fattuale, che riguarda cose e persone ed è verificabile, cioè direttamente sperimentabile e riproducibile; la realtà di secondo livello, quella sociale, è prodotta dall'uomo.

La realtà sociale è dunque una costruzione dei soggetti implicati nel rapporto che si sottraggono ad una verifica oggettiva: la nostra visione della realtà, lungi dall'essere necessariamente la vera immagine di ciò che esiste al di fuori di noi, viene determinata anche e soprattutto dai processi mentali attraverso i quali siamo arrivati a conoscerla<sup>23</sup>.

Nella realtà sociale di secondo livello, le componenti soggettive condizionano la realtà di primo livello: a partire dallo stesso fenomeno, ognuno lo interpreta dalla propria prospettiva e in funzione del proprio interesse. In questo doppio binario consiste la complessità della narrazione forense: da un lato, la realtà fenomenica in processo non è verificabile empiricamente, dall'altro la rappresentazione dei fatti avviene

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 24.

necessariamente da parte di un soggetto e dipende, più che dalle caratteristiche della situazione fenomenica, dalla struttura cognitiva della persona.

Il fatto oggetto di giudizio è rappresentato nella realtà processuale non mediante esperimenti riproducibili, ma mediante discorsi su ciò che è accaduto. Si tratta di un'osservazione importante: va riconosciuta nel processo la centralità della dimensione narrativa poiché nella realtà processuale non accadono eventi, ma si sviluppano narrazioni (*people & events*). Il fatto processuale non è oggettivo o oggettivabile sulla base di un modello di conoscenza verificazionista, ma dipende dalla storia narrata.

In questa prospettiva, la teoria della narrazione offre un apporto allo studio degli impieghi operativi del narrare nell'esperienza processuale grazie ad un ricco apparato di tecniche che consentono di misurare il grado di narratività del discorso, rilevare le connessioni narrative e comprendere l'organizzazione narrativa.

#### 4. *Un esempio di storytelling forense*

Dopo aver constatato che il tema dell'espressione narrativa e dello *storytelling* si presenta come centrale anche nel contesto processuale, cerchiamo di comprendere per quale ragione i metodi narrativi sono forme efficaci di comunicazioni e analizziamo alcune tecniche dello *storytelling* per raccontare il fatto processuale.

Per fare del buon *storytelling* forense occorrono gli stessi strumenti che sono necessari per scrivere buoni testi letterari o sceneggiature: la differenza è che, nella non-fiction, lo *storyteller* non inventa trama o personaggi. La non-fiction solleva il narratore dall'onere di usare la fantasia, ma lo obbliga ad essere fedele ai fatti e ad essere avvincente. La forza del racconto sta nella sua capacità di coinvolgere il destinatario: «la narrazione è un testo che ti prende per mano e che ti accompagna fino alla fine»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> A. PERISSINOTTO, *Raccontare*, cit., p. 33.

Secondo la semiotica greimasiana, accanto ai personaggi ci sono valori che ne motivano le azioni e ne determinano gli obiettivi. La peculiarità delle storie, affinché il destinatario ne sia coinvolto, è quella di non nutrirsi solo di concetti astratti: nelle storie non c'è l'amicizia allo stato puro, ma ci sono gli amici, non c'è la giustizia in senso astratto, ma persone che agiscono in modo coerente al principio della giustizia.

La narrazione genera oggetti di valore e nel farlo reifica i valori prodotti dai gruppi sociali. Il testo narrativo dà concretezza all'astrazione del valore trasformandolo in un oggetto o in un processo descrivibile in termini concreti (la tristezza astratta descritta attraverso la concretezza di una lacrima sulla guancia, la solidarietà astratta attraverso una mano tesa a una persona caduta)<sup>25</sup>.

La narrazione trasforma qualcosa di astratto in qualcosa di definito e tangibile nel caso concreto: lo *storyteller*, per essere efficace, acquisisce la capacità di dare concretezza alle narrazioni. In questo movimento, dall'astratto al concreto, il racconto rende chiari e comprensibili i valori in gioco, e facilita la memorizzazione di personaggi e persone.

In ambito forense, poiché la realtà processuale è complessa e, per quanto sopra detto, accostabile al dramma teatrale, il racconto deve entrare in empatia delle parti processuali, ma anche essere comprensibile nella realtà sociale. Lo *storytelling* aiuta, quindi, a trovare il modo di esprimere e a comunicare meglio, trasformando le astratte architetture giuridiche in fatti umani.

Cerchiamo adesso di comprendere come questo processo di trasformazione dall'astratto al concreto si manifesti sotto il profilo semiotico. In particolare, ci occupiamo dell'esordio del discorso processuale.

Poiché la fabula è già forgiata dalla realtà, lo *storyteller* forense deve intervenire sull'intreccio e, in particolare, sulle disgiunzioni cognitive tra il narratore e i destinatari della narrazione.

L'avvocato deve comunicare al giudice la propria prospettiva su quel caso processuale: come quando qualcuno ci chiede di parlare di un film, si parte dal riferire i fatti e poi i temi trattati, così l'avvocato inizia con l'enunciare i fatti.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 35.

L'inizio del racconto processuale non si presenta semplicemente come lo stato in cui le cose si trovavano prima dello svolgersi dei fatti, ma anche come il luogo in cui viene presentato il tema da trattare. La trama del caso in giudizio, come accade per quella del film, non è solo un riassunto fatto a posteriori, dopo aver fruito della storia, ma è anche la scaletta con cui si dà forma ad una nuova storia.

La scelta dell'ordine in cui abbiamo disposto i fatti e la differenza rispetto all'ordine in cui in natura sono occorsi dipendono da ragioni di vario genere: estetiche, compositive e cognitive. L'estetica richiama l'attenzione al piacere della narrazione, che è rivolta a qualcuno, il quale deve essere disposto ad accogliere il racconto. Le narrazioni avvengono in luoghi e tempi diversi, animate da diverse persone: gli sforzi compositivi sono volti a combinare i diversi profili che ci costringono a continui movimenti di avanti-indietro nel tempo e nello spazio. Infine, ricorrono ragioni cognitive perché lo *storyteller* sa che «un racconto è una specie di 'commedia degli equivoci': se tutti sapessero tutto, non ci sarebbe storia»<sup>26</sup>(p. 56).

Come si vede, la disposizione si presenta al tempo stesso narrativa e argomentativa, senza che sia possibile separare un tipo di logica dall'altro.

Nei paragrafi precedenti abbiamo affermato che, sulla scorta di Greimas, tutte le storie si basano su un identico programma narrativo: il motore di ogni storia è una contesa per un Oggetto di valore; il Soggetto opera per congiungersi con tale Oggetto, l'Antagonista per opporsi a tale congiunzione; il finale potrà essere lieto o tragico a seconda che il Soggetto abbia raggiunto il suo obiettivo. Se mettiamo in parallelo questa struttura con la logica argomentativa *topic/focus*, notiamo che le due prospettive teoriche possono integrarsi e completarsi.

In ambito narratologico, il *topic* corrisponde tipicamente al punto di partenza del discorso, mentre il *focus* corrisponde a ciò che viene posto al centro dell'attenzione. Il *topic* coincide con quanto già si conosce ed è accaduto prima del processo; il *focus*, con ciò che costituirà l'apporto specifico della realtà processuale, il tema problematico su cui si intende prendere parola nel giudizio.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 56.

Una forma di rappresentazione della struttura *topic/focus* consiste nella c.d. normalizzazione ed è mutuata dalla pedagogia infantile<sup>27</sup>. L'adulto segnala al bambino qualcosa che appare singolare, esprimendo la sua curiosità con espressioni come: "Ma guarda cos'è questo", per poi annullare la singolarità e riportare l'ignoto a ciò che si conosce e 'normalizzare' l'evento. La tecnica della normalizzazione della struttura *topic/focus* consiste nel rappresentare gli eventi in modo avvincente, per ricondurli a casi più familiari: si tratta di un andamento narratologico che consente non solo di trasformare l'astratto in concreto, ma anche di normalizzare gli eventi nell'ambito di categorie conosciute. La normalizzazione riduce lo scarto differenziale tra il narratore e i destinatari e ricompono la rottura dell'equilibrio iniziale generata dall'Oggetto su cui verte la contesa, riconducendo le dichiarazioni sull'Oggetto ad una struttura comprensibile e plausibile.

L'idea fondamentale, sottesa a questa strategia, è narrativizzare dei valori ed iscriverli in una prospettiva soggettiva, in un contesto comune, riducendo il distacco tra quello che è accaduto nella realtà e la soluzione. La normalizzazione è una strategia che si presta ad essere applicata al contesto processuale poiché facilita la focalizzazione del tema sulla sussumibilità o meno di una fattispecie in un certo istituto. Lo *storytelling* suggerisce una particolare modalità di organizzazione del discorso sul fatto come punto di inizio dell'oratoria forense: anzitutto, il racconto sul fatto deve essere composto alla fine, solo dopo aver fruito e compreso la storia degli eventi; inoltre, per accrescere l'efficacia, il setting della narrazione dovrà rappresentare i fatti in modo interessante e mostrare la loro 'normalità' giuridica, cioè saper ricondurre la peculiarità del caso nell'ambito di categorie condivise.

### 5. La retorica dello storytelling

In questo contributo abbiamo cercato di valorizzare lo *storytelling* per la sua rilevanza sul piano dell'azione sociale. Abbiamo cercato di evidenziare che occorre prendere le distanze da un discorso facile sulla

---

<sup>27</sup> G. FERRARO, *Teorie della narrazione*, cit., spc. pp. 189-193.

persuasione, che riduce questa disciplina ad un narrare professionale, prerogativa di esperti del settore che sappiano utilizzare abilità argomentative, psicologiche, filmiche, narratologiche e così condizionare le menti e raggiungere obiettivi di successo. Lo *storytelling* è una disciplina che, riportando l'attenzione alla storia, alla modalità di costruzione e anche al suo impiego, coglie una dimensione più profonda e più ampia dell'esperienza, per la quale è possibile ricomporre il flusso degli eventi in una organizzazione narrativa. Questo vale per ogni livello delle nostre pratiche sociali: anche per il diritto, ove le parti, agendo ciascuna nel proprio ruolo, disegnano un racconto di natura sociale e giuridica.

Secondo il linguista Andrea Rocci<sup>28</sup>, all'origine di tutti i fraintendimenti sullo *storytelling* c'è un atteggiamento "sospettoso e arcigno" verso la persuasione. La visione dominante, che associa lo *storytelling* principalmente alla menzogna e alla disinformazione, sarebbe determinata da un'immagine squalificata della persuasione e della retorica.

Nella retorica classica, il tentativo di persuadere evocava sempre una situazione dialogica e la possibilità del disaccordo (...). Oggi la retorica dello *storytelling* non costruisce il suo destinatario come un antagonista dialettico, a piuttosto come un co-enunciatore, un autore di fan fiction che può contribuire ad allargare la storia e a farla sua. È una retorica che favorisce la partecipazione, non l'esame critico. Un'argomentazione è volta a difendere una certa visione del mondo: essa presuppone che l'accordo tra gli interlocutori si ferma ad un certo punto e che, da lì in poi, la corrispondenza tra le parole e le cose debba essere costruita. Una storia ci invita ad abitare un mondo, non a metterlo in questione. Se non ci piace, al massimo, possiamo raccontare un'altra storia. Tutti abbiamo diritto alla nostra storia. La domanda stessa sulla verità tende a scomparire: non ci si chiede tanto se una storia è vero oppure no, quanto piuttosto se mi rappresenta, se mi include o esclude<sup>29</sup>.

Questo passaggio non esprime giudizi negativi sulle pratiche narrative, ma lascia intendere che il fenomeno dello *storytelling* possa essere stigmatizzato e finanche demonizzato. Alla base di questo modo di intendere lo *storytelling*, c'è la tendenza a tenere separati gli aspetti argomentativi da quelli stilistici e a distinguere, così, una persuasione

---

<sup>28</sup> A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, cit., spc. pp. 98-102.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 99.

buona, che è bene sapere padroneggiare, e una persuasione cattiva, la manipolazione, di cui poter essere vittime. Questa visione, che contrappone una retorica cattiva ad una retorica buona, conduce in realtà all'annullamento stesso della retorica. È questa la tesi sviluppata da Francesca Piazza nel suo saggio sulla storia della retorica<sup>30</sup>, per la quale lo sdoppiamento risale a Platone ed è espressione del rifiuto per la retorica *tout court*.

La proposizione dell'alternativa tra retorica, come luogo dell'inganno, e retorica come mezzo di comunicazione della verità, si trova tematizzata nei dialoghi del *Gorgia* e del *Fedro*, ove la retorica è considerata come una forma di sapere insegnabile, ridotta ad un'abilità pratica, che mira a produrre piacere, non conoscenza<sup>31</sup>. La svalutazione della retorica è legata alla parcellizzazione del sistema retorico e alla progressiva riduzione della retorica alla sola *elocutio*, privandola di qualunque valore epistemologico<sup>32</sup>. La storia della retorica è contrassegnata da questa riduzione che ha prodotto la convinzione che solo la dialettica è la via per una concezione dialogica della verità, mentre la retorica è usata per ingannare e confondere le idee.

Il sospetto per lo *storytelling* fa parte cioè di un topos diffuso, nel quale è radicato il pregiudizio proprio del razionalismo moderno che rifiuta la retorica e, con essa, il discorso come strumento che deforma e occulta la realtà.

Crediamo che per comprendere a pieno lo *storytelling* e la sua efficacia occorra recuperare la prospettiva aristotelica, che mette al riparo da qualsiasi facile ottimismo poiché esclude la possibilità di una teoria che assicuri il successo in ogni circostanza.

Nel modello del libro terzo della *Retorica* di Aristotele, i profili stilistici della *lexis* (*elocutio*) e della *taxis* (*dispositio*) sono il naturale

<sup>30</sup> F. PIAZZA, *Linguaggio persuasione e verità*, cit., p. 22; così anche B. CASSIN, *L'effet sophistique*, Paris, 1995, p. 415, ove sintetizzava l'esito dello sdoppiamento retorico così: «due retoriche nessun retorica».

<sup>31</sup> Ci riferiamo per la ricostruzione della storia della retorica a: F. PIAZZA, *Linguaggio, persuasione e verità*, cit., spc. pp. 19 ss.

<sup>32</sup> V. anche F. PUPPO, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019.

completamento dei profili argomentativi del discorso<sup>33</sup>: è reso evidente che il comportamento linguistico non è qualcosa che si aggiunge al contenuto formatosi con analisi precedenti, perché «la persuasione è un tratto interno al parlare e non un suo effetto collaterale»<sup>34</sup>.

Osserva Francesca Piazza, nella sua introduzione alla *Retorica* di Aristotile, che «la lexis non ha una funzione puramente esornativa, non è l'elemento seduttivo contrapposto a quello argomentativo, ma una delle componenti che contribuiscono dall'interno alla persuasività dell'argomento»<sup>35</sup>. L'errore consiste nell'opporre l'argomentazione al piacere: se la persuasione si realizza è perché l'argomentazione piace e il piacere si ottiene argomentando. La *lexis* svolge, dunque, una funzione fondamentale poiché riguarda l'ascoltatore, al punto che ogni scelta lessicale, sintattica e pragmatica è già una mossa argomentativa. «Nel discorso il che cosa non è mai del tutto indipendente dal come e il come è già in una certa misura un che cosa»<sup>36</sup>: così la filosofa palermitana, sulla base di un'attenta rilettura delle fonti aristoteliche, spiega l'inseparabilità della *lexis* e dalla *taxis* dalle altre fasi dell'argomentazione retorica.

La narrazione contribuisce, dunque, alla persuasività dell'argomentazione: sebbene gli avvenimenti siano dati e non dipendano da chi parla, una narrazione ben costruita ha la funzione di rendere credibili i fatti narrati. La centralità della dimensione narrativa sembra consistere in questo: nella capacità di legare i fatti, di dare un ordine e di dotare di senso (c.d. semiotizzazione dell'esperienza)<sup>37</sup>.

L'organizzazione narrativa non sta negli eventi, ma nelle modalità in cui gli eventi sono elaborati in storie: ricorrere alle tecniche e alle stra-

---

<sup>33</sup> Per un'analisi più dettagliata delle fasi del sistema retorico, v. F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele*, cit.; sulla *elocutio*, v. F. LO PIPARO, *Il corpo vivente della lexis e le sue parti. Annotazioni sulla linguistica di Aristotele*, in *Historie Epistémologie Langage*, XXI, I, pp. 119-123.

<sup>34</sup> Così F. PIAZZA, *Linguaggio persuasione e verità*, cit., p. 10.

<sup>35</sup> F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele*, cit., p. 140.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>37</sup> Sulla semiotizzazione dell'esperienza mediante la forma narrativa, v. G. FERRARO, *Teorie della narrazione*, cit., p. 38.

tegie dello *storytelling* non è dunque un'operazione disdicevole, ma necessaria per persuadere il proprio ascoltatore.

Vale a dire: si può essere persuasivi, senza per questo diventare manipolatori della realtà.

### *Bibliografia*

- BERNARDELLI A., *Che cos'è la narrazione*, Roma, 2019
- CALABRESE S., *La comunicazione narrativa. Dalla letteratura alla quotidianità*, Milano, 2010
- CASSIN B., *L'effet sophistique*, Paris, 1995
- FERRARO G., *Teorie della narrazione. Dai racconti tradizionali all'odierno storytelling*, Roma, 2015
- FOG K. ET AL., *Storytelling. Branding in Practice*, Berlin, 2010
- GENETTE G., *Figure III. Discorso del racconto*, Torino, 1976; ed. or. *Figures III*, Paris, 1972
- GREIMAS A.J., *Semantica strutturale*, Milano, 1968
- GREIMAS A.J., *Del senso*, Milano, 1974
- GREIMAS A.J., *Del senso 2. Narrativa, modalità, passioni*, Milano, 1984
- GULLOTTA G., PUDDU L., *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Milano, 2004
- LO PIPARO F., *Il corpo vivente della lexis e le sue parti. Annotazioni sulla linguistica di Aristotele*, in *Historie Epistémologie Langage*, XXI, I, pp. 119-123
- MANZIN M., *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014
- MANZIN M., PUPPO F. (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008
- PERISSINOTTO A., *Raccontare. Strategie e tecniche di storytelling*, Bari-Roma, 2020
- PIAZZA F., *Linguaggio persuasione e verità. La retorica nel Novecento*, Roma, 2004
- PIAZZA F., *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2009
- PUPPO F., *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013
- PUPPO F., *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019

- ROCCI A., *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER, *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, pp. 88-115
- SALMON C., *Storytelling: la fabbrica delle storie*, Roma, 2008
- SMORTI A., *Il pensiero narrativo: costruzione di storie e sviluppo della conoscenza sociale*, Firenze, 1994
- SMORTI A., *Narrazioni*, Firenze, 2007
- SMORTI A., *Raccontare per capire: perché narrare aiuta a pensare*, Bologna, 2018
- TOMASI S., *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020



# TV JUSTIÇA, LE ALTERAZIONI DELLA RETORICA GIUDIZIALE

## IL CASO DEL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE BRASILIANO

*Lorenzo Zoppellari*

*SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'STF brasiliano e le discussioni collegiali dopo l'introduzione di TV Justiça. 3. Il dibattito presso l'STF e le massime conversazionali di Paul Grice. 4. I giudici dell'STF e l'uditorio di riferimento. I diversi generi retorici a confronto. 5. Alcuni fraintendimenti sul logos e sul pathos. 6. Alcuni fraintendimenti sull'ethos. 7. Riflessioni conclusive.*

### *Abstract*

The essay aims to offer some further considerations on the spectacularization of trials, stemming from the singular case of the Brazilian Supreme Court (where all the discussions take place live on television). To do this, it analyzes how the presence of the cameras inside the courtroom could modify the way in which Brazilian judges argue between them. Firstly, using the famous maxims provided by Paul Grice, it evaluates the pragmatical changes in the communication between the judges. Then, secondly, the essay takes into consideration how also the rhetorical context could change according to the presence of the cameras. Thus, using the characteristics of each rhetorical context provided by Aristotle and deepening the role played by the spectators, the essay provides an account of the way in which the three technical piteis of rhetorical discourse (ethos, pathos and logos) can behave differently by virtue of the presence of cameras. In conclusion, to explain the pragmatic changes detected in the beginning, the essay analyzes the characteristics of the epideictic context, which is able to account for the new role played by emotions in the discussions between the judges.

## 1. Introduzione

Durante un seminario tenutosi a dicembre 2018 presso l'Università di Trento, a tema «La corruzione pubblica nel diritto brasiliano», una delle relatrici<sup>1</sup> – docente dell'Università Federale di Minas Gerais – si ‘lasciò scappare’ che i giudici del loro Supremo Tribunale Federale (d'ora in avanti, STF) discutono le cause e assumono le decisioni interamente in diretta televisiva. Alle mie orecchie, quelle di un giovane studioso di filosofia del diritto, parve subito che si stesse dando troppo poca attenzione a quel ‘dettaglio’. Così, trascurando il tema centrale del seminario, iniziai a rivolgere insistenti quesiti alla relatrice su quanto, in quel momento, mi interessava maggiormente: ossia che un ordinamento giuridico imponesse ai propri magistrati di ultim(issim)a istanza<sup>2</sup> di discutere interamente le cause sotto lo scrutinio attento dell'intera popolazione. Indeciso se si trattasse di una misura sapiente o meno, iniziai così ad approfondire il tema e a metterlo a confronto con i miei studi sulle teorie dell'argomentazione e sulla retorica giuridica, alla ricerca di eventuali criticità della prassi brasiliana.

Nasce così l'opportunità di questo breve contributo all'interno del quale, muovendo appunto dai giudici dell'STF, spenderò alcune riflessioni su un tema particolarmente delicato: la trattazione mediatica dei processi. Su questo argomento – di assoluta attualità – molti si sono già spesi in modo assai più autorevole, affrontando in maniera privilegiata gli effetti derivanti dalla spettacolarizzazione dei processi: tra cui – solo per citarne un paio – il danneggiamento dell'immagine dell'imputato (la c.d. ‘gogna mediatica’) ed il fatto che i contenuti ‘tecnicamente giu-

---

<sup>1</sup> La relatrice era la Prof.ssa Cristiana Fortini, docente di Diritto Amministrativo presso l'Università Federale di Minas Gerais a Belo Horizonte. Il seminario in oggetto è stato organizzato nell'ambito del corso di dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università di Trento e, purtroppo, non consta una registrazione audio e/o video dell'evento.

<sup>2</sup> L'STF, come disposto dall'art. 102 della Cost. brasiliana, ha tra le principali funzioni: il sindacato di costituzionalità delle leggi, il giudizio d'appello relativamente ad alcuni reati processabili direttamente di fronte al *Supremo Tribunal de Justiça*, il giudizio penale e relativo ai c.d. ‘crimini politici’ nei confronti delle principali cariche politiche, istituzionali e giudiziarie del Paese, il giudizio relativo ai casi di estradizione e ai rapporti con gli Stati esteri.

ridici' finiscano per essere banalizzati, se non anche strumentalizzati, all'interno di dibattiti pubblici condotti da soggetti non sempre competenti (si pensi a certa stampa o a certa politica)<sup>3</sup>. Dal canto mio non indugèrò su questi temi ma, sfruttando il peculiare caso brasiliano, concentrerò le riflessioni che verranno su come l'exasperata apertura mediatica del processo, interferendo nel contesto all'interno del quale si svolgono le discussioni, possa alterare il modo di argomentare degli attori giudiziari e, dunque, la finalità stessa del giudizio. Sono altresì convinto che, nonostante quanto avvenga in Brasile sia un caso unico al mondo<sup>4</sup>, alcune delle considerazioni che verranno possano facilmente applicarsi anche ad altri contesti, offrendo magari degli spunti utili a mettere meglio a fuoco i possibili risvolti della crescente 'apertura' dei tribunali.

Da qui in avanti il contributo si suddividerà in ulteriori cinque sezioni. Nella successiva inizierò dando conto in maniera più dettagliata di come si svolgono i dibattimenti presso l'STF brasiliano, per poi, nella terza sezione, prendere in esame il tipo di scambio comunicativo che avviene tra i giudici dell'STF, con particolare riferimento alle alterazioni registrate da quando sono state introdotte le telecamere in giudizio. Nella quarta sezione proverò ad offrire una rilettura delle alterazioni registrate utilizzando gli strumenti forniti dalla retorica aristotelica. Apparirà dunque chiaro come, al variare dell'uditorio di riferimento

---

<sup>3</sup> Con riferimento ad alcuni dei profili accennati, a titolo esemplificativo: «Assistiamo oggi ad un fenomeno che possiamo definire un *secundum* processo: il processo mediatico, nel quale tutti possono avere un ruolo, formulare giudizi, concorrere a creare, peggiorare o migliorare la figura del colpevole, che da eventuale autore del delitto, si trasforma quasi in protagonista di un reality, sempre tenuto sotto controllo da importanti ma altrettanto pericolosi mezzi di comunicazione» [S. DE NICOLA E A., *Comunicazione mediatica e processo penale*, in *Archivio Penale*, n. 2, 2012, p. 1]. Ancora sul punto: «Oggi, a differenza di ieri, il processo mediatico non si sovrappone soltanto al processo istituzionale attraverso la spettacolarizzazione, in positivo o in negativo, del dibattito; al contrario, lo sostituisce, intervenendo nella fase delle indagini, prima ed al di fuori del dibattito, con l'effetto di distorcere gli istituti giuridici processuali e sostanziali in diverse direzioni» [G. RESTA, *Il rapporto tra giustizia e mass media: quali regole per quali soggetti*, Napoli, 2010, p. 125].

<sup>4</sup> Per una rassegna sul rapporto tra i mass media e le corti costituzionali dei principali Paesi occidentali v. K.H. YOUM, *Cameras in the courtroom in the twenty-first century: the U.S. Supreme Court learning from abroad?*, in *Brigham Young University Law Review*, n. 6, 2012.

(a causa dell'ingresso delle telecamere), muti anche il contesto retorico all'interno del quale si inserisce l'intervento di ciascun giudice, modificandone così la struttura e le finalità. Soffermandomi sulle caratteristiche del genere retorico 'epidittico', che – come si dirà – sembra essere introdotto proprio dalla presenza delle telecamere in giudizio, nella quinta e nella sesta sezione valuterò come le tre *pisteis* retoriche (il *logos*, il *pathos* e l'*ethos*) possano essere fraintese rispetto alle finalità proprie del giudizio.

## 2. *L'STF brasiliano e le discussioni collegiali dopo l'introduzione di TV Justiça*

Il canale televisivo *Tv Justiça*, che ventiquattrore su ventiquattro trasmette contenuti attinenti l'STF, tra cui le dirette dei principali dibattimenti, è stato istituito il 17 maggio del 2001 tramite la promulgazione della legge ordinaria n. 10.461. Quel che appare sorprendente – e che è valso al sistema giuridico brasiliano il titolo di *più aperto del mondo*<sup>5</sup> – è che le telecamere sono presenti in tutti i momenti del giudizio, compresa la fase endoprocessuale, simile alla nostra camera di consiglio, durante la quale i giudici, in dialogo tra loro, esprimono i loro pareri sul caso e dichiarano il loro voto. Per comprendere la singolarità di tale disposizione bisogna fare riferimento alla giovane età della democrazia brasiliana e al generale favore dei giuristi (e non solo) nei confronti delle misure atte ad aumentare la trasparenza delle istituzioni, considerata il principale antidoto al ripresentarsi dei regimi dittatoriali che hanno caratterizzato lo scorso secolo. È infatti alla luce di questo generale favore che deve essere inteso il dibattito della dottrina brasiliana sul tema, per larga parte incline ad una tale apertura mediatica e, anche nelle posizioni contrarie, per quel che mi risulta non particolarmente incisiva. Infatti, in estrema sintesi, le posizioni favorevoli possono essere ricondotte alle seguenti due considerazioni: (1) una tale apertura dei processi e dei procedimenti decisionali dei giudici dà concretezza alla democrazia del Paese, creando una connessione tra la principale istituzio-

---

<sup>5</sup> Così si è espresso *Ibid.*, p. 1990.

ne giudiziaria e i cittadini; (II) si ottiene così un innalzamento della professionalità di magistrati e avvocati (o quantomeno di quelli che hanno accesso alle corti superiori), consapevoli di operare sotto l'attento scrutinio di milioni di persone (tra cui, chiaramente, coloro che sono direttamente coinvolti nel processo)<sup>6</sup>. Al contrario, invece, le posizioni avverse ad una tale 'apertura' dell'STF sono perlopiù tratte dal dibattito statunitense sul tema<sup>7</sup> e si possono – in estrema sintesi – ricondurre agli effetti della spettacolarizzazione dei processi – già accennati in sede di introduzione – ossia, tra gli altri: l'irrigidimento delle sanzioni a fini propagandistici, la mancata osservanza dei diritti degli imputati e la possibile perdita di indipendenza da parte dei giudici<sup>8</sup>.

Di seguito non tratterò in particolare di nessuno degli elementi positivi e negativi emersi dal dibattito locale, ma affronterò un aspetto a cui poca attenzione è stata dedicata e che abbraccia tutti gli elementi evidenziati sopra, perché direttamente attinente al modo in cui i giudici 'fanno diritto'. Mi riferisco, infatti, al modo di argomentare di ciascun magistrato e, più precisamente, al modo in cui ciascun magistrato dell'STF prende parte al confronto dialettico-retorico con i propri colleghi nel momento in cui l'assemblea giudicante deve assumere la decisione finale. Di seguito, quindi, facendo anche riferimento allo svolgimento dei processi prima dell'introduzione di *Tv Justiça*, isolerò le quattro

---

<sup>6</sup> Per una rassegna delle posizioni favorevoli sul tema dell'apertura mediatica dell'STF brasiliano v. C.B. HORBACH, *TV Justiça è instrumento para aprimorar Judiciário*, in *ConsultorJuridico.com.br*, 2014.

<sup>7</sup> Negli Stati Uniti – Paese che esercita una forte fascinazione istituzionale ed economica sul Brasile – i membri della Suprema Corte si sono più volte pronunciati in senso fortemente contrario nei confronti della presenza delle telecamere durante il procedimento decisionale dei giudici. Per un approfondimento sul contesto statunitense v. R. KESSLER, *Why aren't cameras allowed at the Supreme Court again?*, in *theatlantic.com*, 2013.

<sup>8</sup> Temi questi di particolare urgenza per i giuristi brasiliani che negli ultimi quindici anni si sono trovati a dover far fronte a due maxi-processi anticorruzione (i c.d. *Mensalão* e *Lava Jato*) che, avendo coinvolto una larga parte dell'amministrazione del Paese, hanno dato spazio all'accrescersi di molte spinte giustizialiste. Sul punto v. F. LUCHETE, *Advogados apontam influência da imprensa em decisão do STF*, in *ConJur.com.br*, 2013.

principali alterazioni del dibattito endoprocessuale tra i giudici che appaiono direttamente riconducibili alla presenza delle telecamere.

- (I) Gli interventi dei magistrati utili a giustificare il loro voto sono diventati sensibilmente più lunghi. Infatti, con riferimento alle trascrizioni dei dibattimenti, si è passati da una media di 17 pagine ad intervento, precedente al 2002, ad una media di circa 28 pagine ad intervento, rilevata nel 2016<sup>9</sup>.
- (II) Da quando è stata introdotta *Tv Justiça* in più circostanze è accaduto che il voto, che sarebbe stato espresso dal magistrato durante il dibattimento, venisse anticipato in tutti i suoi contenuti dalla stampa nazionale nei giorni precedenti al giudizio<sup>10</sup>.
- (III) Durante le discussioni successive al 2002 i magistrati sovente si rivolgono a chi, da casa, li sta seguendo tramite il canale televisivo, facendo uso dei c.d. argomenti ‘alle emozioni’<sup>11</sup>. Più avanti tornerò sul punto, per il momento, sfruttando una classificazione proposta da Franca D’Agostini, è sufficiente sottolineare come, all’interno della più ampia categoria degli argomenti alle emozioni, rientrano gli argomenti c.d. *ad populum*, ossia che fanno «appello a sentimenti popolari o opinioni condivise», e gli argomenti c.d. *ad misericordiam*,

---

<sup>9</sup> F. DE MELO FONTE, *O Supremo Tribunal Federal antes e depois da Tv Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores?*, in *conjur.com.br*, 2016, pp. 5-6.

<sup>10</sup> Singolare a tal proposito l’episodio avvenuto a settembre 2012 quando, il giorno prima dell’udienza conclusiva del maxi-processo anti-corruzione c.d. *Mensalão*, il giornale *O Estado de São Paulo* ha pubblicato integralmente quanto proferito dal magistrato Joaquim Barbosa il giorno successivo durante la sessione d’udienza.

<sup>11</sup> A tal proposito un esempio è l’intervento del magistrato Celso de Mello che, nel 2005, ha introdotto il proprio intervento in questo modo: «In una parola, Signor Presidente, il voto proferito dall’eminente magistrato Carlos Britto permetterà, a *questi milioni di brasiliani che oggi soffrono e che si ritengono ai margini della società*, l’esercizio concreto di alcuni diritti basilari e fondamentali [...]» [*traduzione mia*]. L’esempio, seppur risalente, fa intendere come i magistrati dell’STF, nel giustificare il proprio voto, facciano espresso riferimento a coloro che da casa stanno assistendo al processo. A questo riguardo, infatti – motivo per cui ho scelto questo frammento –, mi sembra particolarmente indicativo l’utilizzo dell’aggettivo ‘questi’, come se si trattasse di qualcuno fisicamente presente durante il dibattimento.

che invece aspirano a «far accettare una conclusione mediante un appello alla pietà»<sup>12</sup>.

(IV) Dall'introduzione di *Tv Justiça* si è registrata una progressiva de-  
tecnicizzazione del linguaggio giuridico utilizzato dai giudici che,  
sovente, addirittura traducono il loro ragionamento come se avesse-  
ro a che fare con un interlocutore laico<sup>13</sup>.

Di seguito proverò anzitutto a valutare queste quattro alterazioni  
pragmatiche della comunicazione inter-giudiziale alla luce dell'ideale  
razionale di scambio comunicativo suggerito da Paul Grice e, in un se-  
condo momento, vedremo come, per comprenderne le cause e le possi-  
bili conseguenze, sia indispensabile volgere lo sguardo alla dimensione  
retorica che, giocoforza, accompagna il confronto argomentativo tra i  
giudici.

### 3. Il dibattito presso l'STF e le massime conversazionali di Paul Grice

Per poter valutare le cause e le possibili conseguenze delle altera-  
zioni registrate nel precedente paragrafo è anzitutto necessario com-  
prendere come queste interferiscano nella pragmatica dello scambio  
comunicativo che intercorre tra i giudici. Per fare ciò, di seguito, ricon-  
durrò le quattro alterazioni di cui sopra alle quattro famosissime mas-  
sime griceane che, seppur prive di valenza prescrittiva, dovrebbero

---

<sup>12</sup> F. D'AGOSTINI, *Verità Avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubbli-  
co*, Torino, 2010, p. 122.

<sup>13</sup> «I giornalisti che hanno seguito le trasmissioni dal vivo hanno riportato che i ma-  
gistrati, avendo percepito l'importanza del processo, sono stati moderati nell'utilizzo di  
*termini tecnici*. In alcuni momenti hanno addirittura tradotto il loro ragionamento per-  
ché fosse più comprensibile per il pubblico» [L. DINIZ, *Tv Justiça, ao vivo e sem cortes*,  
in *observatoriodaimprensa.com.br*, 2015, *corsivi miei, traduzione mia*]. Nel prosieguo  
del contributo approfondirò ulteriormente questa questione ma – come ho voluto evi-  
denziare con l'utilizzo dei corsivi – mi sembra quasi paradossale che all'accrescersi del-  
l'importanza del procedimento segua una progressiva de-tecnicizzazione del linguaggio  
utilizzato. Si pensi al caso di un medico che, dinnanzi ad una diagnosi particolarmente  
impegnativa, nel dialogo con i colleghi ricorra ad un linguaggio approssimativo, cor-  
rendo inevitabilmente il rischio di tralasciare dettagli che assumono importanza solo al-  
l'interno della specificità della disciplina.

quantomeno offrire dei criteri alla luce dei quali valutare ciascuna mossa comunicativa e, dunque, l'effettivo sforzo cooperativo di ciascun parlante.

Procedendo con ordine, Paul Grice, nel definire gli scambi comunicativi, afferma che

essi sono [...] tipici esempi di un comportamento, almeno in una certa misura, cooperativo: ciascun parlante vi riconosce un intento o una serie di intenti più o meno comuni o almeno una direzione accettata di comune accordo. Questo intento o questa direzione possono essere stabiliti fin dall'inizio (ad esempio nel caso in cui ci si proponga di discutere di una determinata questione) o possono cambiare nel corso della conversazione; possono essere definiti con relativa precisione o tanto indefiniti da lasciare ampio margine di discrezionalità ai parlanti (come accade in una chiacchierata informale)<sup>14</sup>.

Nel passo appena riportato – come è noto – Grice prepara il terreno per l'introduzione del principio di cooperazione che, almeno fin qui, assume i caratteri di un elemento dotato di sola portata descrittiva. L'Autore, infatti, lo delinea come un'attitudine che giocoforza si instaura in tutti coloro che intendano proficuamente intraprendere uno scambio comunicativo finalizzato al raggiungimento di un determinato obiettivo. Nell'applicare tale principio al contesto in esame si può, però, provare a fornire qualche specificazione ulteriore circa il suo contenuto<sup>15</sup>.

La discussione collegiale tra i giudici, infatti, rappresenta uno scambio verbale in cui, riprendendo la terminologia utilizzata da Grice: (*I*) tutti i partecipanti vi devono riconoscere un certo *intento* o *direzio-*

---

<sup>14</sup> P. GRICE, *Logica e conversazione*, trad. it., Bologna, 1993, pp. 59-60.

<sup>15</sup> Le considerazioni che verranno ritengo si possano applicare, in via generale, al contesto delle discussioni collegiali tra i giudici di una corte. Al contrario, non possono essere generalizzate al contesto giuridico e, in particolare, al contraddittorio tra le parti, per il quale la stessa applicabilità del principio di cooperazione è largamente discussa: «Talvolta si sostiene che gli aspetti collaborativi presenti nei discorsi giuridici risultano sottovalutati da chi ritiene che il principio di cooperazione non si applichi alla comunicazione giuridica. [...] I filosofi del diritto [...] muovono al contrario dalla convinzione che i discorsi giuridici abbiano carattere fortemente conflittuale [...] e che vi sia quindi bisogno di autorità capaci di amministrare tali conflitti con decisioni» [C. LUZZATI, *Gli alti e bassi della pragmatica giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, p. 330].

ne, ossia, nel caso di specie, il raggiungimento di una decisione capace di tenere in considerazione tutte le informazioni emerse durante il processo; (II) l'*intento* o la *direzione* sono stabiliti fin dall'inizio e, seppur non si possa parlare di contesto formalizzato, quello giuridico è senz'altro un contesto quantomeno istituzionalizzato, dove la discussione deve seguire determinate regole procedurali<sup>16</sup>; (III) nella definizione degli obiettivi e, quindi, dei contenuti della discussione, i partecipanti (in questo caso i magistrati dell'STF) dispongono (o dovrebbero disporre) di un *margin*e di *discrezionalità* limitato poiché non tutti gli argomenti assumono rilevanza ai fini della decisione finale (sul punto tornerò a breve prendendo in esame la massima conversazionale della relazione).

Dopo aver declinato il principio di cooperazione all'interno del dibattito tra i giudici dell'STF, mi sembra interessante confrontare le massime conversazionali ad esso collegate con le quattro alterazioni del confronto argomentativo tra i giudici che poco sopra ho ricondotto alla presenza delle telecamere in giudizio. Le massime conversazionali, dato un contesto di cooperazione verbale tra soggetti e dato un intento comune, pretendono di descrivere le modalità per massimizzare l'efficacia dello scambio<sup>17</sup>. Così, mentre il principio di cooperazione ha contenuto meramente descrittivo – ossia è sempre realizzato, almeno in parte, in qualunque scambio comunicativo che, almeno in parte, vada a buon fine<sup>18</sup> –, le quattro massime (*quantità, qualità, relazione, modali-*

---

<sup>16</sup> Nel caso dell'STF, la fase processuale in esame – che assomiglia alla nostra camera di consiglio – si apre con la relazione del magistrato referente che, dopo aver riassunto i contenuti del dibattimento, esprime il proprio voto sul caso. Dopodiché, in successione, gli altri dieci magistrati intervengono appoggiando o contraddicendo il voto del magistrato referente.

<sup>17</sup> «Ho formulato le mie massime come se lo scambio di informazioni, il più efficace possibile, fosse l'unico tra questi scopi [...] dal momento che il mio scopo manifesto è quello di considerare lo scambio verbale come un caso o un tipo speciale di comportamento intenzionale e razionale» [P. GRICE, *op. cit.*, p. 62].

<sup>18</sup> «Grice claims that conversations are governed by a series of maxims aimed at guaranteeing the efficient and effective use of language with a view to interaction. According to Grice, everything we say is interpreted, as far as possible, in a cooperative manner as an appropriate response to the communicative context. For this to take place, however, we often need to go beyond the meaning of what is said; we need to interpret what is said in a cooperative manner or, to be more precise, as though it were in ac-

tà) rappresentano dei criteri alla luce dei quali individuare un ideale razionale di scambio comunicativo, ossia «alcune mosse possibili [...] come inadatte alla conversazione»<sup>19</sup>. Quindi, come anticipato, di seguito ne riporterò in breve il contenuto e lo metterò in relazione con i dati raccolti sopra:

(I) La massima della quantità richiede che il parlante dia «un contributo tanto informativo quanto richiesto (dagli intenti dello scambio verbale in corso)»<sup>20</sup>. Sul punto vale appena la pena di ricordare che, dall'introduzione di *Tv Justiça*, nonostante non sia evidentemente cambiata la finalità del giudizio e delle discussioni collegiali, la lun-

cordance (at least to a certain extent) with the conversational maxims at stake» [F. POGGI, *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in A. CAPONE, F. POGGI (ed. by), *Pragmatics and Law*, New York, 2016, p. 232].

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 60. Muovendo dalle massime griceane, la scuola pragma-dialettica, in particolar modo negli autori di van Eemeren e Grootendorst, ha elaborato ulteriori dieci regole che costituiscono un modello di discussione critica razionale, la cui finalità è la risoluzione del conflitto tra le diverse posizioni, sul punto v. G. DAMELE, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, Genova, 2008, p. 102 ss. Le dieci regole pragma-dialettiche sono: 1) Non è consentito impedire alla controparte di avanzare o mettere in dubbio una tesi; 2) Chi avanza una tesi non può rifiutarsi di difenderla qualora gli venga chiesto di farlo; 3) Non è consentito criticare una tesi che non sia stata realmente avanzata dalla controparte; 4) Non è consentito difendere una tesi attraverso qualcosa che non sia un argomento o attraverso un argomento che non sia pertinente per la tesi in questione; 5) Non è consentito attribuire alla controparte in modo surrettizio premesse implicite, né rifiutarsi di assumere l'onere della prova per le premesse che si sono lasciate inesprese; 6) Non è consentito presentare qualcosa come punto di partenza condiviso, se non lo è, o negare che qualcosa sia un punto di partenza condiviso, se invece lo è; 7) Un ragionamento presentato come formalmente conclusivo non può essere logicamente invalido; 8) Non è consentito considerare difese in modo conclusivo tramite argomentazioni tesi che non siano presentate come basate su un ragionamento formalmente conclusivo, qualora la loro difesa non abbia luogo attraverso schemi argomentativi appropriati applicati in modo corretto; 9) Una difesa deve dirsi fallita quando la parte che ha proposto il proprio punto di vista lo ritrae; deve dirsi riuscita, quando l'avversario ritira i suoi dubbi; 10) I diversi punti di vista non devono essere formulati in maniera eccessivamente vaga, né in maniera tanto ambigua da indurre confusione; la loro interpretazione deve essere il più possibile accurata [v. F. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, trad. it., Sesto San Giovanni, 2008, pp. 157-62].

<sup>20</sup> P. GRICE, *op. cit.*, p. 60.

ghezza media degli interventi dei giudici è aumentata di oltre dieci pagine.

- (II) La massima della qualità richiede che il parlante non dica ciò che ritiene falso o non dica ciò per cui non ha prove adeguate. Ritengo che questa massima, applicata al caso del dibattito collegiale tra i giudici, possa avere un duplice risvolto. In un senso quasi ‘letterale’ occorre che ciascun giudice non introduca nel dibattito elementi di cui conosce la falsità o conclusioni che non siano supportate da prove. In un altro senso, che si potrebbe dire ‘teleologico’, tale massima deve trovare espressione in relazione alle precipue finalità del contesto di riferimento. In altre parole, ciascun giudice, per rispettare la *direzione* del contesto in cui si trova, deve impegnarsi verso un’idea di ‘vero’ che non sia relativo esclusivamente alla propria credenza personale, ma che emerga dal dibattito e dalla confutazione reciproca con i propri colleghi (e che rispecchi quindi, in certa misura, il criterio minimale del realismo aletico)<sup>21</sup>. È anche in questo senso, quindi, che deve uniformare il suo contributo: ossia deve perorare la posizione che ritiene vera fintanto che non ne emerga un’altra più idonea a rappresentare gli eventi<sup>22</sup>. Questo tipo di atteggiamento che si richiede al giudice sembra contrasti con gli episodi, di cui ho fornito un esempio nel paragrafo precedente, dei giudici che prima dell’udienza dichiarano ai *media* quanto sosterranno in giudizio, impegnandosi così personalmente nei confronti di una determinata posizione. Tale comportamento, frutto della popolarità raggiunta dai giudici grazie alle telecamere, comporta, da un lato, un totale fraintendimento del ruolo svolto dall’*ethos* di colui che parla e, dall’altro

---

<sup>21</sup> «A condizioni normali, non mi chiedo se quel che viene detto sia vero, se quel che leggo sui giornali corrisponda realmente a come stanno le cose; lo faccio invece se esistono dubbi, perplessità o contrasti. E quando esistono circostanze che motivano lo scetticismo (la *skepsis*), è il momento in cui il valore inferenziale di V (il ragionamento) viene attivato. Da questo punto di vista l’applicazione della funzione V è se mai l’inizio e non la conclusione brusca (Ross) di una controversia» [F. D’AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *centroinaudi.it*, 2017, p. 34].

<sup>22</sup> Ad essere in gioco sono le prime due regole del decalogo pragma-dialettico illustrato alla nota n. 17.

lato, vanifica la stessa funzione dell'assemblea giudicante. Su entrambi questi punti tornerò in seguito.

(III) La massima della relazione richiede a colui che parla di 'essere pertinente'. Questa massima, ai nostri fini, potrebbe essere riformulata esigendo che le parti evitino le c.d. fallacie di rilevanza, ossia quelle argomentazioni ove «il legame concettuale e logico tra le premesse e la conclusione è solo apparente»<sup>23</sup>. All'interno di questa categoria di fallacie, come detto, Franca D'Agostini include gli argomenti alle emozioni, sempre più frequenti da quando le telecamere e, quindi, gli spettatori hanno avuto accesso nelle stanze dell'STF. Sull'accettabilità di questa tipologia di argomenti nel contesto giuridico mi soffermerò più avanti, per il momento, rimanendo fedele a questo primo livello di analisi (ossia meramente pragmatica), è sufficiente rilevare questo scarto tra le argomentazioni comunemente impiegate dai giudici prima e dopo il 2002.

(IV) La massima della modalità, che si riferisce non a quel che si dice ma alla maniera in cui lo si dice, richiede al parlante di 'essere perspicuo', ossia evitare oscurità d'espressione, evitare ambiguità, essere conciso e ordinato. A tal proposito, facendo chiaramente riferimento alla progressiva de-tecnicizzazione degli interventi dei magistrati, viene da chiedersi se, così facendo, le ambiguità e l'ordine espositivo vi rimettano o meno. Per rispondere a tale interrogativo ritengo si debba anzitutto affrontare una questione preliminare, ossia chiarire chi siano gli effettivi destinatari dei discorsi di ciascun giudice. Infatti, l'oscurità o meno di un'affermazione il più delle volte non dipende dall'affermazione in sé, quanto piuttosto dal rapporto epistemico che intercorre tra l'affermazione ed il suo ascoltatore<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> F. D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 109. Paul Grice, nella formulazione della massima in questione, era chiaramente consapevole della complessità – di cui non mi occuperò nel presente contributo – che si cela sotto alla questione della *pertinenza* di un argomento: «Benché la massima in sé stessa sia cristallina, la sua formulazione nasconde una serie di problemi che mi preoccupano non poco: la questione di quanti differenti tipi e nuclei di pertinenza ci possano essere, come questi ultimi si spostino nel corso di uno scambio verbale, come sia possibile spiegare il fatto che i parlanti mutino legittimamente gli argomenti di conversazione, e così via» [P. GRICE, *op. cit.*, p. 61].

<sup>24</sup> Sul punto v. A. GOLDMAN, *Experts: Which Ones Should You Trust?*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 63, n. 1, 2001, pp. 106 ss.

Come si sarà intuito, per l'approfondimento di tale questione è necessario riflettere su quale sia l'uditorio di riferimento e quale ruolo questo svolga nel discorso dei vari magistrati. Entrambe questioni, anch'esse, di cui mi occuperò tra breve.

Rilevate queste alterazioni della pragmatica comunicativa che ha luogo tra i giudici dell'STF – con ogni probabilità riconducibili alla presenza delle telecamere durante la discussione collegiale – viene dunque da chiedersi se sia cambiato (e perché) anche il paradigma di razionalità che sottende lo svolgimento della discussione collegiale; al punto da ritenere appropriati lunghi interventi simili a monologhi, interferenze della stampa, tesi supportate con argomenti non giuridici ed un linguaggio sempre più simile a quello dell'uomo della strada. Per approfondire tale questione, di seguito – lasciandomi alle spalle gli approcci legati alla pragmatica degli scambi comunicativi – dovrò prendere in considerazione lo sforzo persuasivo posto in essere da ciascun magistrato e, dunque, l'elemento retorico che contraddistingue ciascun intervento. Nel fare ciò, richiamando la lezione di Andrea Rocci<sup>25</sup>, mi rifarò alle posizioni c.d. 'compatibiliste forti' che, attribuendo alla forza persuasiva un ruolo attivo e indispensabile nella definizione della ragionevolezza di una tesi, ammettono che tutti gli elementi di cui si compone la retorica – ed in particolare il *logos*, il *pathos*, l'*ethos* ed il rinnovato rapporto tra oratore ed uditorio<sup>26</sup> – siano elementi costitutivi, e non accessori, della razionalità (o ragionevolezza)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> V. A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà. Strumenti per una scuola di argomentazione*, Milano, 2017, pp. 102 ss.

<sup>26</sup> «In Aristotle's *Rhetoric*, there is a basic insight that can be seen as a sign of this movement toward the outside. I refer to the idea according to which *speaker and listeners are inside and not outside discourse*» [F. PIAZZA, *Rhetoric as Philosophy of Language. An Aristotelian Perspective*, in *Res Rhetorica*, vol.1, 2017, p. 6].

<sup>27</sup> «Il ragionamento che si attua attraverso il sillogismo retorico è un vero e proprio ragionamento, nulla invidiando a quello dialettico o deduttivo e induttivo delle scienze, ma anzi avendo in più il pregio di sapere coinvolgere l'ascoltatore, cognitivamente e emotivamente, nel recupero autentico di una nozione unitaria di ragione (che possiamo tranquillamente continuare a chiamare "ragionevolezza", ma senza nessun complesso di inferiorità)» [F. PUPPO, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, p. 315].

#### 4. I giudici dell'*STF* e l'uditorio di riferimento. I diversi generi retorici a confronto

«L'orazione si compone di tre elementi, di chi parla, di ciò attorno a cui si parla e di colui al quale si parla, e il fine del discorso è a lui diretto (intendo l'uditore)»<sup>28</sup>. Nelle poche righe che introducono la trattazione dei tre generi della retorica (il deliberativo, l'epidittico ed il giudiziario), Aristotele mette in luce con estrema chiarezza quanto mi interessa maggiormente nel presente paragrafo, ossia come l'uditorio a cui è diretto l'intervento sia parte costituente dell'intervento stesso, influenzandone in maniera significativa il contenuto e determinandone le caratteristiche principali<sup>29</sup>.

La consapevolezza circa l'importanza del ruolo svolto dall'uditorio, d'altronde, ha accompagnato, non senza fraintendimenti, la riscoperta degli studi sull'argomentazione sin dalle sue origini negli anni Cinquanta. Basti pensare, in tal senso, alla *Nuova Retorica* di Chaïm Perelman all'interno della quale, pur abdicando in parte la lezione aristotelica in favore di un'exasperata ricerca di rigore (simile a quello pre-

---

<sup>28</sup> ARISTOTELE, *Retorica*, a cura di F. CANNAVÒ, Milano, 2014, 1358a 37.

<sup>29</sup> «Si tenga presente, a scanso di equivoci, che si tratta di tre elementi interni che costituiscono il discorso nella sua interezza. Ciò significa che parlante e ascoltatore non sono, per Aristotele, utenti esterni che semplicemente si servono del *logos*, ma sue componenti costitutive, di cui una, l'ascoltatore, costituisce il "fine" il (*telos*) ed è pertanto non un semplice destinatario passivo ma ciò che, sin dal principio, non solo si colloca all'interno del *logos* stesso, ma ne determina anche le caratteristiche» [F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008, p. 49]. L'Autrice, in uno scritto successivo, chiarisce: «The *person speaking*, the *person spoken to* and the *topic spoken about* are not the constitutive elements of the communicative system, as many scholars sustain. More exactly, they are *the components of speech (logos)*. The difference is not superficial. Indeed, in the first case, speakers and listeners, even though they are essential to the communicative process, are external users. They remain outside the *logos* (that they use to communicate). In this way, the discourse seems to only coincide with one of its elements, the "message" or "what is said". Instead, here Aristotle is saying something different: *logos* is not only "what is said" but it is made up of all the three elements, *speaker*, *listener* and *topic*. Each of these plays a crucial role in building the speech that gains its real consistency only to the relationship between these three elements» [F. PIAZZA, *Rhetoric as Philosophy of Language. An Aristotelian Perspective*, cit., p. 7].

sente nel sapere scientifico)<sup>30</sup>, l'*uditorio universale* ambiva a svolgere il compito di fornire a colui che parla dei criteri universali di razionalità basati sull'ottenimento del consenso<sup>31</sup>. Se tali studi hanno il fondamentale merito di aver riaperto la strada all'analisi in contesto delle argomentazioni, ribadendo come «ogni argomentazione si sviluppa in funzione di un uditorio»<sup>32</sup> inteso come «l'insieme di tutti coloro sui quali l'oratore vuole influire con la sua argomentazione»<sup>33</sup>, molti degli spunti che di seguito farò miei nascono dalla lezione di Francesca Piazza che, nel suo testo *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, si rifa alla concezione classica sulla retorica. Seguendo tale impostazione, infatti, è possibile lasciarsi alle spalle l'impianto (tipicamente moderno) per il quale lo scambio comunicativo è un fenomeno statico<sup>34</sup>, che am-

---

<sup>30</sup> «L'argomentazione avrebbe quindi, per Perelman, un carattere semplicemente *mimetic*: quanto più essa 'assomiglierà' alle deduzioni formali e alle verifiche sperimentali, tanto più i suoi risultati susciteranno l'approvazione dell'uditorio, il quale, essendo "universale", può essere più efficacemente convinto da discorsi che ricordino le verità scientifiche (le quali, appunto, valgono – cartesianamente – da sempre e per sempre)» [M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014, p. 24].

<sup>31</sup> Cosa che, come è noto, ha rappresentato uno dei punti più delicati e più deboli della speculazione perelmaniana. Per evidenti limiti di spazio la questione non potrà essere approfondita, mi si conceda il rimando, tra gli altri, a G. PELLEGRINO, *La «nuova retorica» di Chaïm Perelman*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, 1960; A. ZADRO, *Verità e persuasione nella retorica classica e nella retorica moderna*, in *Verifiche*, 1, 1983; G. FURNARI LUVARA, *La logica del preferibile: Chaïm Perelman e la nuova retorica*, Soveria Mannelli, 1995; G. DAMELE, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 20-26; M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, cit., pp. 9-30.

<sup>32</sup> C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., Torino, 1966, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>34</sup> «Con ciò si vuole indicare un aspetto essenziale dell'argomentazione, ossia il suo essere un procedere intimamente e fondamentalmente *dinamico* e non statico: e proprio questo è ciò che dovrebbe riportare il *focus* sulla retorica, intesa, beninteso, in senso aristotelico e non perelmaniano. In effetti, se l'aver messo da parte lo studio delle componenti retoriche dell'argomentazione, legate al concetto di uditorio e ai mezzi che è possibile usare per ottenere la persuasione, è quanto ha consentito lo sviluppo di modelli prescrittivi anche molto sofisticati, a noi pare che si sia con ciò finito con lo sposare un'impostazione eccessivamente *statica* dell'argomentazione, forse perché, in un caso o

bisce alla monodirezionalità delle scienze esatte e procede univocamente dal parlante all'ascoltatore, in favore di una concezione dinamica capace di accogliere dentro di sé le reciproche influenze tra i soggetti coinvolti nella comunicazione<sup>35</sup>.

Pertanto, venendo al caso dell'STF, diviene di primaria importanza individuare quale sia l'uditorio (o gli uditori) di riferimento durante gli interventi, ossia quei soggetti su cui ciascun magistrato intende esercitare la propria forza persuasiva per il tramite del discorso che proferisce. Un primo uditorio è quello costituito dall'insieme dei colleghi magistrati che, fisicamente presenti attorno a colui che prende la parola, si riuniscono in quella sede per assumere la decisione finale. V'è, però, un secondo uditorio che, a sentire le parole (quantomeno *naïf*) del presidente emerito dell'STF Ayres Britto, sembra che interagisca in maniera 'subdola' nei confronti di ciascun magistrato che interviene. Britto, infatti, interrogato sull'opportunità di continuare le registrazioni durante le discussioni collegiali dei giudici, si è così pronunciato:

I magistrati non si rendono conto di essere filmati mentre discutono con i colleghi delle questioni giuridiche o dichiarano il loro voto in merito alla decisione finale. La mente non riesce a fare queste due cose contemporaneamente<sup>36</sup>.

In aperta contraddizione con l'affermazione appena riportata, ritengo che le alterazioni della pragmatica comunicativa registrate nel pre-

nell'altro, a pensare alla logica si finiva col pensare sempre ai modelli ipotetico-deduttivi del ragionamento formale, ritenuto, in un modo o nell'altro, comunque capace di "catturare" alcune caratteristiche del ragionamento» [F. PUPPO, *op. cit.*, pp. 313-14].

<sup>35</sup> «Nella situazione retorica tipica, inoltre, il pubblico non può realmente interagire intervenendo durante l'orazione e tuttavia ha il potere, non certo indifferente, di giudicare il discorso e, dunque, anche il suo autore. Nonostante la sua presunta inferiorità il vero protagonista del discorso retorico è, in effetti, il pubblico, tipicamente rappresentato dai membri di un'assemblea o dai giudici di un tribunale. Il fatto che non gli sia concesso di intervenire (con domande, commenti o obiezioni) durante lo svolgimento dell'argomentazione non ne fa per questo uno spettatore passivo. Al contrario, dal momento che è dal suo giudizio che dipende l'effettiva efficacia degli argomenti usati, l'ascoltatore-giudice è un momento essenziale del processo persuasivo, il suo *telos*» [F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 112].

<sup>36</sup> Intervista riportata da L. DINIZ, *op. cit.*, traduzione mia.

cedente paragrafo possano essere lette proprio alla luce della presenza, durante ciascun intervento, del più vasto uditorio del pubblico a casa che, in linea con la rilettura aristotelica che si sta proponendo, diviene una componente essenziale di ogni argomentazione ed il vero protagonista di ciascun discorso proferito.

Per comprendere come avvenga questa diretta influenza dell'uditorio (o *degli uditori*) dobbiamo, come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, guardare alla dimensione retorica del discorso. A tal proposito, prendendo in considerazione la nota classificazione dei generi retorici aristotelici (il deliberativo, il giudiziario e l'epidittico), è opportuno interrogarsi su quale sia il più idoneo a rappresentare la situazione in cui si svolgono le riunioni collegiali dell'STF. La distinzione tra i tre generi retorici, come è noto, ruota attorno a due criteri fondamentali: (i) il tempo degli avvenimenti di cui parla il retore<sup>37</sup> e (ii), più importante, l'uditorio a cui è rivolto il discorso, «che rappresenta uno dei cardini dell'intera *technè* retorica»<sup>38</sup>. Infatti, così lo stesso Aristotele:

Si contano tre specie di retorica, poiché altrettanti sono pure i tipi di uditorio. [...] Di avvenimenti futuri è giudice il membro dell'assemblea, di quelli passati il giudice del tribunale, della capacità dell'oratore lo spettatore. Di conseguenza vi saranno tre generi di discorsi retorici: «deliberativo», «giudiziario», «epidittico»<sup>39</sup>.

Nel definire a quale genere retorico appartengano i discorsi dei giudici durante l'assemblea giudicante di un tribunale devo ammettere, almeno in linea di principio, una certa indecisione. Infatti, pur lasciando momentaneamente da parte la presenza delle telecamere, non sono del

---

<sup>37</sup> «Vi sono tempi per ciascuno di questi generi: il futuro per chi consiglia (infatti, riguardo avvenimenti futuri, consiglia o esortando o dissuadendo); il passato per chi è chiamato a parlare in tribunale (infatti uno accusa e l'altro difende sempre in relazione a fatti accaduti); il presente, invece, è quello più appropriato per il genere epidittico (infatti, tutti lodano o biasimano a seconda di ciò che accade), spesso però si usa dell'altro sua quando si rievocano cose trascorse sia quando si prefigurano avvenimenti futuri» [ARISTOTELE, *op. cit.*, 1358b 13].

<sup>38</sup> F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 75.

<sup>39</sup> ARISTOTELE, *op. cit.*, 1358b 1.

tutto persuaso né che tale momento retorico appartenga *tout court* al contesto giudiziario, né che appartenga a quello deliberativo. A favore della prima interpretazione – ossia che si tratti di discorsi retorici giudiziari – deporrebbe che i giudici, nel momento di assumere la decisione, discutono perlopiù di avvenimenti passati e che, a fronte di un’accesa discussione, parte di essi peroreranno le istanze della difesa ed altri dell’accusa<sup>40</sup>. A favore, invece, della seconda interpretazione – ossia che i discorsi dei giudici durante il collegio giudicante appartengano al genere retorico deliberativo – deporrebbe che i giudici non sono «parti in causa» (come invece vorrebbe Aristotele nella descrizione del genere giudiziario) e che la sentenza che verrà emanata, dopo l’esposizione dei motivi di diritto e di fatto (che giocoforza riguardano eventi passati), deve contenere il c.d. *dispositivo* che generalmente riguarda i contegni futuri a cui dovranno attenersi le parti e su cui i giudici hanno senz’altro discusso.

Ad ogni modo, lasciando tale questione a futuri approfondimenti, la tesi che intendo ora sostenere – proseguendo l’analisi del contesto retorico – è che, nello specifico caso dell’S<sup>T</sup>F, la presenza delle telecamere durante il momento collegiale susciti quantomeno una possibile confusione sul «criterio in base al quale classificare le diverse situazioni di uso pubblico del linguaggio» e, dunque, sulle sue «caratteristiche specifiche»<sup>41</sup>. In particolare, ritengo che, data la consapevolezza di ciascun giudice di star parlando di fronte a milioni di spettatori, le caratteristiche retoriche del suo discorso si possano ricondurre al genere epidittico che, a sua volta, presenta le due seguenti peculiarità. In primo luogo, come ho già avuto modo di evidenziare, non si riferisce né ad avvenimenti passati né a decisioni future, bensì è tipico delle questioni presenti; in secondo luogo, è diretto a degli spettatori che, differentemente dai giudici e dai membri di un’assemblea, non dovranno, sulla base del discorso, assumere una decisione, bensì valuteranno le capacità di colui che

---

<sup>40</sup> «È invece prerogativa del processo [e dunque del genere retorico giudiziario] da un lato l’accusa dall’altro la difesa: di fatto, le parti in causa svolgono necessariamente o l’uno o l’altro compito» [*Ibid.*, 1358b 11].

<sup>41</sup> F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 75.

parla, sulla base della persuasività delle sue argomentazioni di lode o biasimo<sup>42</sup>.

Come sosterrò brevemente nei successivi paragrafi, è proprio alla luce di tale confusione del contesto retorico che ritengo si possano intendere le alterazioni della pragmatica comunicativa registrate in apertura. Infatti, pur consapevole che le tre *pisteis* tecniche retoriche sono intimamente connesse tra loro<sup>43</sup>, ritengo che il fraintendimento circa l'uditorio di riferimento – i colleghi magistrati o il pubblico a casa? – crei, a sua volta, ulteriori fraintendimenti, sulle modalità con cui ciascun magistrato fa uso del *logos*, del *pathos* e dell'*ethos* per catturare la fiducia degli ascoltatori. Ribadita, dunque, la centralità del ruolo svolto dall'uditorio nella formazione del discorso, di seguito vedremo come le *pisteis* tecniche (appunto: il *logos*, il *pathos* e l'*ethos*) si possano atteggiare diversamente in virtù della presenza delle telecamere (e, quindi, degli spettatori da casa), al punto da alterare l'ideale razionale di discussione critica che si volge tra i giudici dell'STF<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> «Come si ricorderà, l'ascoltatore di questo tipo di discorso è descritto da Aristotele come uno "spettatore" (*theorós*). Diversamente dal giurato e dal membro dell'assemblea, egli non deve emettere un verdetto né prendere una decisione e tuttavia è pur sempre uno che giudica e che deve valutare la persuasività delle argomentazioni di colui che parla» [Ead., p. 84].

<sup>43</sup> Aristotele, dopo aver precisato la distinzione tra *pisteis* esterne alle *techne* retorica e *pisteis* interne (le uniche che appartengono propriamente alla retorica in quanto tecnica), sottolinea come quest'ultime condividano il fatto di dipendere tutte dal discorso: «il carattere intrinsecamente discorsivo di questo tipo di *pisteis* è un tratto essenziale della loro natura tecnica, fino al punto che si potrebbe affermare che esse sono tecniche proprio in quanto discorsive» [Ead., p. 48].

<sup>44</sup> Ci rifacciamo, dunque, alle posizioni c.d. 'compatibiliste forti' a cui si è fatto riferimento in chiusura del precedente paragrafo, ribadendo che: «parlante e ascoltatore non sono, per Aristotele, utenti esterni che semplicemente si servono del *logos*, ma sue componenti costitutive, di cui una, l'ascoltatore, costituisce il "fine" (il *telos*) ed è pertanto non un semplice destinatario passivo ma ciò che, sin dal principio, non solo si colloca all'interno del *logos* stesso, ma ne determina anche le caratteristiche» [Ead., p. 49].

### 5. Alcuni fraintendimenti sul *logos* e sul *pathos*

Il *logos* è la *pistis* tecnica basata sul discorso stesso<sup>45</sup>, la quale presuppone una diversa attività topica sulla base di quale sia l'uditorio di riferimento e, dunque, sulla base di quale sia il genere retorico impiegato<sup>46</sup>. È proprio alla luce di tale attività di selezione delle premesse che, dunque, dovrà essere intesa la progressiva de-tecnicizzazione dei discorsi dei giudici che, consapevoli dell'inferiore condizione epistemica degli spettatori (dai quali di certo non ci si può attendere la preparazione giuridica di un magistrato delle corti superiori), traducono i loro ragionamenti perché possano essere compresi e, dunque, accolti con favore dal pubblico a casa (pubblico che, nei discorsi epidittici, si erge a vero e proprio giudice delle abilità dell'oratore)<sup>47</sup>. Anche il progressivo allungamento dei discorsi, d'altronde, può essere letto alla luce del cambiamento di uditorio, in quanto è immaginabile che i giudici, per

---

<sup>45</sup> V. *Ead.*, pp. 78 ss.

<sup>46</sup> «Poiché tutti quanti – quelli che lodano e biasimano, quelli che esortano e quelli che dissuadono, quelli che accusano e quelli che difendono – non solo tentano di mostrare le cose che si sono dette, ma anche se grande o piccolo sia il bene o il male, il bello o il brutto, il giusto o l'ingiusto, considerandoli per sé stessi o confrontandoli tra loro, è chiaro che bisogna possedere premesse anche di grandezza o piccolezza, di maggiore o di minore e in generale e in particolare: per esempio, che cosa è un bene maggiore o minore, un atto giusto o ingiusto e così anche per le altre cose. Dunque, intorno a cosa si devono necessariamente assumere le premesse s'è detto; dopo di che occorrono distinzioni particolareggiate per ciascuna di queste, ad esempio sulle premesse che riguardano la deliberazione, i discorsi epidittici e, terzo, quelli concernenti le azioni giudiziarie» [ARISTOTELE, *op. cit.*, 1359a 17-33]. Sul punto: «la conoscenza delle caratteristiche specifiche dei differenti tipi di discorso rappresenta un valido strumento nelle mani dell'oratore, soprattutto per l'individuazione delle argomentazioni più adatte alle diverse situazioni discorsive. [...] Così facendo, sarà possibile delineare le topiche propriamente dette, fornendo all'oratore le informazioni e le istruzioni utili per la costruzione degli entimemi su quei particolari argomenti» [*Ead.*, p. 78].

<sup>47</sup> «L'attività retorica si avvale della *topica* (metodo di ritrovamento e disposizione delle premesse argomentative) e della *dialettica* (metodo di accertamento della contraddizione) per costruire i suoi ragionamenti, nonché di una nutrita serie di accorgimenti (gli *argumenta* o "forme dell'argomentazione") per generare persuasione intorno alle sue affermazioni» [M. MANZIN, *op. cit.*, pp. 91-92].

rendere i loro discorsi comprensibili, siano costretti a continue riformulazioni o parafrasi di quanto già sostenuto con linguaggio tecnico.

L'attività topica idonea per il rinvenimento delle premesse di questo particolare discorso epidittico, inoltre, può avere importanti ricadute anche sulla funzione svolta dal *pathos*, ossia l'affidamento dell'ascoltatore ingenerato dalle emozioni suscitate su di esso dall'oratore (sempre per il tramite del discorso). A tal proposito mi sto riferendo al crescente uso, da parte dei giudici, di quelli che sono stati definiti gli 'argomenti alle emozioni' che, per l'appunto, mirano ad ottenere il consenso dell'ascoltatore facendo «appello alle emozioni o ai sentimenti»<sup>48</sup>. Facendo mia la lezione di Kevin Saunders<sup>49</sup>, ritengo si possa affermare che l'utilizzo di questa tipologia di argomenti sia da ritenersi legittima fintanto che le argomentazioni avanzate non abbiano natura teoretica ma, al contrario, gettino le loro fondamenta su constatazioni empiriche<sup>50</sup>. Così, se la discussione avvenisse unicamente tra i giudici dell'STF, l'utilizzo di tali formule sarebbe inibito e probabilmente ritenuto irragionevole dai colleghi, in quanto i giudici, tra loro, «offer arguments regarding points of law»<sup>51</sup>. Al contrario, ammettendo che gli ascoltatori del giudice siano (o possano essere) gli spettatori da casa, allo stesso tempo si autorizzano i magistrati ad un diverso uso delle *pisteis* retoriche (e dunque, in questo caso, di *logos* e *pathos*), ponendo una maggiore enfasi sugli elementi emotivi, utili ad ottenere il consenso di quel particolare uditorio di spettatori tutt'altro che esigenti da una prospettiva di logica giuridica.

---

<sup>48</sup> F. D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>49</sup> Il riferimento è a K.W. SAUNDERS, *Informal Fallacies in Legal Argumentation*, in *S.C. L. Rev.*, 1992, pp. 343-382.

<sup>50</sup> Sulla legittimità dell'utilizzo di tali argomenti da parte di un testimone in giudizio: «A witness's contribution is not a rational argument that should stand or fall on its own strength. A witness offers empirical information, which cannot be tested by an examination of its logical strength because it has no such strength» [*Ibid.*, p. 348].

<sup>51</sup> *Loc. ult. cit.*

## 6. Alcuni fraintendimenti sull'*ethos*

Mentre la fiducia esercitata dal *logos* fa riferimento al contenuto di quanto viene detto, e quella esercitata dal *pathos* è legata alle emozioni suscitate nell'ascoltatore, l'*ethos* del discorso, invece, si riferisce alle qualità di colui che lo pronuncia che, per ammissione dello stesso Aristotele, rappresentano probabilmente la principale fonte di persuasione<sup>52</sup>. È indubbio, infatti, che ciascuno di noi è portato a lasciarsi convincere con maggior facilità da chi, nel modo in cui dice le cose e da ciò che dice, appare meritevole di ottenere la nostra fiducia<sup>53</sup>.

L'ambito processuale è caratterizzato da una forte 'istituzionalizzazione' dell'*ethos*. Infatti, tanto i giudici quanto gli avvocati, quando prendono parola durante un giudizio, lo fanno in maniera – per così dire – 'depersonalizzata', ossia in virtù del ruolo istituzionale che in quel momento rappresentano e non, invece, in virtù (solo) della propria identità personale<sup>54</sup>. Questo fatto serve a fare in modo che tanto nella discussione tra le parti, quanto durante lo svolgimento della camera di consiglio, l'*ethos* di ciascun oratore – quindi, la sua saggezza, virtù e benevolenza<sup>55</sup> – debba essere dato per presupposto, in virtù della sua

---

<sup>52</sup> «Non dobbiamo pensare infatti, come certi autori di tecniche retoriche, che il non porre nell'arte anche l'onestà di chi parla non contribuisca in nulla alla persuasione, anzi forse, per così dire, il carattere possiede la persuasione più efficace» [ARISTOTELE, *op. cit.*, 1356a 10].

<sup>53</sup> «Si avrà davvero persuasione realizzata attraverso il carattere soltanto se colui che parla verrà ritenuto degno di fede (*axiopistos*) in base alle cose che dice e al modo in cui le dice e non grazie a pregiudizi estranei al discorso» [F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 92].

<sup>54</sup> Sono consapevole che qui si intrecciano complesse questioni di etica, come quelle che interessano il rapporto fra etica pubblica, etica professionale e personale, e che, per evidenti ragioni di spazio, non possono essere prese in considerazione. Mi sia, però, almeno consentito il rimando a G. COSÌ, *Giuristi e società. Lineamenti di etica professionale*, Siena, 2010; I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013.

<sup>55</sup> «Allora, tre sono le cause del fatto che gli oratori stessi risultano persuasivi: tante sono le cose per cui prestiamo fede al di fuori delle dimostrazioni. Queste sono la saggezza, la virtù e la benevolenza, poiché coloro che si sbagliano su ciò che dicono o consigliano, lo fanno o per tutti questi motivi o per uno di essi; infatti o si fanno delle opinioni sbagliate per insensatezza o, pur ragionando correttamente, non dicono ciò che

qualifica professionale. Di questo modo, infatti, riferendomi specificamente al ruolo del giudice, la decisione non assumerebbe autorevolezza poiché proviene da questo o da quel giudice ma, più semplicemente, poiché essa è emanata da *un* giudice che, in quanto tale e nel rispetto della legge, ha potere di decidere<sup>56</sup>.

Nel caso dell'STF, però, occorrendo la più volte citata confusione con il contesto epidittico, avviene – uscendo dall'ambito tipico del processo – una 'ri-personificazione' (o, meglio, una 'de-istituzionalizzazione') dell'*ethos*. Questo non senza conseguenze.

Per comprenderne gli effetti si pensi, nuovamente, alla principale caratteristica del genere epidittico. In tale situazione, infatti, gli spettatori giudicano delle cose presenti, ossia delle capacità dell'oratore o delle qualità dell'oggetto di cui si sta parlando. Pertanto, l'oratore – nel caso in esame, il magistrato dell'STF – che proferirà l'intervento non sarà più visto, agli occhi degli spettatori, *semplicemente* come un giudice, ma come qualcuno che in prima persona si impegna in ciò che sostiene, giacché sarà proprio su di lui, ossia sulle sue doti, che l'uditorio sarà chiamato ad esprimere il proprio giudizio.

Alla 'de-istituzionalizzazione' dell'*ethos* va poi aggiunto un secondo elemento, tipico del discorso epidittico, che mi consentirà, in chiusura di paragrafo, di fornire alcune ulteriori spiegazioni dei fenomeni registrati in apertura. Infatti

date le sue specifiche finalità, il discorso epidittico resta comunque quello nel quale è raro che l'accordo (anche preliminare) con l'uditorio

---

pensano per cattiveria, oppure sono saggi e capaci ma non benevoli, perciò è possibile che, pur conoscendolo, non si consigli per il meglio» [ARISTOTELE, *op. cit.*, 1378a 6].

<sup>56</sup> Anche sul tema dell'*ethos* dei giudici (o della loro *autorevolezza*) mi rendo conto che si intrecciano diverse questioni che, in questa sede, non v'è modo di approfondire. Si pensi, a titolo generale, al fenomeno della scelta convenzionale del foro, oppure, a titolo particolare, al fatto che gli avvocati esperti di ciascun foro modulano i loro contorni ed i loro atti anche sulla base del carattere personale del giudice con cui hanno a che fare. Ai fini del presente contributo, però, mi sembra ci si possa limitare a mettere in connessione l'*ethos* dei giudici con la loro qualifica istituzionale. Una siffatta semplificazione, d'altronde, ritengo possa essere accoglibile in questa sede, poiché l'*autorevolezza istituzionale* dei giudici appartenenti ai Tribunali Superiori è, di norma, diffusamente riconosciuta.

venga meno. Diversamente da quanto accade in assemblea o in tribunale, infatti, nei discorsi in lode e in biasimo non c'è quasi mai in discussione una tesi controversa, né si tratta di dover sostenere che un certo fatto è accaduto o meno<sup>57</sup>.

Così, ciascun magistrato dell'STF, in virtù della confusione ingenerata dalla presenza delle telecamere, potrebbe tralasciare l'esigenza di trovare un accordo con i propri colleghi – finalità invece precipua delle riunioni collegiali – e finire con il rivolgersi esclusivamente a quegli spettatori con cui un accordo esiste già.

L'unione di questi due fattori – la 'de-istituzionalizzazione' dell'*ethos* e la caratteristica, per così dire, 'non-controversiale' del genere epidittico – possono stare alla base delle tre degenerazioni (alcune solo possibili) illustrate di seguito.

Innanzitutto, alla luce di tali considerazioni si trova un riscontro della pratica quantomeno discutibile per la quale i giudici dichiarano in anticipo ai mezzi stampa quanto sosterranno in giudizio. Questo tipo di comportamento, infatti, può essere inteso come un tentativo di costituire in anticipo quell'uditorio con il quale una condivisione di opinioni esiste già, in ragione – come detto – delle caratteristiche tipiche del contesto epidittico.

In secondo luogo, potendo passare in secondo piano l'esigenza di trovare un accordo con i colleghi magistrati, ciascun giudice potrebbe scegliere di rimanere fedele al suo uditorio precostituito e, anzi, sentirsi personalmente impegnato nei confronti di quest'ultimo (si pensi alla già citata 'de-istituzionalizzazione' dell'*ethos*). Se così fosse, si correrebbe un duplice rischio: da un lato, la polarizzazione del conflitto tra gli stessi magistrati<sup>58</sup>, ciascuno ostinato a difendere le proprie posizioni e, dall'altro lato, la costituzione di un 'pre-giudizio', in quanto il momento

---

<sup>57</sup> F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 86.

<sup>58</sup> Relativamente al contesto dell'STF brasiliano, infatti, vanno in questa direzione le parole della Prof.ssa di diritto pubblico dell'Università di Rio de Janeiro, Margarida Lacombe: «È inaccettabile che il giudizio del *Mensalão* sia percepito da buona parte dell'opinione pubblica come uno scontro tra eroi e cattivi. Infatti, il magistrato del STF, Joaquim Barbosa, relatore del presente caso, non ha nulla dell'eroe. Non è un eroe nazionale. È un magistrato che svolge le sue funzioni con grande competenza» [intervista riportata da L. DINIZ, *op. cit.*, traduzione mia].

processuale sarebbe destinato ad un mero conteggio numerico delle posizioni favorevoli e contrarie, e non ad un'effettiva discussione collegiale durante la quale si forma, *intra-iudicium*, la decisione.

Infine, a sintesi delle due possibili degenerazioni di cui sopra, resta inteso che si potrebbe ottenere un totale fraintendimento della lezione aristotelica sull'*ethos*. Infatti, poiché questa *pistis* tecnica – al pari delle altre – emerge all'interno del discorso e non preesiste ad esso<sup>59</sup>, il carattere dei giudici non sarà buono se questi rimarranno fedeli a quanto detto in precedenza, ma solo se la bontà del loro carattere emergerà direttamente dal discorso proferito in giudizio e, quindi, anche dalla discussione con gli altri magistrati.

### 7. Riflessioni conclusive

Cogliendo l'opportunità offertami dal peculiare caso dell'STF, nel presente contributo sono partito da un'analisi delle alterazioni che si sono registrate nella massima corte brasiliana dopo l'introduzione delle telecamere in giudizio. Attingendo ai noti studi di Paul Grice, ho quindi confrontato tali rilevazioni pratiche con il *principio di cooperazione* e con le sue quattro famose *massime conversazionali*. Quel che ho potuto rilevare sono state alcune importanti alterazioni della pragmatica comunicativa tra i giudici, al punto che mi sono chiesto se non si stesse registrando un cambiamento del paradigma di razionalità che governa la particolare discussione critica che avviene nella camera collegiale di un tribunale. Per approfondire tale questione, ho così preso in considerazione la situazione retorica in cui avviene la discussione tra i giudici, mettendo in evidenza come, a parer mio, la presenza delle telecamere susciti una sorta di confusione tra i diversi generi retorici, proiettando i giudici all'interno del contesto epidittico. Dall'analisi delle caratteristiche di tale tipo di contesto retorico e di come, al suo interno, si atteggi-

---

<sup>59</sup> «Si avrà davvero persuasione realizzata attraverso il carattere soltanto se colui che parla verrà ritenuto degno di fede (*axiopistos*) in base alle cose che dice e al modo in cui le dice e non grazie a pregiudizi estranei al discorso. È questo l'aspetto di maggior originalità della prospettiva aristotelica rispetto alla tradizione precedente» [F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, cit., p. 92].

no le diverse *pisteis* tecniche – così come emergono dalla lezione aristotelica e dalla lettura che ne dà Francesca Piazza – sono riuscito a dar conto di molte delle alterazioni registrate in apertura, trovando così una giustificazione ragionevole alla ‘nuova’ discussione collegiale che si sta affermando a seguito dell’introduzione delle telecamere.

In conclusione, se nel contesto brasiliano una tale apertura mediatica del processo si spiega alla luce di un’insaziabile richiesta di trasparenza, auspico che lo studio qui presentato – seppur in una versione ancora embrionale – possa offrire alcuni spunti per una rinnovata critica alle spinte, ovunque sempre più pressanti, verso la spettacolarizzazione dei processi.

### *Bibliografia*

- ARISTOTELE, *Retorica*, a cura di F. Cannavò, Milano, 2014
- COSI G., *Giuristi e società. Lineamenti di etica professionale*, Siena, 2010
- D’AGOSTINI F., *Diritti aletici*, in *centroinaudi.it* (consultato online il 10 marzo 2020), 2017
- D’AGOSTINI F., *Verità Avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010
- DAMELE G., *Retorica e persuasione nelle teorie dell’argomentazione giuridica*, Genova, 2008
- DE MELO FONTE F., *O Supremo Tribunal Federal antes e depois da Tv Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores?*, in *conjur.com.br* (consultato online il 18 marzo 2020), 2016
- DINIZ L., *Tv Justiça, ao vivo e sem cortes*, in *observatoriodaimprensa.com.br* (consultato online il 25 aprile 2020), 2015
- FURNARI LUVARA G., *La logica del preferibile: Chäim Perelman e la nuova retorica*, Soveria Mannelli, 1995
- GOLDMAN A., *Experts: Which Ones Should You Trust?*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 63, n. 1, 2001, pp. 85-110
- GRICE P., *Logica e conversazione*, trad. it., Bologna, 1993
- HORBACH C.B., *TV Justiça è instrumento para aprimorar Judiciário*, in *ConsultorJuridico.com.br* (consultato online il 25 marzo 2020), 2014
- KESSLER R., *Why aren’t cameras allowed at the Supreme Court again?*, in *theatlantic.com* (consultato online il 3 febbraio 2020), 2013

- LUCHETE F., *Advogados apontam influência da imprensa em decisão do STF*, in *ConJur.com.br* (consultato online il 25 marzo 2020), 2013
- LUZZATI C., *Gli alti e bassi della pragmatica giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018
- MANZIN M., *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014
- PELLEGRINO G., *La «nuova retorica» di Chaïm Perelman*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, 1960, pp. 634-53
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., Torino, 1966
- PIAZZA F., *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008
- PIAZZA F., *Rhetoric as Philosophy of Language. An Aristotelian Perspective*, in *Res Rhetorica*, vol.1, 2017, pp. 3-16
- POGGI F., *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in A. CAPO-NE, F. POGGI (ed. by), *Pragmatics and Law*, New York, 2016, pp. 231-48
- PUPPO F., *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, pp. 293-318
- RESTA G., *Il rapporto tra giustizia e mass media: quali regole per quali soggetti*, Napoli, 2010
- ROCCI A., *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà. Strumenti per una scuola di argomentazione*, Milano, 2017, pp. 88-122
- SAUNDERS K.W., *Informal Fallacies in Legal Argumentation*, in *S.C. L. Rev.*, 1992, pp. 343-382
- TRUJILLO I., *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013
- VAN EEMEREN F., GROOTENDORST R., *Teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, trad. it., Sesto San Giovanni, 2008
- YOUM K.H., *Cameras in the courtroom in the twenty-first century: the U.S. Supreme Court learning from abroad?*, in *Brigham Young University Law Review*, n. 6, 2012
- ZADRO A., *Verità e persuasione nella retorica classica e nella retorica moderna*, in *Verifiche*, 1, 1983, pp. 31-50



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

Maurizio Manzin

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento

Federico Puppo

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento

Gaetano Carlizzi

Docente di Teoria dell'Argomentazione Giuridica presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Napoli "Suor Orsola Benincasa"

Fabio Ciaramelli

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II"

Vito De Nardis

Docente di ruolo di Materie Letterarie e Latino presso il Liceo scientifico "G. Galilei" di Lanciano (CH). Docente a contratto presso la Libera Università di Bolzano

Sara Dellantonio\* e Luigi Pastore\*\*

\* Professore Associato di Logica e Filosofia della Scienza presso il Dipartimento di Psicologia e Scienze Cognitive dell'Università degli Studi di Trento

\*\* Ricercatore in Filosofia Teoretica presso il Dipartimento di Scienze della Formazione, Psicologia, Comunicazione dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Francesca Delvecchio

Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Foggia

Flora Di Donato

Professore Associato di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Andrea Favaro

Assegnista di Ricerca in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona e Professore incaricato di Filosofia del Diritto e Antropologia giuridica presso la Facoltà di Diritto Canonico "San Pio X" di Venezia

Ida Ferrero

Assegnista di Ricerca in Storia del Diritto Medievale e Moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

Mattia Garavaglia

Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso il Dipartimento di Diritto Pubblico e Sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano

Carlo Vittorio Giabardo

Ricercatore "Juan de la Cierva" in Filosofia e Teoria del Diritto presso l'Università di Girona (Spagna)

Gaetano Insolera

Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum". Direttore della Scuola di Specializzazione per le professioni legali "E. Re-denti" dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Claudio Luzzati

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” dell’Università degli Studi di Milano

Umberto Manzo

Laureato in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Trento, ha conseguito il Master in Psicopatologia e Neuropsicologia Forense presso l’Università degli Studi di Padova

Riccardo Perona

Docente di ruolo nell’Area di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Diritto e Scienze Politiche dell’Università di Cartagena (Colombia)

Dorella Quarto

Dottoranda di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Mario Riberi

Ricercatore in Storia del Diritto Medievale e Moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Torino

Alessandro Serpe

Professore Associato di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell’Università degli Studi di Chieti-Pescara “G. D’Annunzio”

Serena Tomasi

Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto presso l’Università degli Studi di Trento. Docente di Philosophy of Law presso il corso di laurea in Comparative, European and International Legal Studies (CEILS) dell’Università degli Studi di Trento

Lorenzo Zoppellari

Dottorando di Ricerca in Filosofia del Diritto presso l’Università degli Studi di Trento



**COLLANA**  
**‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’**

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)

48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)

49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)

50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo online in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)

