

**Rivista
internazionale
di sociologia
giuridica
e diritti umani**

N. 8 - ANNO 2025

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

Direzione

Bruno M. Bilotta (direttore), Felice M. Barlassina, Gennaro Cicchese (vicedirettori), Enrico M.G. Damiani di Vergada Franzetti (vicedirettore aggiunto).

Comitato di direzione

Bruno M. Bilotta, Felice M. Barlassina, Carlo Bonifati, Caterina Delfino, Gaetano Tatò.

Comitato di redazione

Bruno M. Bilotta, Felice M. Barlassina, Carlo Bonifati, Caterina Delfino, Santo Delfino, Vincenzo Marano, Alessandro Marca (informatico), Francesco D'Amico (editorial office staff), Antonio M. Dimartino (caporedattore).

Comitato scientifico

Lucio d'Alessandro, Jean-Claude Angoula, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Davide Barba, Felice M. Barlassina, Maria Elisabetta Bilotta, Carlo Bonifati, Franco A. Cappelletti, Maria Stefania Cataleta, Gennaro Cicchese, Anna Civita, Matteo Crippa, Caterina Delfino, Santo Delfino, Claudia Roxana Dorado, Laurence Dumoulin, Emilia Ferone, Cinzia Gamba, Claudio Generoso, Renato Grillo, Xavier-Jean Keita, Nicola Malizia, Vincenzo Marano, Sergio Marotta, Marcello Monteleone, Licia Paglione, Michelangelo Pascali, Francesco Petrillo, Andrea Pitasi, Paolo Aldo Rossi, Nico Salomone, Armando Saponaro, Alberto Scerbo, Richard Sédillot, Maria Ausilia Simonelli, Ferdinando Spina, Gaetano Tatò.

Profilo

La rivista ospita studi e contributi, di carattere nazionale e internazionale, relativi al vastissimo panorama dei rapporti reciproci tra diritto e società, sia di carattere teorico che di carattere empirico. Se, secondo un'ottica scientifica di tipo tradizionale, si può tutt'ora affermare che lo studio sociologico del diritto tende a elaborare un quadro concettuale che definisca il diritto all'interno della teoria sociologica generale e che, dal punto di vista dell'analisi empirica, la ricerca si propone di descrivere gli effetti sociali delle norme, attraverso lo studio dei comportamenti individuali e collettivi, l'enorme evoluzione che i due termini – diritto e società – hanno subito negli anni, specialmente dall'inizio del nuovo millennio, ha mutato in maniera sostanziale il quadro concettuale e, conseguentemente, il quadro teorico della sociologia giuridica. I termini "società" e "diritto" assumono significati e valenze sempre nuovi, legati all'attualità e alle emergenze in evoluzione, e corroborano tematiche e problematiche sempre più vaste e sempre più complesse. La rivista indaga tale universo nel contesto dei diritti umani, dei conflitti, della trasformazione dei conflitti stessi all'interno della trasformazione sociale, della dinamica della conflittualità come modalità di azione sociale e di scambio intersoggettivo.

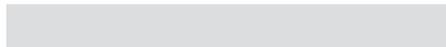
Referaggio

La rivista adotta il sistema di referaggio *double blind peer review*. Il comitato di direzione sceglie i *referees*, per la valutazione di ogni singolo articolo, tra studiosi ed esperti prevalentemente esterni ai comitati stessi, sulla base della provata esperienza professionale nelle materie oggetto dei contributi sottoposti a valutazione. In via del tutto eccezionale, in considerazione dell'altissima personalità scientifica dell'autore, la direzione si assume la responsabilità di non sottoporre il contributo ad alcun *referee*. È responsabilità dell'Autore il rispetto delle regole sintattiche, tipografiche, di formattazione (e affini) afferenti la stesura e presentazione del proprio contributo nella lingua prescelta diversa da quella italiana.

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

N. 8 - anno 2025

a cura di BRUNO MARIA BILOTTA



Edizione giugno 2025

ISSN edizione cartacea 2704-5439

ISSN edizione digitale 2974-5594

La rivista è registrata presso il Tribunale ordinario di Milano con numero di registrazione stampa 216.

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia, senza l'autorizzazione dell'editore. Tutti i diritti sono riservati.

Indice

- p. 8 *Editoriale* di Bruno Maria Bilotta
- 15 *Decisione e suggestione. Quattro suggestioni sulla decisione giudiziaria*
di Bruno Maria Bilotta
- 48 *I volti della povertà educativa*
di Anna Civita, Angela Mongelli
- 67 *Per una cultura accademica transdisciplinare condivisa e tollerante: tra
selezione, formazione e insegnamento*
di Enrico Damiani di Vergada Franzetti
- 84 *When social conflict takes over the skies. A socio-legal perspective
on reduced accessibility driven by the low fare business model in air
transportation*
di Francesco D'Amico, Antonio Dimartino
- 106 *Il crepuscolo della (in)differenza. Verso nuove forme di tutela della
persona in condizione di disabilità*
di Francesco Ferzetti
- 135 *Definitional Aspects and Issues Concerning Homeless Individuals: A
Brief Narrative Review of the Evolution of the Homelessness Phenomenon.*
di Federica Misceo, Roberta Risola, Andrea De Leo, Armando
Saponaro, Valeria Rossini, Ignazio Grattagliano e Maria Grazia
Violante.
- 160 *O Fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti*
di Francesco Petrillo
- 229 *I crimini d'odio: aspetti sociologici, codicistici e giurisprudenziali
alla luce delle normative interne e sovranazionali*
di Stefano Zoccali

Editoriale

di Bruno Maria Bilotta*

*Guerre giuste e ingiuste*¹

Le prime parole del filosofo statunitense Michael Walzer scritte per l'edizione italiana di uno dei suoi saggi più noti del 2009, *Guerre Giuste e Ingiuste*, sono già da sé sole il compendio di un intero volume:

Un autore è sempre felice se esce una nuova edizione di un suo libro, ma il mio piacere è mitigato dal fatto che una nuova edizione di *Guerre Giuste e Ingiuste* generalmente vuol dire che ci sono state altre guerre. Negli Stati Uniti le nuove edizioni del libro hanno coinciso con la Guerra del Golfo del 1991, l'intervento in Kosovo del 1999 e la guerra in Iraq del 2003. La presente riedizione italiana forse è motivata dall'Iraq, ancora non pacificato, o dall'Afghanistan o dal Libano o da Gaza o dallo Sri Lanka.

Parole profetiche queste del celebre filosofo statunitense?

Nient'affatto: anche il più sprovveduto dei soggetti comuni arriva ad ipotizzare questo tipo di sciagure. Dopo quella data decine e decine di guerre si sono succedute e non smettono di succedersi. Una frase di Walzer mi colpisce particolarmente: «Si tratta di guerre locali, non mondiali, e questo almeno è un piccolo vantaggio per l'umanità. Ma tutte queste guerre vedono

* Professore ordinario f.r. di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale dell'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

¹ È questo il titolo di un celebre, ancorché datato, saggio di Michael Walzer, *Just and Unjust War. A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York 1977; traduzione italiana *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Laterza, Roma-Bari 2009. Esiste anche un'altra edizione italiana precedente a questa uscita presso l'editore Liguori, Napoli 1990.

coinvolti soggetti non statali, guerriglieri e terroristi, e si tratta di conflitti che mettono a repentaglio le vite dei civili».

Questa, purtroppo, non è stata una facile profezia realizzata: le guerre a far data da quel lontano 1977, anno dell'edizione statunitense del saggio di Walzer o anche dal 2009, anno della sua edizione italiana, sono diventate anche e soprattutto guerre di stati o anche guerre all'interno di stati e guerre di coalizioni di stati.

Questo ci costringe a contorsionismi mentali e a sviluppare dibattiti morali: *anche coloro i quali rifiutano l'idea che una guerra possa essere morale si trovano ora a parlare di giusto e ingiusto.*

AmMESSo, e non concesso, che i concetti di giusto e di ingiusto facciano parte di categorie morali. E di che tipo di morale, ammesso che si ammettano i due concetti.

Il punto è che a riflettere e a discutere di queste, e simili categorie, si finisce necessariamente per evocare categorie giusnaturalistiche che richiamano mondi meta-fisici di cui le guerre, che sono gli eventi più fisici e più tragici che possano succedere al mondo, sono l'esempio più lampante e più allarmante.

Walzer aggiunge al suo discorrere un'altra osservazione che trovo interessante:

la teoria della guerra è una teoria critica. Se serve a dirci quanto è giusto combattere, allora ci dice anche, probabilmente più spesso, quanto è ingiusto combattere. Entrambe le cose sono necessarie. A volte è giusto combattere e a volte i soldati combattono in modo giusto.

Nessuno che sia cresciuto durante la seconda guerra mondiale, com'è il mio caso, può dubitare dell'esistenza di guerre giuste, oltre che ingiuste. Ma è altrettanto vero che a volte è sbagliato combattere, e a volte i soldati combattono in modi sbagliati.

È, dunque, necessario - *conclude sul punto Walzer* - che ogni decisione di scendere in guerra e ogni scelta strategica e tattica vengano discusse.

La teoria del *bellum justum*, elaborata nel corso dei secoli dalla scienza giuridica romana ... ricevette un impulso al mutamento tra il IV e il V secolo dal pensiero di Agostino. In questa ottica deve essere inquadrata la convinzione di Norberto Bobbio che la teoria della “guerra giusta”, a cominciare da Agostino, avrebbe assolto la funzione di confutare la tesi secondo cui dal testo e dallo spirito del Vangelo si ricavasse una condanna assoluta della guerra e, quindi, che ogni guerra fosse sempre illecita².

A tale concezione può ricondursi, in forma più netta, l’analisi di Walzer relativa alla guerra in Agostino: «la teoria della guerra giusta nasce al servizio del potere o quantomeno è così che io interpreto le parole di Agostino, quando sostituisce il rifiuto radicale del pacifismo cristiano con la missione del cristiano soldato»³.

Certo, si può discutere fino allo sfinimento sui temi del giusto-ingiusto come anche di quelli del bello-brutto, del buono-cattivo e così all’infinito, finiremmo per sfiancarci in discussioni oceaniche con cui la filosofia, la politica, la scienza giuridica, la morale e tutte le scienze del mondo dai tempi più lontani si sono cimentate senza trovare un bandolo comune, per la semplice ragione che un bandolo comune non esiste né può esistere.

E questo per la semplice ragione che come tutti i concetti meta-fisici il concetto di giusto/ingiusto è espressione del sentimento di chi questo tipo di espressione prova e profferisce.

Ma se solo si muta approccio, ossia si inverte la prospettiva dei termini e l’ottica si concentra non sul concetto o sui concetti ma sugli attori di questi concetti l’orizzonte si schiarisce: «se - come scrive Carl Schmitt⁴ - tutte le questioni importanti dell’ordinamento giuridico internazionale finiscono per convergere sul concetto di guerra giusta allora il mezzo essenziale per

² Così si esprime Antonello Calore, “Agostino e la teoria della guerra giusta” in *Guerra e Diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2009, p. 15.

³ Così ancora A. Calore, *cit.*, pag. 15. La citazione di M. Walzer è tratta da *La libertà e i suoi nemici*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 71-72.

⁴ Carl Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. Adelphi, Milano 1991, p. 132.

comprendere le mutazioni del concetto di guerra e la riemersione dell'idea di guerra giusta è costituito dalla rappresentazione, o meglio, dalla qualificazione del “nemico”».

Il nemico non è un concetto meta-fisico su cui disputare e disquisire, è il nemico e basta: in sostanza, da un concetto astratto di guerra “giusta o “ingiusta” si passa ad un concetto concreto che quel concetto astratto coinvolge interamente, il nemico appunto. Come afferma Norberto Bobbio «oggi la cosa guerra (non le sue denominazioni politicamente corrette) è stata rilegittimata dopo un lungo periodo in cui essa è stata considerata al di fuori da ogni criterio di legittimazione e di legalizzazione»⁵.

Rilegittimata, o legittimata che sia, sotto il profilo del rapporto con il nemico la guerra si è comunque discostata da quei concetti di contrapposizione di giusto-ingiusto che larga parte della filosofia, e della storia della filosofia oltre che della politica, ha tentato di chiamare in causa promuovendo ed imponendo il concetto e l'idea di guerra: in questa situazione emergono prepotentemente due concetti, quello di “nemico” e quello di “politico”, di cui Carl Schmitt è maestro insuperabile.

Il concetto di “nemico” proposto da Schmitt è troppo noto per essere riproposto in questo contesto ed anche solo riassumerlo sarebbe di per sé superfluo, ci limitiamo a metterlo in relazione al concetto di guerra esattamente come fa Schmitt: «il concetto di nemico è oggi il concetto primario in relazione a quello di guerra e per dirla con le parole di Schmitt ci si deve riferire alla guerra come stato (status): qui manifestamente l'ostilità (la presenza del nemico) è presupposto dello stato di guerra»⁶.

Occorre, però, addentrarci in questa specie di equazione, (o vera e propria equazione che sia), *guerra-stato* per non rischiare di rimanere nel generico: «il concetto di Stato presuppone quello di “politico”» è un'affermazione

⁵ Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1991, p. 65.

⁶ Carl Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972; il passo citato è contenuto nel saggio *Sulla relazione intercorrente fra i concetti di guerra e di nemico* (1938), pag. 193 dell'edizione italiana sopra menzionata.

risoluta di Schmitt il quale aggiunge che «tutti i caratteri di questa definizione status-popolo acquistano il loro significato solo grazie all'ulteriore carattere del "politico" e divengono incomprensibili se viene fraintesa l'essenza di quest'ultimo»⁷ ed aggiunge che «la contrapposizione politica è la più intensa ed estrema di tutte e ogni altra contrapposizione concreta è tanto più politica quanto più si avvicina al punto estremo, quello del raggruppamento in base ai concetti di amico-nemico»⁸.

La conclusione dell'illustre autore è assolutamente conseguente:

La guerra, in quanto mezzo politico estremo, rende manifesta la possibilità, esistente alla base di ogni concezione politica, di questa distinzione, di amico-nemico e mantiene perciò un significato solo finché tale distinzione sussiste realmente fra gli uomini o quanto meno è realmente possibile.

Invece sarebbe del tutto insensata una guerra condotta per motivi «puramente» religiosi, «puramente» morali, «puramente» giuridici o «puramente» economici.

Da queste contrapposizioni specifiche di questi settori della vita umana non è possibile far discendere il raggruppamento amico-nemico e perciò neppure la guerra.⁹

La guerra non ha bisogno di essere né religiosa né moralmente buona né redditizia: oggi probabilmente non è nulla di tutto ciò. Questa semplice constatazione è complicata dal fatto che contrasti religiosi, morali e di altro tipo si trasformano in contrasti politici e possono originare il raggruppamento di lotta decisivo in base alla distinzione amico-nemico. Ma se si giunge a ciò, allora, il contrasto decisivo non è più quello religioso, morale od economico, bensì quello politico.

Nulla può sottrarsi a questa consequenzialità del politico¹⁰.

⁷ Carl Schmitt, *idem*, il passo citato è contenuto nel saggio *Il concetto di politico* (1932) pag. 101 dell'edizione italiana sopra menzionata.

⁸ Carl Schmitt, *idem*, p. 112.

⁹ *Idem*, p. 119.

¹⁰ *Ibidem*.

Queste parole scritte dal grande politologo tedesco nel 1932 sono ancor oggi di grande attualità, pur se scritte poco dopo la conclusione della prima guerra mondiale e agli albori della seconda guerra mondiale di cui si intravedevano già i bagliori.

Il punto, per ritornare al tema iniziale della guerra giusta/ingiusta, non è quello di intravedere nella guerra elementi di moralità, di economicità di religiosità o di chissà che altro ma solo di intravedere elementi di politicità pur con l'avvertimento di Schmitt che il campo di relazioni del "politico" muta continuamente, in base alle forze ed ai poteri che si uniscono o si separano fra loro al fine di conservarsi¹¹.

Se questa è la guerra resta il problema delle vittime. Questo è un problema anche più grande della guerra stessa e riguarda ogni comportamento umano che comporti una o più o una moltitudine di vittime: questo problema è affrontato da una scienza specifica la vittimologia, una scienza che, a dire il vero, stenta a decollare o quantomeno ad affermarsi come scienza primaria ed autonoma all'attenzione generale e si propone, ancora oggi come una scienza al traino di altre scienze, tra cui, appunto la polemologia, la criminologia, il diritto penale e quant'altro.

Quale la conclusione? Non c'è conclusione, non può esserci conclusione. C'è un sogno (che sogniamo insieme a Michael Walzer), il sogno di una guerra che ponga fine alla guerra, il mito di Armageddon (l'ultima battaglia), la visione del leone che giace accanto all'agnello; *tutto ciò prospetta un'età definitivamente pacifica, un'età lontana al di là di una qualche sconosciuta sospensione del tempo, senza conflitti armati e senza uccisioni organizzate. Questo momento non verrà, così ci è stato detto, finché le forze del male non saranno definitivamente sconfitte e il genere umano liberato per sempre dalla brama di conquista e di dominio*¹².

Solo un sogno? Sì solo un sogno, peraltro sognato ad occhi aperti nel mentre i mass media ci inondano di orrori bellici e di vittime dilaniate.

¹¹ Ivi, p. 89.

¹² Michael Walzer, *cit.* p. 407.

Una frase di Piero Calamandrei mi risuona ripetutamente in mente ed è riferita al giudice: «al giudice occorre più coraggio ad essere giusto apparendo ingiusto che ad essere ingiusto apparendo giusto».

Questa massima può essere trasposta e adattata al “politico”?

Non so, ma so che in caso affermativo una piccolissima parte del sogno sarebbe salva.

Riferimenti bibliografici

Bobbio N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1991.

Calore A., “Agostino e la teoria della guerra giusta” in *Guerra e Diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2009.

Schmitt C., *Il nomos della terra*, trad. it. Adelphi, Milano 1991.

Schmitt C., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972.

Walzer M., *Just and Unjust War. A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York 1977; traduzione italiana *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Laterza, Roma-Bari 2009.

Walzer M., *La libertà e i suoi nemici*, Laterza, Roma-Bari 2003.

Decisione e suggestione.

Quattro suggestioni sulla decisione giudiziaria

di Bruno Maria Bilotta*

Sommario: 1. In nome del popolo italiano – 2. La Funzione di indirizzo socio-normativo della Giurisprudenza c/ la Funzione di indirizzo socio-propositivo della Giurisprudenza – 3. Decisione e conflitto – 4. Decisione discrezionale e rischio sociale.

Abstract: This essay revolves around some of the most discussed topics by judicial decision experts, specifically it deals with the relationship between judicial decision and personal feeling or rather personal suggestion understood as the perception of the decision. It is obvious that the topic deals with the relationship between judicial decision and third party and not already with decision that directly concerns one's own person because in this case decidedly personal feelings identifiable as interests and not already as suggestions or feelings toward the decision itself would influence the "suggestion."

The report opens with a wide-ranging consideration of the relationship between justice of the individual case and the extensibility of the same to "similar" cases, and concerns, in essence, the issue of the representativeness of the judicial decision.

In these terms, the focal point for us is not to point out the political role of the judiciary, which we do not disavow, but rather to verify and discuss the relationship between the norm (better "the law"), the judge and the subject who is concretely invested by the decision and the norm.

* Professore ordinario f.r. di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale dell'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

Closely linked to this theme develops, in a chain, the second suggestion, that of the Socio-Normative Guidance Function of Jurisprudence c/ the Socio-Propositive Guidance Function of Jurisprudence; it is in essence the relationship between the *ius dicere* and the *ius facere* of the decision that revolves around the issue of social innovation that precedes and corroborates normative innovation.

In this interpretive framework, one cannot miss the third suggestion, which is, in essence, one of the focal points treated and expressed by the leading conflictualist scholars of legal sociology: the relationship between decision-making and the evaluation of social conflict i.e., the problem of balancing the norm with the underlying interests, of which the norm is an expression or, in many cases, is not an expression.

All this generates a consideration: if the legal norm, in a relevant number of cases, and indeed in an increasingly relevant number of cases "adheres" to one social group more than to another, like a cut and tailored suit, the judicial decision, which flows from this norm, also "adheres" to one social group more than to another; and ultimately substantiates the question: what degree of representativeness, and *vis-à-vis* whom, does a judicial decision that is based on such a constructed norm possess?

The fourth suggestion closes the ideal circle of this path by dealing with the theme of judicial discretion, a theme on which the greatest scholars, both Italian and international, of law as well as of legal sociology have grappled, and concerns, in short, the theme and the problem that in an already very complex and complicated relationship, judge-legal rule-decision, the element of discretion which is added in this relationship, has a multiplying and accelerating effect on the risk associated with the decision itself, in that, on closer inspection it grafts into this relationship of a predominantly, though not entirely, positivistic nature an element that we do not believe to be far from the truth by qualifying it, not only we but voices far more authoritative than ours, of a *jus-naturalistic*, and even meta-legal nature, discretion.

Keywords: decision, suggestion, judgement.

Una premessa ci pare indispensabile ad inizio di questo nostro lavoro: non crediamo che esista o possa esistere un'idea di giustizia. Un'idea di giustizia, si intende, unica e universale, o quantomeno unitaria e largamente condivisibile.

In questo senso l'idea di giustizia è, a nostro avviso, puramente e semplicemente emozionale, ancor più che un sentimento, una voglia repressa, o anche espressa, insopprimibile e irrefrenabile. Un'emozione, nient'altro che questo, e, come tutte le emozioni, razionale ma assai spesso anche irrazionale, un voler che sia piuttosto che un sia da volere.

Sotto questo punto di vista l'idea di giustizia, questa idea di giustizia, non ci appartiene perché non afferrisce ai nostri gusti scientifici né ai nostri gusti umani. In linea con la tradizione culturale cui ci sentiamo legati ed a cui esprimiamo la nostra propensione, la cultura e la tradizione conflittualista, un'idea, unitaria, e per ciò solo dogmatica, è da rifuggire come il peggior pensiero che possa attraversare la mente umana. Specie quando questa idea investe in pieno i principi primari dell'uomo e della società, e quello della giustizia fra questi, e tra i primi fra questi.

Eppure, e proprio in questa logica, non siamo sfuggiti, volutamente, alla tentazione di discutere di questa idea, proprio con l'intenzione di evidenziarne i punti scientificamente più deboli e i pericoli più macroscopicamente reali. Perché non abbiamo mai smesso di dimenticare, neppure per un attimo, che dietro l'idea e il concetto di giustizia si muovono figure umane "in carne ed ossa", con i loro drammi, le loro debolezze, le loro protervie, le loro acquiescenze. In una parola, con tutto il loro essere.

Sul tavolo della giustizia c'è e si spende la pelle dell'uomo. Non un'idea, non un'emozione, non un pacchetto di teorie filosofiche, sociologiche o giuridiche. Solo e soltanto la pelle dell'uomo. Il suo destino, il suo passato e il suo futuro. Il destino di tutti quegli uomini che in qualche misura sono coinvolti sul tavolo della giustizia, da attori, da comprimari o da semplici comparse. Ma soprattutto il destino dei più deboli.

Perché, senza volersi nascondere dietro un dito, la giustizia incide più sui

deboli che sui forti e ai deboli incute timore più che ai forti, più ai poveri che ai ricchi.

Proprio perché la giustizia non è un'idea, non è un'emozione, non è una sensazione da condividere o da combattere ma è qualcosa di reale, terribilmente reale e concreta, è un'impronta lasciata sulla pelle di chi l'ha provata e la prova, è un marchio indelebile che si imprime più incisivamente su chi ad essa non può o non sa sfuggire, o non può o non sa difendersi.

Quindi la giustizia da voglia di tutti, voglia che sia "giusta", "perfetta", "efficace", "equanime" diventa una realtà concreta per pochi o per molti, ma non per tutti indistintamente, ma solo per coloro che della giustizia partecipano direttamente.

Da un'invocazione indeterminata e generica diventa, allora, un grido distinguibile e qualificato da un nome e da un cognome, un grido personalizzato; una voce specifica e inconfondibile, da riferire a questo o a quell'uomo singolarmente.

Abbiamo deciso, pertanto, di suddividere queste nostre considerazioni in quattro suggestioni.

1. Prima Suggestione: *In nome del popolo italiano*

La prima suggestione riguarda il rapporto tra giustizia e potere, e quello, intimamente connesso, della rappresentatività sociale della giustizia; chiedendoci, cioè, che grado di riferibilità può avere, e in concreto ha, una decisione giudiziaria, e più in generale la giustizia, in riferimento all'applicazione di una norma giuridica ("legge", se si vuole) che ha sì, sotto il profilo strettamente formale, una valenza generale ed astratta (come negarlo?) ma sotto quello più strettamente sociologico ha una valenza più ristretta, che lascia trasparire in controtuce, e chiaramente, la riferibilità sociale ad un determinato gruppo o a determinati gruppi sociali.

Non crediamo possa esserci chi voglia negare che una norma giuridica al di là che essere una previsione generale ed astratta è una previsione specifica e concreta per la regolazione sociale ed economica di fattispecie

sociali specifiche e individuabili.

Se così è il punto focale non è per noi quello di puntualizzare il ruolo politico della magistratura, che pure non disconosciamo, quanto quello di verificare e discutere il rapporto tra la norma (meglio “la legge”), il giudice e il soggetto che in concreto è investito dalla decisione e dalla norma.

Il vero punto di domanda è per noi: che tipo di decisione può scaturire e in concreto scaturisce dall’applicazione e dall’interpretazione di una norma che è il prodotto più visibile di una contrattazione socio-politica inegualitaria, condotta fra gruppi socio-politici che misurano rapporti di potere assai differenti fra di loro, e condotta all’interno di gruppi che gettano sul piano della contrattazione capacità di contrattazione, di resistenza e di forza profondamente squilibrate e disequilibrate rispetto alle altre?

Il problema, ed è uno dei problemi più assillanti della nostra società, e in genere di tutte le società altamente complesse, è, allora, quello di verificare che validità reale, e soprattutto nei confronti di chi, può avere, e in concreto ha, una norma che è frutto di una contrattazione approvata in un luogo, il parlamento, in cui predominano le rappresentanze di interessi o che comunque abbia perduto di rappresentatività politica in senso stretto e si trasforma in un organo ratificatore di decisioni prese altrove.

Tutto questo genera una considerazione: se la norma giuridica, in un numero rilevante di casi, ed anzi in un numero sempre più rilevante di casi, “aderisce” ad un gruppo sociale più che ad un altro, come un abito tagliato e confezionato su misura, la decisione giudiziaria, che da questa norma scaturisce, “aderisce” anch’essa ad un gruppo sociale più che ad un altro?

Che grado di rappresentatività, e nei confronti di chi, possiede una decisione giudiziaria che si fonda su una norma così costruita?

Ci si chiede, in sostanza, che grado di rappresentatività possenga nel nostro ordinamento la decisione giudiziaria, e, più in specifico, quale sia il rapporto tra la decisione del caso che ha originato la decisione e i generici casi che possono rientrare nella fattispecie decisa, e, in sostanza, se la

fattispecie specifica oggetto della decisione sia genericamente riferibile alla fattispecie generale ed astratta di cui alla previsione normativa o se piuttosto non costituisca una fattispecie così singolare da non essere in tutto o in parte riferibile ad una previsione generica che valga per tutti i soggetti sociali o non piuttosto ad alcuni di questi.

Se uno dei problemi più assillanti della nostra società, e in genere di tutte le società altamente complesse, è quello di verificare che validità reale, e soprattutto nei confronti di chi, può avere, e in concreto ha, una norma che è frutto di una contrattazione approvata in un luogo in cui, per usare le parole di un prestigioso studioso italiano¹, predominano le rappresentanze di interessi o che comunque abbia perduto di rappresentatività politica in senso stretto e si trasforma in un organo ratificatore di decisioni prese altrove non può che conseguirne che il problema a questo connesso è quello di chiedersi che grado di rappresentatività possiede una decisione giudiziaria che si fonda su una norma così costruita, e che rispetto a questa presenta, anzi, un'ulteriore variabile, che ne fa un *unicum* rispetto alla norma stessa, la discrezionalità della decisione e nella decisione.

Recitano testualmente tutti i codici processuali italiani che “la sentenza è pronunciata «In nome del popolo italiano» e reca l'intestazione «Repubblica Italiana»”, e nella pratica del mondo giudiziario è proprio questa la formula con cui l'autorità giudiziaria che la emette licenzia la sentenza stessa.

Ebbene, quanto all'indicazione «Repubblica Italiana» apposta come intestazione della sentenza non avanziamo alcuna osservazione, è di palese evidenza che indica in via estremamente sintetica e iconografica una serie di situazioni assolutamente, o più prudentemente si potrebbe dire abbastanza, pacifiche: indica innanzitutto un luogo geografico in cui la sentenza è stata pronunciata, la Repubblica italiana appunto, quindi un luogo fisico, poi un luogo simbolico, indicato come il tutto per la parte, che

¹ G Chiodi, *La menzogna del potere*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 206-226.

fa riferimento ad un concetto di unitarietà, anch'esso indicato come il tutto per la parte, e quindi l'organo della Repubblica autore della pronuncia inteso, anch'esso con riferimento alla carta fondamentale, ed ancora una situazione simbolica, intesa anche questa retoricamente come il tutto per la parte, ossia la funzione giudiziaria, che prescinde del tutto dal magistrato che materialmente ha emesso la decisione, cioè una pronuncia della *magistratura, in sé*, e ciò per la considerazione costituzionalmente dichiarata, che la magistratura costituisce un ordine unitario in cui il singolo magistrato è organicamente inserito, e quindi è, o dovrebbe essere indifferente, che ad emettere la pronuncia sia questo o quel magistrato di questo o quel luogo fisico.

Questo rileva semmai in termini strettamente giuridici ai fini della qualificazione della competenza ma non già ai fini sociologici e sociali in generale, ed indica, infine, la riferibilità alla autorità suprema, politicamente parlando, a cui la pronuncia da ultimo va riportata, la Repubblica italiana appunto.

Tutto questo lo diamo per pacifico o quanto meno tendiamo a darlo per pacifico.

Il problema, e non possiamo negarlo, sorge, ed in maniera pressante per noi, per l'altra formula, quella che prevede che la sentenza è pronunciata *in nome del popolo italiano*; anche in questo caso a voler fare i giuristi formalisti il problema si potrebbe chiudere in pochissime battute, anzi solo facendo riferimento alla Costituzione la quale prevede che *la giustizia è amministrata in nome del popolo italiano*, e quindi il frutto di questa attività di amministrazione, la sentenza appunto, non può che essere pronunciata *in nome del popolo italiano*.

Ma noi che giuristi formalisti non siamo, bensì sociologi giuridici, non possiamo accettare come assioma questa equivalenza.

Anzi, sorge in noi il problema opposto, quello di capire, prima di tutto, se e in che termini questa equivalenza esista realmente, al di là delle innegabili dichiarazioni dei testi, costituzionale e normativi.

In secondo luogo, se questo primo problema dovesse essere risolto in termini, ovviamente per noi, negativi, cioè non aderendo assiomaticamente a questa equi- valenza, e volendo considerare questa un puro teorema giuridico, ancorché di altissimo valore in quanto dislocato nella fonte più elevata della nostra normativa, sorge a cascata una serie assai cospicua di problematiche, alcune delle quali non possiamo eludere e che affrontiamo in questo lavoro, pur rendendoci conto, e dichiarando con molta umiltà, che altre, ed altre ancora, se ne potrebbero aprire ed affrontare, ma che se così facessimo non impiegheremmo certo lo spazio di questo lavoro e certamente neppure quello di molti volumi.

Il problema, dunque, è, per noi, quello di capire che valore sociologico attribuire alla formula *in nome del popolo italiano* e quindi che valore sostanziale assegnarle.

Il problema, come sempre, si può ben scindere sotto due profili, uno di tipo formale e uno di tipo sostanziale e pur nell'ottica del sociologo che è un'ottica precipuamente, se non esclusivamente, sostanzialista non vogliamo tuttavia trascurare anche un'ottica più propriamente formale, perché anche sotto questo specifico punto di vista si rafforza in noi la convinzione della tesi che andiamo a sostenere.

Addirittura se si osservasse la questione dal solo punto di vista formale questa prospettiva sarebbe di per sé redimente rispetto ad ogni altra questione di tipo sostanziale perché si dovrebbe concludere che la formula null'altro esprime se non l'ennesima finzione di cui è pervaso il mondo del diritto, una delle tante *fictio*, null'altro che una *fictio*, in base alla quale il popolo, nello specifico, rappresenta o rappresenterebbe un'entità astratta dell'intero processo decisionale, di ogni singolo processo giudiziariamente decisionale, e quindi sostanzialmente dell'archetipo decisionale *tout court*, cioè un'entità anch'essa astratta, che ha una valenza puramente legittimatoria a tutti i livelli, massimamente a quello politico.

E quindi il richiamo al popolo italiano, in quest'ottica, sarebbe in sé e per sé l'elemento legittimante di una operazione, il giudizio appunto, che ha

bisogno non d'uno ma di due livelli di legittimazione, il popolo italiano e la repubblica italiana. Senza contare che l'attività giudiziaria ha poi ancora un ulteriore livello di legittimazione, quello più forte e decisivo, che è dato dalla legge (e meglio, dalla norma).

Quindi gli altri due elementi in questa luce rischiano di apparire come rinvii, dei semplici rinvii, e null'altro che questo.

Questo richiamo sarebbe, in ultima analisi, puraforma priva di contenuto, e questo non ci convince affatto. Il richiamo formale non può essere l'elemento legittimatorio di un processo che già di per sé è legittimato.

Certo non possiamo negare che in un ordinamento come quello italiano dominato da un eccesso di formalismo giuridico la forma finisce per tener luogo della sostanza assai più spesso di quanto si possa credere.

Ma certamente, nello specifico, percorrendo la sola via della forma dobbiamo concludere che anche in questo caso si tratta, a nostro giudizio, di un richiamo puramente retorico e null'altro.

Ecco perché crediamo che insistendo sull'aspetto formale della formula la questione non può essere in alcun modo risolta.

Dal punto di vista sostanziale il problema è, invece, molto più spinoso e complesso e investe una moltitudine di aspetti con cui solo in parte dichiariamo di volerci cimentare.

Dopo questa premessa addentriamoci nei termini del problema.

Il problema, in sostanza, ruota tutto intorno alla domanda: che grado di rappresentatività ha la decisione, e, in altri termini, la decisione pronunciata *in nome del popolo italiano*, e che riguarda un caso singolo, è realmente riferibile al *nome del popolo italiano* tutto?

Si potrebbe obiettare, facendo ricorso ancora una volta allo scudo della forma, che la domanda in sé è del tutto inutile ove non sia addirittura impertinente.

Ma sotto il profilo più sostanziale il problema apparentemente semplice in superficie è di una complessità, e di una gravità assoluta, ed investe un corollario di problematiche da quella del ruolo del giudice a quello della

rappresentatività della legge a quello della legittimazione.

Sul primo punto se solo volessimo sfiorare l'argomento, e non ne abbiamo intenzione alcuna, dovremmo citare non solo secoli ma millenni di letteratura al riguardo e ai fini del nostro ragionamento sarebbe puro esercizio di conoscenza senza una reale utilità, e solo per completezza d'analisi spendiamo qualche battuta proponendo una estrema sintesi, ed avvertendo che in questa fase della analisi attribuiamo al giudice la funzione pura e semplice di amministratore di giustizia e null'altro che questo.

La domanda che ci poniamo investe per intero il ruolo del giudice o meglio l'interpretazione di questo ruolo sia da parte dello stesso giudice sia da parte del "popolo" in nome del quale egli pronuncia le sue decisioni. Immaginiamo per un momento questo ruolo in termini puramente funzionali, cioè di colui che amministra la giustizia, espressione quanto mai generica e del tutto anodina, e che tale vuole essere, e poniamoci la domanda: può il giudice nel pronunciare una decisione *in nome del popolo italiano* comprendere e ricomprendere realmente nella sua decisione l'intero popolo italiano?

La risposta prescinde del tutto dall'interpretazione del ruolo, adottare uno degli stereotipi con cui il giudice è stato qualificato (il giudice mero esecutore, il giudice scopritore, il giudice legislatore) o avvolgere il ruolo stesso in una toga, per così dire, più innovativa attribuendogli un ruolo di interprete del conflitto non muta la sostanza della risposta perché questa coinvolge la norma e in definitiva la legge stessa. E quindi la domanda trasmigra da un aspetto formale ad uno più sostanziale: come può la decisione assunta sulla base di una norma di legge che è espressione, evidente o nascosta, di talune forze sociali più che di altre, e quindi di taluni interessi sociali più che di altri, essere rappresentativa di tutto il *popolo italiano*, in quanto *in nome* di questo, indistintamente tutto, pronunciata?

In sostanza: può la decisione giudiziaria, che ripropone al suo interno, necessariamente, un contenuto normativo che è l'espressione diretta, spesso visibile, della diversità del peso socio-economico-politico con cui le

diverse componenti del *popolo italiano* hanno contribuito a produrla e a formarla e che riproduce al suo interno questo squilibrio, espressione, a sua volta, di uno squilibrio di posizioni, di decisioni, di potere, e di rappresentazione delle istanze sociali, effettivamente *dirsi pronunciata in nome del popolo italiano?*

Anche nello più spinto stereotipo del giudice innovatore, di cui si è detto, manca del tutto l'attribuzione di questo ruolo unificatore in capo al giudice, anzi dal punto di vista sociologico è esattamente il contrario, il giudice è nel panorama sociale tra i maggiori produttori di conflitto sociale.

Magistralmente ha espresso questa posizione Lawrence Friedman, quando ha affermato che “il pluralismo è come un sistema di mercato che implica negoziazioni, mercanteggiamenti del voto, compromessi, aggiustamenti dei prezzi e delle pretese. Anch'esso ha un senso, e potrebbe costituire l'ideale ma solo se la distribuzione del potere e della ricchezza fosse in qualche modo «giusta». Date queste premesse la conseguenza è inevitabile, e la rimettiamo alle stesse parole dell'autore: “il diritto discrimina”².

Torniamo allora alla domanda: può mai il giudice assurgere al ruolo di unificatore quando lo strumento con cui opera, la norma giuridica, è di per sé inegualitario e discriminatorio?

La domanda pare a noi del tutto pleonastica, la risposta del tutto superflua. Eppure qualche parola sul punto preferiamo spenderla.

Ritorniamo, allora, ancora una volta alla domanda: è proprio vero che la decisione giudiziaria è data effettivamente, al di là della sua forma, *in nome del popolo italiano*, del popolo italiano tutto si intende?

Forse la risposta più appropriata, sicuramente la più suggestiva, dall'alto della sua arte di fine giurista e di grande scrittore l'ha fornita Salvatore Satta quando rispondendo alla domanda su che cosa è la giurisprudenza ha

² L.M. Friedman, *The Legal System. A social science perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975, trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva della scienza sociale*, traduzione di Giovanni Tarello, Il Mulino, Bologna 1978, p. 303.

affermato che “in mille modi si può rispondere e si è risposto a questa domanda, ma in tutti mi pare che ci sia una nota costante, ed è il riferimento al concreto. Nessuno — prosegue l’autore — mette in dubbio (e come si potrebbe) che qualunque cosa il giudice faccia, lo faccia agendo sul concreto. Ma il concreto si può intendere in due modi: o in relazione a un astratto (la norma) nel quale tutto il concreto sia ipoteticamente contenuto e che quindi esso solo sia il vero concreto; o in assoluto, nel senso che il concreto sia il fatto come oggetto di conoscenza, e quindi la conoscenza del fatto che si raggiunge attraverso il giudizio e solo attraverso il giudizio: in una parola il giudizio stesso”.

Seguiamo compiutamente il pensiero dell’autore in quanto determinante ai fini della nostra analisi: “il primo punto è in fondo quella tradizionale nei giuristi; ma è chiaro che esso si risolve in una finzione, perché dire che nella norma c’è tutto equivale a dire che non c’è niente, non potendoci essere altro che quello che il giudizio volta per volta ci mette. Utile finzione, del resto, sotto molti aspetti, ma che diventa pericolosa e perniciosa, quando si pretende di farne una realtà, cioè di scambiare la norma col diritto” E, aggiungiamo noi, la norma con la decisione. È questo un punto focale nella nostra analisi. Nel momento in cui la decisione è presa e definita si “crea” una “realtà”, per usare l’espressione di Satta; una realtà nuova, totalmente nuova da quella che fino a quel momento è stata oggetto di decisione, una realtà ontologicamente diversa da tutto quanto l’ha preceduto³.

2. Seconda Suggestione: *La Funzione di indirizzo socio-normativo della Giurisprudenza c/ la Funzione di indirizzo socio-propositivo della Giurisprudenza*

Per poterci riferire a questa seconda suggestione, chiaramente collegata alla prima appena esposta, dobbiamo partire da una domanda di base: che cos’è la giurisprudenza? La domanda non paia impertinente, perché in questo

³ S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994, p. 24.

caso a differenza di molti altri concetti di uso diffuso non possiamo fare riferimento al senso comune del termine, ma è un concetto che va elaborato alla luce delle sterminate proposte che ci sono pervenute e che tutt'ora ci pervengono e rispetto alle quali va fatta una drastica selezione, che tenga conto delle proprie propensioni scientifiche, dei propri gusti professionali, delle proprie sensibilità culturali; ecco perché la risposta di chiunque di noi non può che essere una risposta, una propria risposta e nient'altro che questo, e non già una definizione. Ciascuno di noi darà, se mai, una sua risposta e una sua definizione e questo come nella gran parte delle sensazioni, delle emozioni, dei sentimenti, degli stati d'animo di ciascuno di noi.

Ma qui parliamo di giurisprudenza, cioè di qualcosa di estremamente tangibile che oltrepassa gli stati d'animo singoli o collettivi ed è un verbo scritto, una pronuncia, un *jus dicere*.

Siamo, quindi, arrivati al punto di snodo: giurisprudenza equivale a giurisdicenza? Sfido chiunque a dire che i due termini si equivalgano e che l'attività della giurisprudenza si identifichi in quella e con quella della giurisdicenza.

Non possiamo tuttavia esimerci dal notare, per concludere su questo specifico aspetto della tematica, che in Italia l'espressione giurisprudenza nel linguaggio usuale è riferita all'attività dei tribunali nel loro insieme di *jus dicere* con implicazioni che ora restringono e che ora invece ampliano il significato dell'espressione.

L'uso della parola giurisprudenza in questo senso di attività dei tribunali giurisdicenti fu introdotto in Italia dalla Francia nelle prime decenni del XIX° secolo con l'invasione e la dominazione francese.

Il concetto di giurisprudenza finisce in questo tipo di logica storico-propositiva per coincidere con il concetto di decisione, tanto è vero che sia in Francia sia in Italia si usa proprio l'espressione di decisione o quella di decidere un caso (*decider*).

Fatte queste precisazioni i problemi non si schiariscono affatto ed anzi

aumentano di spessore e di intensità, perché sorge immediatamente un problema ancora più arduo della definizione ed è quello di quale sia il contenuto di questa attività.

Come afferma Gino Gorla⁴ l'espressione giurisprudenza viene oggi adoperata in due sensi: A) in un senso che riflette la situazione storica odierna in Italia come in Francia, o altre situazioni simili, che per la Francia data trala rivoluzione francese e il codice napoleonico e quanto all'Italia data proprio o e durante la dominazione napoleonica; B) o in un sensostorico comparativo, quando la visione storico-comparativa di chi studia la giurisprudenza si allarga ad una visione dello *jus dicere* dei tribunali.

Nel primo senso giurisprudenza significa l'attività dei tribunali (o le loro decisioni), o gli stessi tribunali nella loro funzione di interpretare la legge per applicarla al caso *sub judice*, cioè per decidere questo caso.

E quindi nel primo senso *jus dicere* significa che i tribunali debbono interpretare la legge; implica un certo concetto di tale interpretazione come potere più o meno limitato; implica un certo concetto della legge come fonte del diritto o anche un concetto della legge in senso lato come norma giuridica posta al di fuori dei tribunali; implica ancora che i tribunali ciò possono fare soltanto per applicare la legge al caso *sub judice* e che il precedente giudiziario non abbia il valore di autorità formalmente vincolante.

Nel secondo caso l'espressione giurisprudenza si riferisce invece a situazioni diverse: le situazioni cioè in cui i tribunali sono autorizzati a legiferare, cioè a comportarsi come se fossero legislatori nel caso *sub judice*; le situazioni in cui anche se i tribunali si limitano ad interpretare la legge i loro provvedimenti hanno efficacia vincolante al di là del caso *subjudice*; le situazioni in cui quei provvedimenti sono addirittura regolamenti interpretativi non emessi in occasione di un

⁴ G. Gorla, voce "Giurisprudenza" in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX°, Milano, 1970 pp. 488-509.

caso *sub judice*.

Siamo adesso in grado di entrare nel cuore del problema che ci siamo prefissi di trattare cioè quello della funzione socio normativa della giurisprudenza, o della funzione socio propositiva della giurisprudenza; la questione potrebbe risolversi in poche battute perché, in realtà, e non da pochi anni, bensì ormai da lunghi decenni e forse anche da tempo più lontano, il compito che la magistratura si è assegnato o che comunque occupa è quello di proporre diritto oltre che quello di *ius dicere* puro e semplice. Sostanzialmente come afferma Lombardi Vallauri la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto già interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è una giurisprudenza “creativa”⁵.

Come insegna Emilio Betti l’interpretazione della norma va fatta tenendo conto della struttura e della funzione di questa e principalmente nel fatto che la norma è coerente con una realtà sociale che il legislatore ha valutato, come afferma Tullio Ascarelli, e che ormai è passata: l’interprete deve rendersi conto delle esigenze cui l’atto doveva rispondere per il suo autore.

Ma il giudice non può limitarsi a questa presa di conoscenza cioè alla comprensione della determinazione legislativa perché, come insegna ancora Emilio Betti, per la funzione che egli deve assolvere il giudice, e per la funzione stessa del diritto, la sua attività di interpretazione deve assumere una particolare destinazione, che è quella che con formula sintetica viene definita, dallo stesso Betti, come destinazione o funzione normativa.

Ora ammettere e riconoscere in capo al giudice l’analisi della struttura e della funzione normativa ponendo l’accento, evidentemente in maniera più marcata, sul concetto di funzione della norma, significa richiamare quella grande polemica che è stata alla base della sociologia del diritto

⁵ L. Lombardi Vallauri, voce “*La Giurisprudenza come scienza pratica*”, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XV°, Torino 1989.

tra Ehrlich e Kelsen e, secondo cui il primo rivendicava al sociologo l'analisi della funzione e della struttura il secondo limitava al sociologo la conoscenza e l'analisi della sola funzione mentre riservava al giurista l'analisi della struttura: e questo è in estrema sintesi il risultato di quello che sarà chiamato il compromesso kelseniano che segna un primo riconoscimento della sociologia giuridica ma che evidentemente già al momento non soddisfaceva nessuno, perché limitava per entrambi i campi contrapposti di opinione il proprio campo di operazioni (e che, proprio per questo, ha nociuto, e nuoce tutt'ora, gravemente alla sociologia del diritto in quanto ha finito per confinarla in uno spazio ristretto e in un orizzonte scientifico piuttosto limitato).

Il richiamo diretto alla problematica della natura e della funzione della norma da parte di un processualista così attento a questo genere di questioni come Carmine Punzi⁶ significa sostanzialmente rivendicare come fondamentale nell'opera di interpretazione giurisprudenziale quella funzione normativa che Emilio Betti ha individuato intorno alla metà del secolo scorso.

In questa logica che è una logica tipica dell'ermeneutica giuridica si viene a considerare la progressiva evoluzione della scienza giuridica tanto nella sua prospettiva storico-diacronico-evolutiva quanto in quella metodologico-interpretativa piuttosto che sincronico-normativa.

È di tutta evidenza che percorrendo questaseconda via si giunge al pieno riconoscimento della funzione socio-normativa della giurisprudenza che è il tema che stiamo affrontando.

Che è, a nostro avviso, non solo una situazione auspicabile ma che rappresenta una tendenza decisa e consolidata, pur se non possiamo esimerci dal mostrare qualche cautela anzi più di qualche cautela.

⁶ C. Punzi, *“Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali”* in *“Rivista di Diritto Processuale”*, anno 2011 n.6 nov/dic, pp. 1337-1355.

Il punto è per noi non tanto racchiuso nel problema dell'interpretazione, che pure è problema di primaria importanza nel mondo del diritto pensato e applicato, quanto piuttosto nel problema della rappresentatività della decisione giudiziaria, ossia nel grado di estensività che la decisione ha oltre il caso di specie.

Se si ammette, senza infingimenti, che il caso deciso oltre che precedente giudiziario, con tutto ciò che questo comporta, ha ed assume anche valore estensivo si perviene ad ammettere senza remore una funzione socio-propositiva della decisione giudiziaria e in ultima istanza della giurisprudenza *tout court*.

Il mondo del diritto, più tecnicamente quello della norma giuridica in questo caso, è pieno di precedenti luminosi di questo genere, si pensi a tutta la normativa anti-inquinamento che data da non molti decenni nel nostro Paese e che è nata sulla scia di coraggiose e illuminanti decisioni giudiziarie, e a tutte quelle del diritto del lavoro che hanno preceduto le disposizioni normative, e al mondo del diritto penale che è pieno di coraggiose decisioni anticipatrici di innovazioni legislative (si pensi, per tutte al delitto d'onore), ed agli sterminati precedenti in tema di famiglia e di tutela della persona in quanto persona che hanno aperto le porte a mutamenti radicali di orientamenti normativi nel nostro paese..

Il radicale mutamento che progressivamente subisce il mondo giuridico nel nostro Paese con l'introduzione di elementi sempre più decisi provenienti dall'ambito di *common law*, conseguenza inevitabile di un mondo che si globalizza ogni giorno di più e che non conosce ormai più alcun limite geografico neanche nel campo giuridico, fa sì che questa funzione socio-normativa o come noi più prudentemente preferiamo qualificarla, socio-propositiva, perché evidentemente l'altro termine può nascondere e di fatto nasconde più d'una insidia, sia una realtà consolidata e imprescindibile.

3. Terza Suggerzione: *Decisione e conflitto*

Vogliamo con questa terza suggerzione, con forte determinazione, rendere omaggio al più grande sociologo del diritto europeo dell'ultimo cinquantennio, colui che ha innovato in maniera decisiva la teoria socio-giuridica contemporanea, Vincenzo Tomeo, che con la sua proposta - *Il Diritto come Struttura del Conflitto* - ha ribaltato l'ottica delle interpretazioni, e potremmo concederci la licenza di dire, visto il contesto in cui pronunciamo queste parole, delle suggestioni sul rapporto tra diritto, decisione giudiziaria e conflitto sociale.

A distanza di oltre un trentennio dalla morte di Vincenzo Tomeo (1990) e di più di quarant'anni dall'uscita del suo volume più noto, *Il Diritto come Struttura del Conflitto* (1981), la sua proposta è più che mai attuale, anzi sarei tentato di dire che è più attuale oggi di quanto non fosse al momento della sua elaborazione, se già allora la tematica collegata a questa proposta non fosse stata all'attenzione non solo e non tanto di un numero rilevante di studiosi e di operatori professionali ma anche di un numero crescente di persone comuni, per così dire, attente al fenomeno ed ai fenomeni del diritto e della giustizia.

Lo stesso Tomeo nella prima battuta del suo volume sottolinea questa tendenza quando afferma che «da qualche tempo i discorsi sul diritto hanno ripreso forza e l'attenzione di molti studiosi si rivolge con sempre maggiore interesse a considerare la funzione del diritto nella società».

Se il problema «non è nuovo», come afferma l'Autore, «è un fatto, però, che l'osservazione di alcuni teorici del diritto tende ad oltrepassare lo studio interno del sistema normativo, rivolta come essa è ad esaminare i rapporti tra questo e il sistema sociale nel suo complesso».

Un sospetto mi coglie, e non posso tacerlo, che l'Autore usi la parola diritto con molta intenzionalità, pur accompagnata dal suo consueto senso di prudenza, ma mascherandola nel tacere quella di giustizia, o piuttosto nasconda, in qualche misura, l'una nell'altra. Questo sospetto mi pare sostenuto da alcune considerazioni tutte univoche nel confermarlo; innanzitutto dal contesto complessivo del volume, che è rivolto tanto al mondo del diritto

quanto, parallelamente, al mondo della giustizia, in secondo luogo dall'essere questo il frutto maturo e definitivo di una riflessione che nella sua centralità, anche in termini di tempi, si è sviluppata prevalentemente sul tema e sul problema della giustizia e del suo interprete principale il giudice, e a questi si è rivolta.

Se, com'è noto, storicamente l'interpretazione dell'attività giudiziale si può riassumere in alcune proposte di massima che da sole, non esauriscono quest'attività così complessa e sfaccettata, trattandosi, in realtà, come osserva Guido Alpa, di stereotipi semplificanti ed esemplificativi, e nulla di più -il giudice "mero esecutore", il giudice "scopritore" il giudice "legislatore"- Vincenzo Tomeo è assai lontano da questi stereotipi, anzi li rifiuta con una forza ed una ostinazione che quasi stridono con la sua proverbiale prudenza. Il giudice per Tomeo non è nulla di tutto questo e se mai, a voler proprio scendere ad una parziale concessione, è in piccola parte un po' di tutto questo, ma nella gran parte della sua essenza, o per dire più propriamente, anche se più impegnativamente, nella gran parte della sua natura, il giudice è «interprete», assolutamente «interprete», quindi né innovatore, né la *bouche qui prononce les paroles de la loi*, secondo la formula di Montesquieu, né tantomeno dotato di un potere produttivo didiritto, come lascia intendere Rousseau.

Per Tomeo il giudice è interprete, solo e soltanto interprete.

Ma attribuire al giudice la funzione di interprete significa investirlo del compito più complicato e più difficile fra tutti quelli che ha proposto il panorama secolare di studi sull'attività giurisdizionale. Tomeo ne è ben consapevole e lo dichiara immediatamente mettendo in luce una contraddizione insanabile tra l'immagine esterna del ruolo del giudice e l'immagine interna dello stesso, ossia l'auto-rappresentazione del ruolo, una distorsione vera e propria come se uno specchio riuscisse talmente a deformare una immagine al punto da crearne una del tutto diversa: «ai giudici viene domandato ciò che essi, in quanto membri di un apparato istituzionale che è parte essenziale del sistema politico, difficilmente possono dare, e cioè "la giustizia"».

È questa una contraddizione insanabile che ripropone il riflesso dell'altra, ancora più marcata, fra il giudice e la legge «segni di contraddizione», «strumenti di un equilibrio instabile tra posizioni contrapposte». «Tale contraddizione – scrive Tomeo – ha avuto, tra gli altri, un effetto piuttosto sorprendente. Mentre i giudici si facevano avanti senza riserve sul proscenio politico, si produceva una curiosa divisione tra loro: una parte cospicua per prestigio, se non per numero, sentiva sempre più disagiata la riconquistata posizione di terzo protagonista tra gli elementi del sistema istituzionale fino al punto da manifestare la propria aperta nostalgia per i giorni in cui il ruolo politico del giudice poteva svolgersi al riparo delle contraddizioni e dei conflitti sociali. È un atteggiamento di ritrosia che, in modo manifesto o latente, rifiuta o nega che il proprio ruolo sia ed appaia nei suoi reali elementi e nelle sue concrete manifestazioni».

Questa contraddizione è drammatica sia per il giudice in sé che per l'istituzione che rappresenta e che appare insanabile: «di fronte ad una contraddizione di questo genere, non vi può essere vera soluzione, reale superamento, se non con la distruzione del ruolo o dell'assetto su cui quel ruolo è fondato. Ma poiché non si può dire ai giudici di non essere giudici, bisogna almeno ricercare nella realtà sociale qualche elemento per interpretare questa contraddizione»⁷.

Ancora una volta è la parola e il concetto di “interprete”, e la funzione di “interpretare”, l'unica, possibile, via di uscita per risolvere entrambe queste contraddizioni: il giudice e la legge, il giudice e l'istituzione che rappresenta: interpretare la legge e l'istituzione – afferma Tomeo – attraverso l'interpretazione del retrostante conflitto sociale. Una formula che è stata definita icastica e che è insieme descrittiva e prescrittiva.

Interpretare il conflitto è la sola formula che Tomeo possa fornire alla risoluzione di un conflitto, che è in realtà bivalente e proprio per questo ancora

⁷ Ci si riferisce, ovviamente, all'opera più importante di Vincenzo Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto*, F. Angeli, Milano 1981, ripubblicato, a cura di B.M. Bilotta, per Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2013.

più drammatico e ostinato. Interpretare il conflitto significa prima di ogni altra cosa averne la consapevolezza, che, a sua volta, avverte Tomeo, «ha poco senso se non accompagnata da un atteggiamento coerente. Essere consapevoli di ciò significa considerare la situazione in cui si è collocati come una delle tante espressioni del conflitto che coinvolge tutto il sistema dei rapporti sociali».

È il riconoscimento del ruolo politico del giudice non il suo farisaico disconoscimento.

Così concepita la proposta di Tomeo è sicuramente una delle proposte teoriche più innovative nel campo della sociologia giuridica, della teoria generale del diritto e della giustizia, non solo italiana, dell'ultimo cinquantennio, una proposta che ha rivoluzionato il panorama della teoria sociologica, e non soltanto di questa, in maniera incisiva e radicale, così come riconosce anche il suo maestro Renato Treves.

Il diritto è la proiezione del potere e come tale non ha una sua vita autonoma, è uno strumento che si adatta alle esigenze del potere e al contempo adatta le esigenze del potere; è uno strumento allo stesso tempo attivo e passivo; è uno strumento che riceve disposizioni e trasmette disposizioni, cioè ordini, comandi, di cui è strumento.

È, però, strumento primario, che acquista una sua valenza nel momento in cui si affianca all'altro elemento sul quale ruota tutta la produzione e la proposta di Tomeo, *il conflitto sociale*. È questo uno degli elementi maggiori di originalità nel pensiero dell'Autore.

Nella sua proposta, dunque, il diritto non è uno strumento regolativo o risolutivo di tensioni ma è la griglia procedurale entro cui il diritto si muove, il limite oltre il quale i contendenti non possono e non debbono andare. Ovvero, come dice il titolo – e il nucleo stesso – del libro è *la struttura stessa del conflitto*.

Ed è, insieme, un elemento di accordo, difficile e inegualitario fin che si vuole, l'elemento di armonia nel conflitto, perché presuppone l'accettazione, «*bon gré mal gré*» di questa struttura, l'accettazione di un ring virtuale le cui corde sono delimitate dalle norme, e le cui regole di combattimento sono accettate

dai contendenti. Al di fuori di questo ring, di queste regole accettate e condivise non vi può essere conflitto; senza accettazione e condivisione ed applicazione delle regole come strutture del conflitto non potrebbe esservi conflitto stesso. Il conflitto sarebbe altro, sarebbe lotta belluina, sarebbe scontro destrutturato il cui esito non potrebbe mai essere formalizzato.

Sullo scenario sociale, afferma l'Autore, si muovono e si scontrano gruppi minoritari dominanti e gruppi maggioritari ma singolarmente subordinati e nell'insieme dominati, i quali confliggono ai fini di una distribuzione del potere sociale.

Ma confliggono, evidentemente, all'interno delle strutture stesse dello Stato, che quindi diventa la palestra primaria e legale dello scontro; definire il diritto «come struttura del conflitto» significa, pertanto, che il «diritto esprime e definisce il conflitto in termini istituzionali», cioè fissa le norme procedurali che regolano il conflitto stesso. Sotto questo profilo, e solo perché ne fissa le regole procedurali, il diritto può essere definito una «struttura».

Lo stesso Tomeo avverte l'esigenza di chiarire che una teoria fondata sulla connessione diritto-conflitto deve considerare l'esigenza di chiarire il senso con cui vengono usate le parole «conflitto» e «struttura», che in tanto posseggono un senso teorico in quanto sono tra loro connesse e che «qualunque sia il significato attribuito nel contesto al termine "struttura (struttura in senso materiale o formula di struttura) esso va collegato a forze in tensione o interessi contrapposti».

La «connessione» struttura-conflitto e quindi l'espressione «struttura del conflitto» significa che «il diritto esprime e definisce il conflitto in termini istituzionali ma non lo risolve: attraverso il diritto i conflitti assumono, cioè, una dimensione formale e interpretabile nel quadro del sistema istituzionale».

Sotto questo profilo – è la conclusione dell'Autore – il diritto può anche essere definito una struttura, ma soltanto nei limiti con cui delle norme procedurali fissano regole e ruoli per lo scontro.

4. Quarta Suggestione: *Decisione Discrezionale e Rischio Sociale*

È questa quarta suggestione il punto di snodo della nostra riflessione quella che chiude il cerchio delle nostre riflessioni sul punto e sui punti trattati.

Il punto di partenza su cui si regge la nostra proposta è che la decisione giudiziale è intimamente connessa al rischio. Rischio si intende tanto singolo quanto collettivo. In questo senso non intendiamo creare alcuna classifica dei rischi, non intendendo attribuire maggiore allarme né pericolo al rischio sociale rispetto al rischio individuale né viceversa, entrambi sono parte integrante di un unico processo sociale: la decisione.

La decisione è frutto di un rapporto che progressivamente si arricchisce di elementi di complicazione, esattamente come un'equazione a complessità crescente: il rapporto iniziale giudice-decisione da dicotomico diventa tricotomico giudice-norma giuridica-giudizio e più oltre si arricchisce ulteriormente di un elemento che lo rende ancor più complesso, giudice-norma-discrezionalità-giudizio, e da ultimo in questa sequenza di relazioni logiche si innesta il meccanismo della valutazione delle prove, che accresce ancor più il tasso di discrezionalità in capo al giudice.

Il massimo della complicazione, che equivale al massimo delle soluzioni possibili, si raggiunge quando in questa relazione si introduce l'elemento della "norma" ossia l'elemento politico che avvolge l'intera relazione e la coinvolge in un complicato, e, talora complicatissimo, gioco di interpretazione, che ne sposta l'ottica da un piano strettamente tecnico ad uno più ampio e più scivoloso.

Michele Taruffo in un passo di uno dei suoi saggi più noti afferma che «l'elemento nuovo che ha ribaltato il tradizionale modo di intendere l'attività del giudice è indubbiamente costituito dall'emergere in termini sempre più chiari e drammatici (ovviamente prima nella realtà politico-sociale e poi tra i giuristi), del problema dei valori nella giurisprudenza: nel momento in cui il giudice cessa di essere visto come pura «funzione» astratta o «macchina» neutrale, ed appare invece come portatore di valori etico-politici e come protagonista di conflitti sociali, sorge l'esigenza di superare le mere affermazioni di principio sul

ruolo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, tipiche dell'approccio strettamente giuridico, per affrontare il tema con strumenti metodologici adeguati; nasce in altri termini l'impulso a studiare l'attività e la funzione del giudice in due nuove direzioni essenziali: quella sociologica e quella politica⁸.

Proprio questi elementi che Taruffo definisce, con assoluta precisione, metagiuridici sono, a nostro giudizio, essenziali nella formazione della decisione giudiziaria, e in questo senso si sviluppa sul punto la nostra analisi, cioè la ricerca di questi elementi, o almeno di taluni di questi. In quest'ottica occorre, a nostro giudizio, sezionare i vari momenti ed elementi della decisione giudiziaria, facendo nostra una puntualizzazione dello stesso Taruffo, secondo cui il termine "giudizio" usato con riferimento a fenomeni giuridici conosce, nel linguaggio comune come nel linguaggio tipico dei giuristi, una rilevante biforcazione di senso: esso viene infatti usato indifferentemente per indicare due fenomeni che sono forse connessi ma che sono comunque diversi e quindi vanno distinti l'uno dall'altro, processo e decisione.

Si potrebbe allora pensare, conclude l'autore, che pur essendo diversi i *denotata* rispettivi, tuttavia qualche corrispondenza o qualche riflesso reciproco, o qualche vicendevole implicazione, vi siano tra giudizio-processo e giudizio-decisione». Ora, pare a noi, che questa premessa non sia e non debba essere considerata solo di tipo formale, anzi al contrario, per noi il profilo formale assume una importanza determinante anche sotto quello sostanziale, né possiamo nascondere che quel che Taruffo denota garbatamente come sospetto, che tra giudizio-processo e giudizio-decisione vi sia una intima connessione, per noi è più che una certezza.

Sospetto, o certezza o più diplomaticamente supposizione che sia, certamente il problema investe globalmente un aspetto ancor più ampio e riguarda lo scopo stesso del processo: che cosa si vuole conseguire e che cosa si vuole perseguire attraverso il processo? Una domanda che da sempre la scienza processualistica,

⁸ M. Taruffo, "Giudizio: processo e decisione", in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Cedam, Padova 2000, pp. 267-268. Ed ancora, dello stesso autore si veda *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova 1973.

e non solo questa, si è posta come premessa alle proprie considerazioni; valga per tutti il giudizio che sul punto ha pronunciato Salvatore Satta: «non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità, se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre assai più che la terra, gli errori dei giudici. Tutti questi possono essere e sono gli scopi del legislatore che organizza il processo, della parte o del pubblico ministero che in concreto lo promuove, non lo scopo del processo. Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio. Ed allora -è la conclusione di Satta- è un mistero come il grande processualista definisce lo scopo del processo?»⁹ In parte sì, siamo tentati di aderire integralmente al giudizio di Satta mad'altra parte siamo consapevoli che uno scopo il processo ha e deve avere, e questo non può che essere puramente e semplicemente l'applicazione della legge.

Il problema allora si allarga a dismisura e investe per intero non solo lo scopo del giudizio ma inevitabilmente il ruolo del giudice e questo a sua volta rinvia allo strumento che egli utilizza ossia la norma: il problema sta tutto nella considerazione che il giudizio, qualsiasi giudizio connesso alla decisione, nel processo opera attraverso un apparato, la norma appunto, che è di per sé quanto di meno asettico esista nel mondo del diritto, un apparato che più di ogni altro è intriso dell'elemento della "politicalità", ossia della contrapposizione, talora frontale talora collaterale, di interessi contrapposti, di pretese rivendicate, di istanze divergenti, di richieste spesso insanabili fra loro, che in una qualche misura devono trovare, e certamente trovano composizione in una proposizione normativa che è la norma vera e propria. Uno dei punti nodali del problema, non il solo né il più importante, sia chiaro, sta proprio nella quantità della misura con cui alla fine dell'iter deliberativo gli interessi contrapposti trovano composizione: la legge (possiamo riferirci indifferentemente alla sua struttura compositiva, la norma) reca in sé, talora in maniera più evidente talora in maniera

⁹ S. Satta, *Il mistero del processo*, cit. Al di là della citazione testuale contenuta nel presente saggio si rimanda, per completezza d'analisi, all'intero volume.

più sfumata i segni specifici di questo scontro di rappresentazione degli interessi stessi, le stimmate di una vera e propria lotta di potere e per il potere di cui la legge è l'elemento finale e più significativo.

Il diritto, concretamente tale, definisce, in sostanza, la rappresentazione sociale del conflitto e lo rappresenta nella sua più intima essenza.

In quest'ottica, dunque, l'alternativa rimessa al giudice è: applicare la legge o interpretare la legge, ma mai unificare la decisione sotto un unico velo protettivo, *il popolo italiano*.

Se, dunque, l'attività di decisione più che un'attività tecnica o esclusivamente, o precipuamente tecnica è "anche" un'attività politica, la decisione si sposta, allora, da un piano tutto interno al processo per sconfinare, volutamente o meno, comunque necessariamente, in uno più direttamente "politico", politico in generale, beninteso, non certo di politica di parte o di schieramento.

È, in termini più diretti, il problema della rappresentatività della decisione giudiziaria, e in ultima istanza, quello della sua legittimazione; ci si chiede in sostanza: può la decisione giudiziaria, che ripropone al suo interno, necessariamente, un contenuto normativo che è l'espressione diretta, spesso visibile, della diversità del peso socio-economico-politico con cui le diverse componenti del *popolo* hanno contribuito a produrla e a formarla, e che riproduce al suo interno questo squilibrio, espressione, a sua volta, di uno squilibrio di posizioni, di decisioni, di potere, e di rappresentazione delle istanze sociali, effettivamente dirsi pronunciata *in nome del popolo*?

O anche: se la norma nient'altro è se non la rappresentazione pro quota, del popolo nelle sue componenti rappresentative, come può una decisione che di questa rappresentazione ne è a sua volta una sotto-rappresentazione investire nella sua interezza *il popolo*?

Domanda che si sostanzia nell'altra, comunque collegata: può l'attività di decisione del giudice amalgamare contenuti di potere e di rappresentazione di questi per effetto dell'uso di una espressione, *in nome del popolo italiano* appunto, che avvolge la formula della decisione? A ben guardare nessuno si è mai spinto al punto tale da parlare a proposito del giudice di un suo ruolo di

“unificatore” di interessi, poteri, pesi sociali e destini sociali.

Diversamente occorrerebbe presumere che il giudice possieda in sé, e sia ammantato, nel momento della decisione, di talune doti, quasi taumaturgiche, che gli consentano di considerare sullo stesso piano, come equivalenti, e di bilanciare interessi tra loro realmente divergenti e contrapposti, quote di potere effettivamente differenti, e in definitiva quote di “norma di legge” concretamente diverse, che nessuno al mondo ha mai presunto di attribuirgli se non una formula, una mera formula, questa sì del tutto retorica e assolutamente taumaturgica, *in nome del popolo italiano*.

Dal punto di vista sociologico-giuridico nel processo non emerge solo uno scontro tra parti o tra interessi contrapposti come insegnano i teorici del diritto processuale ma vi è uno scontro tra valori differenti: in gioco non è soltanto la privazione della libertà personale o la privazione di un bene materiale o la pretesa di un comportamento, ma vi è anche qualcosad’altro che questo per certi versi sormonta e per altri versi presuppone, ed è proprio lo scontro fisico fra sé e gli altri, l’eliminazione diretta dell’altro prima ancora che l’eliminazione della pretesa dell’avversario.

È l’espressione più alta del conflitto sociale quella che viene in gioco.

Solo che a livello processuale il conflitto si complica enormemente rispetto agli altri tipi di conflitti sociali perché le parti si moltiplicano e gli interessi si diversificano a dismisura, ciascuna parte finisce per essere portatrice di istanze personali, comunque di parte, anche quando istituzionalmente sono, o dovrebbero essere, portatrici di istanze terze, e ciò perché, anche a prescindere del tutto dall’esito del conflitto, anche la parte istituzionalmente terza è percepita dalle parti contendenti non tanto come estranea ma addirittura come parte in conflitto, cioè come parte del conflitto; e nel caso del giudice come parte “forte” del conflitto stesso. È questo il motivo più autentico per il quale i conflittualisti negano che vi possa essere una qualche risoluzione giudiziaria al conflitto, anzi apertamente riconoscono che una qualsiasi decisione giudiziaria, favorevole o contraria che sia, genera ulteriore conflitto perché dalla nuova situazione, creatasi con la decisione, sorge una nuova situazione di

conflitto.

Se il conflitto è un meccanismo permanente di produzione e di accelerazione di conflitto la ragione, dal punto di vista della decisione giudiziale, va cercata in un elemento che soprasta al conflitto stesso.

Il punto sta tutto, lo ribadiamo, nella natura stessa della legge, e quindi nel ruolo politico della rappresentatività delle istanze normative *tout court*, cioè in definitiva delle pretese sociali che conferiscono esse stesse un ruolo di politicità all'iter rappresentativo.

Magistralmente sul punto si è espresso Lawrence Friedman, quando ha affermato che «il pluralismo è come un sistema di mercato che implica negoziazioni, mercanteggiamenti del voto, compromessi, aggiustamenti dei prezzi ed delle pretese. Anch'esso ha un senso, e potrebbe costituire l'ideale ma solo se la distribuzione del potere e della ricchezza fosse in qualche modo «giusta»¹⁰.

Tradotto in termini giudiziari o giurisdizionali il problema diventa quello della discrezionalità.

Quanto al tema generale, meglio alla definizione e al concetto di discrezionalità, preferiamo riferirci alle parole di Franco Bricola (anche se queste riguardano nel suo pensiero solamente il diritto penale ma crediamo che le sue parole si possano estendere anche alle altre branche del diritto) per cui la discrezionalità è una forma di applicazione del diritto penale, o meglio di attuazione di esso nelle sue finalità sia di ordine generale che particolare. Il valore positivo o negativo ricavato dal caso concreto non deve, infatti porsi in antitesi con lo scopo per cui è accordato il potere discrezionale ovvero con la *natura giuridica* dell'istituto strutturato in questa forma. L'osservanza di questo duplice limite (non estraneità dei giudizi di valore, formulati in relazione al caso concreto, rispetto al sistema penale e conformità dei medesimi allo scopo particolare dell'istituto) impedisce che la discrezionalità scivoli lungo la china pericolosa dell'arbitrio giudiziale. Analogamente il carattere obiettivo dei dati di

¹⁰ L.M. Friedman, *The Legal System. A social science perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975, trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva della scienza sociale*, traduzione di Giovanni Tarello, Il Mulino, Bologna 1978, p. 303.

valore e la loro verificabilità costituiscono un'ulteriore garanzia in tal senso.

Libero convincimento, dunque, che è guidato da “valori”, ossia da quel complesso di convinzioni del tutto proprie che inducono alla decisione, conclude Franco Bricola¹¹.

È proprio questo il punto su cui incentrare la maggiore attenzione: questo richiamo ai valori che rappresentano il tessuto connettivo del diritto come modello di applicazione concreta nella decisione da parte del giudice pare a noi per nulla tranquillizzante, anzi non possiamo nascondere che desta in noi più d'una preoccupazione.

Taruffo percepisce immediatamente la scivolosità che una simile operazione può comportare e ne delimita la portata precisando che questo ricorso ai valori presuppone di aver identificato quale “tavola dei valori” sia sottesa alle norme costituzionali, e specifica che «siffatta qualificazione implica l'assunzione di un'ideologia in cui tali valori si configurano come fini da realizzare anche da parte del giudice: data questa condizione, la scelta del giudice è razionale in quanto coerente e funzionale rispetto ad un fine che si ritiene indicato come tale dalle norme fondamentali dell'ordinamento». Da queste premesse l'autore ne trae le conseguenze: «non v'è spazio, dunque, per una qualificazione neutrale ed astratta della razionalità delle scelte di valore. Allora -è la conclusione del grande processualista- in sostanza, il problema della razionalità delle scelte di valore del giudice non è altro che il problema della presa di posizione ideologica del giudice nei confronti dell'oggetto del giudizio e delle finalità che attraverso il giudizio si realizzano. Analogamente, il problema di sindacare dall'esterno se tali scelte siano o non siano razionali coincide col problema della presa di posizione ideologica dell'interprete o dell'ambiente sociale in genere, nei confronti del giudizio¹²».

Ma per noi, è esattamente questo il profilo di maggior rischio: se il contenuto

¹¹ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, 2 voll., Giuffrè, Milano 1965.

¹² M. Taruffo, “Giudizio: processo e decisione”, *cit.*

della discrezionalità giudiziaria è, anche e non solo beninteso, la selezione e l'applicazione, da parte del giudice, di *valori* intorno ai quali costruire la propria decisione, che grado di obiettività questa può avere e che valenza può avere? Siamo arrivati al punto focale della nostra analisi: il rapporto tra “valori”, meglio scelta dei valori da applicare nella decisione, e discrezionalità della decisione.

Proprio questo rapporto desta in noi apprensione e inquietudine.

Innanzitutto la decisione, la scelta e la modalità, dell'interpretazione di questi valori e la traduzione di questi in un provvedimento giudiziario rimessi ad un soggetto che decide soggettivizza, necessariamente, un procedimento che deve essere quanto più oggettivo possibile. In secondo luogo, la ricerca dei valori non può essere rimessa al soggetto che decide perché è agevole dimostrare che questo tipo di operazione potrebbe confinare facilmente nell'arbitrio in quanto ciascun decisore potrebbe far riferimento a valori differenti dagli altri e addirittura suoi propri.

In terzo luogo non si può certo parlare di valori, nel senso di unici e condivisi, laddove si ammetta, e non si vede chi dissenta, che la norma, ossia l'elemento entro cui questi valori dovrebbero, dal giudice, essere cercati e individuati, non contiene “valori” unitari e pacifici bensì è l'espressione più evidente della contrapposizione di questi, sotto forma di quote differenti di interessi espressi nella percentuale del peso socio-economico-politico che i gruppi in conflitto sono riusciti a rappresentare e ad ottenere, e ciò ovviamente in un sistema pluralistico di democrazia avanzata in cui la contrapposizione degli interessi è la garanzia della democraticità stessa del gioco politico.

Eppure non v'è interprete della discrezionalità che non faccia un richiamo continuo e diretto ai valori interni al decisore come elementi costitutivi della discrezionalità e quindi della decisione stessa, ed è l'elemento del giudizio che meno ci tranquillizza.

In ultima analisi, pare a noi che in una relazione già di per sé assai complessa e complicata, giudice-norma giuridica-decisione, l'elemento della discrezionalità che in questa relazione si aggiunge abbia un effetto di

moltiplicatore e di acceleratore del rischio connesso alla decisione stessa, in quanto, a ben guardare, innesta in questa relazione di natura prevalentemente, anche se non del tutto, positivista un elemento che non crediamo essere lontani dal vero qualificandolo di natura gius-naturalistica, e persino meta-giuridica, la discrezionalità.

È quel succede quotidianamente nei tribunali, in tutti i tribunali di ogni grado e genere, in cui all'effetto decisione, del caso singolo, si innesta quello più generale dell'effetto trascinamento, per effetto di quella relazione di cui abbiamo detto poco sopra.

Si determina così il “precedente” o la “prassi” o il “rito” come un po' sarcasticamente, e in senso niente affatto tecnico, usano dire gli operatori del diritto per riferirsi agli orientamenti giurisprudenziali vigenti in alcuni tribunali e non in certi altri. E come negare, inoltre, che le sentenze, specie quelle della Suprema Corte, “instaurino” vere e proprie prassi sociali che si consolidano nei comportamenti collettivi fino a quando non ne intervenga una diversa? E come negare, ancora, che i giudici di merito si riferiscono nei loro giudizi proprio a quelle sentenze che sono ormai “consolidate” e che hanno costituito “prassi” giudiziaria?

Si assiste, insomma, sempre più nel nostro ordinamento, che è un ordinamento tipico di *civil law*, all'introduzione di elementi, sempre più diffusi, importati dagli ordinamenti di *common law*, specie con riferimento ai “precedenti” giudiziari”, per cui sostanzialmente da una giustizia del caso singolo si passa progressivamente, ma inesorabilmente, a decisioni di carattere seriale che riconoscono come precedenti consolidati o prassi decisioni giurisprudenziali della Corte Suprema o dei tribunali dei diversi gradi in cui la sentenzaviene forgiata.

Gli stessi tribunali si riferiscono, d'altronde, sempre più a prassi decisorie interne in cui, di frequente ed anzi assai spesso, il precedente è non solo l'elemento guida della decisione ma anche l'unico elemento della decisione stessa.

In questo contesto l'elemento della discrezionalità esalta inevitabilmente il

rischio sociale e lo diffonde.

Non resta altro che far ricorso ad un atteggiamento fideistico ed interpretare il concetto di discrezionalità secondo quelle regole di buon senso, di “sapienza”, e di “esperienza” di cui parla Aharon Barak e che mi piace citare testualmente: «come si deve esercitare la discrezionalità di cui gode il giudice? – si domanda l’autore- Non ho risposte definitive a simili interrogativi – è la sua risposta – Il mondo del diritto è vasto e grande ed è pieno di bellezza e di saggezza. È più che naturale che non esista un solo sentiero che lo attraversi e che si possano percorrere diverse strade per gustare le sue bellezze o per assaporare il tepore della sua saggezza¹³».

Riferimenti bibliografici

Barak A., *Judicial Discretion*, Shikul Daat Shiprety, 1987, trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano 1995.

Chiodi G., *La menzogna del potere*, Giuffrè, Milano 1979.

Gorla G., voce “*Giurisprudenza*” in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX°, Milano, 1970.

Friedman L.M., *The Legal System. A social science perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975, trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva della scienza sociale*, traduzione di Giovanni Tarello, Il Mulino, Bologna 1978.

Lombardi Vallauri L., voce “*La Giurisprudenza come scienza pratica*”, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XV°, Torino, 1989.

Punzi C., “*Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d’interpretazione di norme processuali*” in “*Rivista di Diritto Processuale*”, anno 2011 n.6 nov/dic, pp.1337-1355.

Satta S., *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994.

¹³ A. Barak, *Judicial Discretion*, Shikul Daat Shiprety, 1987, trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano 1995. Il passo citato è a p. 16; peraltro il riferimento è all’intero volume.

Taruffo M., “Giudizio: processo e decisione”, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Cedam, Padova 2000.

Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova 1973.

Tomeo V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2013.

I volti della povertà educativa

di Anna Civita* e Angela Mongelli**

Sommario: 1. La povertà come problema sociale – 2. La povertà educativa – 3. La povertà educativa nella sfera affettivo-sessuale - 4. Conclusioni.

Abstract: The phenomenon of poverty has become increasingly important in the political and social debate in Italy, representing a dangerous drift for the future of social systems. Currently, however, a vision of poverty based solely on economic conditions is widespread, which ignores the multitude of aspects and variables that condition the lives of individuals. It follows the importance of broadening the perspective with which this phenomenon is observed, also on the basis of research conducted in the sociological field. One of its dimensions on which the paper focuses is that of educational poverty due to its constituting a deprivation that produces significant feedback, particularly in the adolescent context. It is a condition of disadvantage that, added to the economic one, marks the courses of life and evolutionary trajectories.

Keywords: educational poverty, affective-sexual socialization, young people.

1. La povertà come problema sociale

La crisi dell'educazione, nella quale ci dibattiamo, è del tutto evidente sia sul piano generale dei modelli di riferimento sia a livello delle pratiche, in particolare nelle due principali agenzie educative: famiglia e scuola. È una

* Professore associato di sociologia generale, Università degli Studi di Bari, "Aldo Moro". È autrice dei paragrafi 1, 2 e 4.

** Già professore ordinario f.r. di sociologia dei processi culturali, Università degli Studi di Bari, "Aldo Moro". È autrice dei paragrafi 3 e 4.

crisi di legittimazione, credibilità, fiducia, che incrina la naturale corrispondenza tra società ed educazione e che ha portato all'attenzione il fenomeno della povertà educativa.

Il concetto nasce con l'affermarsi di un'idea di povertà come fenomeno prettamente economico¹ e solo successivamente assume un carattere multidimensionale e complesso², operando così il superamento del riduzionismo alla sola componente finanziaria³.

La povertà viene, generalmente, assimilata ad una mancanza di oggetti, beni, ma, se così fosse, il problema si risolverebbe riempiendo vuoti e carenze con trasferimenti economici, come è avvenuto negli ultimi anni con il conferimento di risorse in favore della famiglia e dell'istruzione⁴. Di fatto, poco o nulla è cambiato in ragione della complessità del problema che rende difficile individuare soluzioni per contrastarla⁵. Sarebbe, invece, utile individuare un metodo idoneo a conoscere cosa funziona o meno, a capire perché funziona o non funziona una determinata strategia⁶. Un'ulteriore problematicità della povertà risiede nella complessità che la caratterizza, vale a dire nell'ampiezza delle relazioni⁷ che intercorrono fra i fattori che la

¹ E. Morlicchio, *Sociologia delle povertà*, Il Mulino, Bologna 2020.

² A. Mongelli, S. Quarta, *Ridefinire il ruolo dell'insegnante in relazione alla povertà educativa*, Studi di Sociologia, 40(10), 2019, 1-16.

³ S. Finetti, *La povertà educativa. Origini, dimensioni, prospettive*, FrancoAngeli, Milano 2023.

⁴ T. Vecchiato, *Povertà educativa: il problema e i suoi volti*, Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone, 3(3), 2016, 5-22.

⁵ C. Gori, *Combattere la povertà*, Laterza, Roma-Bari 2020. Save the Children, *Povertà educativa: necessario un cambio di passo nelle politiche di contrasto*, 2022, in https://www.savethechildren.it/sites/default/files/files/Poverta_educativa.pdf, 19/09/2024. G. Iorio, *La povertà. Analisi storico-sociologica dei processi di deprivazione*, Armando, Roma 2001.

⁶ C. Barone, *La povertà educativa: definizione, misurazione e un metodo per contrastarla*, 2017, in <https://www.benecomune.net/rivista/numeri/maggio-2017-non-di-solo-pane/la-poverta-educativa-definizione-misurazione-e-un-metodo-per-contrastarla/>, 14/09/2024.

⁷ Sono criticità che la legge di stabilità ha inteso affrontare con un apposito fondo di 120 milioni di euro all'anno per tre anni ed attualmente sono punto d'attenzione delle misure del Pnrr. Si tratta di misure che rappresentano una preziosa occasione per superare le soluzioni tradizionali, affrontando la povertà con azioni capaci di garantire benessere fin dai primi anni di vita.

strutturano⁸. In essa si interrelano contesto sociale, culturale e relazionale (sperimentati fin dai primi anni di vita) e una condizione di disagio diffuso che attraversa il perimetro della salute, delle relazioni, delle capacità cognitive, dei valori e, non ultimo, della spiritualità⁹.

A rendere più complesso il fenomeno intervengono altri indicatori che convergono in quella che viene chiamata povertà educativa, caratterizzata dai (bassi) livelli di competenza linguistica, matematica, scientifica, correlati alle condizioni socio-economiche di partenza, ai (bassi) livelli motivazionali, alla (bassa) qualità dei percorsi scolastici, ai titoli formativi acquisiti che si correlano alla dispersione e al successo/insuccesso scolastico¹⁰.

La povertà (educativa) ha come riferimento teorico il principio dell'uguaglianza tanto nella sfera economica, per cui ogni essere umano ha diritto a godere dei livelli essenziali, quanto nell'ambito delle *chances di vita*¹¹, ovvero di disporre di opportunità di scelta dei percorsi di vita e di fruizione della formazione, riconoscimenti basilari per evitare che la deprivazione si trasformi in marginalità sociale.

Secondo Dahrendorf¹², «nella loro esistenza sociale gli individui hanno *chances di vita*: possono portarle a compimento o farle a pezzi, ma la loro vita è una risposta a queste chances. Le chances di vita sono forme. Possono essere troppo grandi per uno e stimolarlo ad espandersi e a crescere, possono essere troppo limitate e stimolarlo ad opporre resistenza».

⁸ G.L. Battilocchi, *Educational poverty in Italy: concepts, measures and policies*, The Central European Journal of Educational Research, 2(1), 2020, 1-10.

⁹ T. Vecchiato, C. Canali, *Crescere oggi: ricerca e politiche sociali per la crescita positiva*, in F. Mazzucchelli (a cura di), *La preadolescenza. Passaggio evolutivo da scoprire e da proteggere*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 31-46. T. Vecchiato, *Povertà educativa: il problema e i suoi volti*, Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone, 3(3), 2016, 5-22.

¹⁰ O. Giancola, L. Salmieri, *La povertà educativa in Italia. Dati, analisi, politiche*, Carocci, Roma 2023. A. Mongelli, S. Quarta, *Ridefinire il ruolo dell'insegnante in relazione alla povertà educativa*, Studi di Sociologia, 40(10), 2019, 1-16.

¹¹ R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari 1981.

¹² R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari 1981, 40-41.

Una riconcettualizzazione innovativa la si deve a Sen¹³, il quale ha elaborato un impianto teorico in grado di superare il ricorso alla pregressa concezione utilitarista/economicista della povertà. Le analisi dello studioso rappresentano un humus fertile per la maturazione del pensiero sociologico nell'approccio alle disuguaglianze, in quanto sposta l'attenzione sulle componenti costitutive del vivere: *le capacità* (capacitazioni) che identificano le alternative concrete a disposizione del soggetto. Capacità che, in abbinamento ai funzionamenti, costituiscono gli indicatori della libertà sostanziale dell'individuo. Le capacità, infatti, ancor più dei funzionamenti, determinano lo star bene sia in maniera strumentale (più capacità determina più possibilità di scelta) sia in modo sostanziale (la *chance* concreta di scelta rende più ricca la vita dell'individuo)¹⁴.

Il quadro concettuale, sinteticamente descritto, rappresenta un riferimento importante nell'analisi della povertà educativa per l'attivazione e valorizzazione di concetti, alcuni consolidati altri più recenti.

2. La povertà educativa

In Italia solo da alcuni anni il tema della povertà educativa ha assunto maggiore rilevanza nel dibattito politico e sociale. Il concetto, comparso in letteratura negli anni Novanta, ha avuto diversi sviluppi e chiavi di lettura e ripreso da governi e da studiosi come uno dei punti cardine per il raggiungimento degli obiettivi di Sviluppo sostenibile presenti nell'Agenda 2030¹⁵. In Italia una delle definizioni più utilizzate è quella di *Save the Children*¹⁶, secondo cui la povertà educativa sia considerata come «la

¹³ A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna 1994.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ONU, Agenda 2030. Documento in cui si ribadisce il concetto del *Leaving no one behind* -non lasciare nessuno indietro- e rimarca l'importanza di un approccio integrato al problema della povertà educativa, in quanto ciascuno può essere agente concreto di cambiamento.

¹⁶ Save the Children, *La lampada di Aladino*, 2014, in <https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/la-lampada-di-aladino.pdf>, 19/09/2024.

privazione da parte dei bambini, delle bambine e degli/delle adolescenti della possibilità di apprendere, sperimentare, sviluppare e far fiorire liberamente capacità, talenti e aspirazioni».

Ne consegue che si tratti di un concetto ampio e che quindi tocchi dimensioni diverse, le quali si snodano dalle opportunità culturali, a quelle scolastiche, alle relazioni sociali e alle attività formative.

Le ricerche sul fenomeno condotte da Caritas, Save the Children e Unicef hanno individuato un humus favorevole all'affermarsi della povertà educativa nei cambiamenti sociali, con ripercussioni sulle relazioni intergenerazionali nell'ambito familiare e scolastico.

Il passaggio dalla *famiglia verticale* alla *famiglia affettiva orizzontale*¹⁷ vede i genitori in una sorta di riconciliazione tra padri e figli, l'adozione di un atteggiamento di deresponsabilizzazione rispetto al proprio ruolo educativo¹⁸.

Nella scuola, in particolare, si assiste ad un processo di avvicinamento intergenerazionale, che si traduce nella scomparsa dell'atteggiamento di rispetto nei confronti degli adulti (sentimento fortemente vivo nelle precedenti generazioni) da parte dei ragazzi, ora attratti dalle molteplici opportunità di consumo, dal desiderio di effettuare scelte autonome e dal fragile impegno tanto nella sfera pubblica quanto in quella etica¹⁹.

La rottura, poi, del patto educativo scuola-famiglia è frequentemente all'origine dell'incomunicabilità o, se si vuole, dell'incomprensione e dei

¹⁷ A. Bazzanella, *Valori e atteggiamenti del nuovo millennio: le tendenze della popolazione giovanile*, in A. Bazzanella, D. Deluca, R. Grassi (a cura di), *Valori e fiducia tra i giovani italiani*, 2007, in http://www.ristretti.it/commenti/2007/luglio/ricerca_giovani_valori.pdf, 29/09/2024, 6-28.

¹⁸ A. Cavalli, C. Facchini (a cura di), *Scelte cruciali. Indagine IARD su giovani e famiglie di fronte alle scelte alla fine della scuola secondaria*, Il Mulino, Bologna 2001. M. Mancarella, M.R. Manieri, *Cacciatori di futuro. I giovani pugliesi e il cambiamento*, Ledizioni, Milano 2016. A. Mongelli, S. Quarta, *Ridefinire il ruolo dell'insegnante in relazione alla povertà educativa*, in *Studi di Sociologia*, 40(10), 2019, 1-16.

¹⁹ A. Mongelli, S. Quarta, *Ridefinire il ruolo dell'insegnante in relazione alla povertà educativa*, in *Studi di Sociologia*, 40(10), 2019, 1-16.

contrasti che provocano, talvolta, uno scontro aperto tra le due agenzie di socializzazione.

La fruizione mediale, con il diffondersi del consumo dei *new media*, ha accreditato importanza all'esperienza mediale, sottraendo valore alla capacità del soggetto di elaborazione delle informazioni acquisite. Il diffondersi del consumo dei *new media*, e l'intensità della loro fruizione, ha mediatizzato il conflitto generazionale, mettendo in scena genitori costantemente arrabbiati e aggressivi ed insegnanti intrappolati, in costante difesa, che assumono atteggiamenti di rinuncia, se non di inerzia, nei confronti del proprio compito educativo.

Ultimo, ma non per importanza, la rappresentazione dei ragazzi come poco interessati alla cultura, considerati apatici, chiusi in forme di comunicazioni ristrette e autoreferenziali.

Di fatto, i corsi di vita dei ragazzi si presentano fluidi e variegati rispetto a qualche decennio fa, caratteri che non intaccano l'aspetto sostanziale della transizione alla vita adulta e, più concretamente, la realizzazione di aspettative e il consolidamento in forma matura di orientamenti e significati nelle nuove generazioni, che riaffermano la centralità dello scambio intergenerazionale²⁰, magari trasformato.

Il cambiamento, in atto, degli stili educativi e del modello tradizionale di socializzazione, determinano ricadute importanti. Un primo effetto è la deprivazione delle competenze, a partire da quelle *cognitive*, fondamentali per crescere e vivere in una società caratterizzata dalla rapidità dell'innovazione e dalla celere obsolescenza della conoscenza.

Il secondo effetto è il mancato sviluppo di capacità *non-cognitive*, quali la motivazione, l'autostima, le aspirazioni e i sogni, la comunicazione, la cooperazione, le emozioni, l'affettività, altrettanto fondamentali per la

²⁰ P. Donati, *Politiche del tempo quotidiano e relazioni intergenerazionali nella prima adolescenza*, in I. Colozzi, G. Giovannini (a cura di), *Ragazzi in Europa tra tutela, autonomia e responsabilità*, FrancoAngeli, Milano 2003, 197-232.

crescita (culturale) della persona²¹ e per il suo benessere. Completa lo scenario la crisi del sistema etico, che condiziona i principi morali ed educativi. È un vuoto generato dalla mancanza di un sistema valoriale condiviso e dallo scarso interesse verso la cultura, la bellezza, le storie e l'uomo²².

I fattori citati evidenziano l'enorme portata della povertà educativa²³ e il convergere in essa della povertà affettiva, emozionale, sanitaria, morale, sessuale, suoi ambiti costitutivi fra i quali intercorre un nesso d'interdipendenza²⁴, un rapporto di intima connessione e di reciproca correlazione. Quest'ultima rappresenta la modalità adeguata a concepire il rapporto tra educazione e i diversi sottosistemi (affettivo-emozionale, sanitario, sessuale, ecc.), indicativa di un movimento di circolarità (*back and forth*) fra i sottosistemi.

Quanto evidenziato conferma la comune radice e provenienza dei differenti ambiti della povertà, che risiede nella carenza o nella totale assenza di risorse essenziali per il soddisfacimento di bisogni legati ad una vita dignitosa. Non vi è dignità umana e possibilità di libertà, a giudizio di Nussbaum²⁵, quando è negata l'educazione come dispositivo che nutre la ragione e fa maturare il pensiero. Pertanto, negare l'accesso alle risorse

²¹ La persona è una realtà originaria che possiede una ricchezza interna di energie, con le quali realizza storicamente se stessa nella reciprocità con altre persone. Le capacità rappresentano la base per il riconoscimento della qualità dell'individuo, dispositivo attraverso cui definire i progetti di vita e i doveri del singolo rispetto alla comunità di appartenenza.

²² W. Nanni, S. Quarta, *Nel paese dei Neet. Rapporto di ricerca sui giovani Neet in condizione di povertà ed esclusione sociale*, Edizioni Lavoro, Roma 2016. Nanni W. e Pellegrino V., *La povertà educativa e culturale: un fenomeno a più dimensioni*, in Caritas Italiana, *Povertà in attesa*, Rapporto 2018, 2018.

²³ D. Mesa, G.L. Battilocchi, P. Triani, *L'impatto della povertà educativa sulle traiettorie di vita dei giovani*, in Istituto Giuseppe Toniol, I.G.T. (ed.), *La condizione giovanile in Italia. Rapporto Giovani 2019*, Il Mulino, Bologna 2019, 19- 49.

²⁴ L'interdipendenza fa riferimento, in senso generale, ad una visione sistemica della società, nella quale le diverse parti o sottosistemi vengono definiti come autonomi, ma al contempo vincolati dalla necessità di stare in relazione e quindi di comunicare.

²⁵ M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2013.

educative significa non riconoscere i diritti della persona e la sua piena umanità. L'istruzione, dunque, diventa una risorsa fondamentale, direttamente connessa allo sviluppo delle capacità che rendono le persone partecipi alla vita sociale e all'esercizio della cittadinanza. Il problema, a parere della politologa, non si risolve fornendo risorse eque, ma serve a rimuovere gli ostacoli che non permettono di fruirne²⁶.

3. La povertà educativa nella sfera affettivo-sessuale

L'insieme delle riflessioni sulla povertà educativa ha ormai un posto rilevante nelle scelte politiche e sarà una priorità nei prossimi anni, tanto da richiedere il superamento della logica dei trasferimenti economici da erogare agli adulti²⁷ ed un'attenzione alle politiche per le nuove generazioni²⁸.

Nella direzione di queste riflessioni merita un accenno a una dimensione, o ambito di vita, spesso non considerato: quello della sfera affettivo-sessuale.

È quest'ultima una delle forme di povertà poco o male affrontata dalle istituzioni educative, mentre è immediatamente intuibile come essa abbia immediate implicazioni con l'educazione e, quindi, con la formazione della persona e delle sue capacità. In ogni generazione, la scoperta della sessualità è un passaggio obbligato e impegnativo, il cui esito produce ricadute (positive o negative) sui percorsi biografici.

²⁶ È il modello delle *capabilities*, il quale comprende le capacità centrali che rendono una vita degna di essere vissuta, in quanto esse sono legate alle libertà fondamentali, quali: 1. Vita 2. Salute fisica 3. Integrità fisica 4. Sensi, immaginazione e pensiero 5. Sentimenti 6. Ragion pratica 7. Appartenenza 8. Sapere, poter vivere con piante ed animali 9. Gioco 10. Controllo del proprio ambiente politico e materiale.

²⁷ Tfiy Italia, *Il futuro nelle nostre mani. Investire nell'infanzia per coltivare la vita*, Il Mulino, Bologna 2016.

²⁸ Save the Children, *Povertà educativa: necessario un cambio di passo nelle politiche di contrasto*, 2022, in https://www.savethechildren.it/sites/default/files/files/Poverta_educativa.pdf, 19/09/2024.

Affettività e sessualità costituiscono due dimensioni distinte, ma che presentano un determinismo reciproco, in quanto la prima fonda una sana sessualità, supporta lo sviluppo di un sé integro, di una personalità che si percepisce e si rappresenta come unica e intera, non vincolata dalla genitalità. In tale ottica, la sessualità si presenta come un ambito estremamente singolare, in quanto eccede la sfera biologica e interconnette natura e cultura. Detto altrimenti, la sessualità non è riducibile alla semplicistica reazione istintuale o all'impulso sotteso al desiderio, ma che si arricchisce quando si approfondiscono le sue valenze culturali; un processo, quest'ultimo, appannaggio di una soggettività *educata*.

Questa forma di povertà (relativa all'affettività-sessualità), come anticipato, coinvolge particolarmente i ragazzi abitanti la postmodernità chiamati ad addentrarsi, privi di una adeguata strumentazione (educativa), nel territorio sconosciuto della corporeità e delle sue trasformazioni dal punto di vista sessuale. Rende più complessa siffatta condizione la pervasività di immagini a connotazione sessuale che circolano nella quotidianità (veicolate dai *new media*, dai social), e non ultimo la latitanza della famiglia e della società *tout court*²⁹. Tutto ciò appare come se la sessualità non fosse parte integrante del percorso formativo o non costituisse un diritto ricevere informazioni affidabili, scientificamente accurate e complete.

²⁹ Una conferma in tal senso rinviene dai dati della ricerca *Health Behaviour in School-aged Children*, (report 2017-18), da cui emerge che il 25% circa dei 15enni italiani, sessualmente attivi, dichiara di non aver usato alcun metodo contraccettivo e/o di protezione. Inoltre, le richieste d'aborto delle adolescenti ammontano ad un numero ben più elevato rispetto ai casi registrati (circa il doppio) e sono riconducibili alle interruzioni spontanee o volontarie della gravidanza (P. Berchiolla, A. Borraccino, N. Cappello, F. Cavallo, L. Charrier, P. Lemma, V. Sciannameo, P. Dalmasso e il Gruppo HBSC Italia 2018, *Il contesto familiare*, in AA VV, *La Sorveglianza HBSC 2018 - Health Behaviour in School-aged Children: risultati dello studio italiano tra i ragazzi di 11, 13 e 15 anni*, Notiziario dell'Istituto Superiore di Sanità, Tiburtini S.r.l., 2020, 9-14).

In questo scenario la scuola e gli insegnanti permangono un riferimento importante in merito ad un argomento sensibile per i giovani³⁰. Dalla sua prima introduzione nei programmi scolastici europei, negli anni Settanta, l'educazione sessuale è stata al centro di dibattiti, spesso accesi, tra genitori, responsabili (a vario titolo) dell'educazione, e dei leader politici, per determinare cosa debba essere insegnato e a quale età.

L'attuale scenario è un processo di socializzazione articolato, parte del quale è affidato ad istituzioni formali e parte della sua realizzazione viene svolta in modo spontaneo e saltuario (*l'informal education*).

Si tratta di uno scenario che evidenzia la difficoltà ad affrontare il tema della sessualità: famiglia, scuola, parrocchia, contesti associativi, spesso sono privi di una buona formazione in grado di fornire competenze funzionali ad assolvere a tale compito³¹.

Serve, inoltre, la progettazione di interventi che, in primo luogo, abbandonino la logica della straordinarietà e dell'episodicità (v. Ricerca E.R.O.S.³²), e, a seguire, siano focalizzati sulla promozione di una cultura e

³⁰ La centralità della sessualità è immediatamente evidente se si considera che essa fornisce una conferma dell'esserci e che la persona si esprime, come maschio o femmina, fornendo un solido supporto alla identità primaria, preservando il soggetto dal rischio di smarrimento *nella* propria identità, dall'incapacità di una profonda interazione con l'alterità, ma, se disgiunta dall'affettività, finisce per impoverire lo sviluppo della persona (P.G. Liverani, *Aborto Anno Uno*, San Paolo, Torino, 2010).

³¹ Mongelli A., *Affettività e sessualità: educazione in cerca d'autore*, in *Studia Bioethica*, 8(3), 2015, 31-34. Zampa C., Contini P., *La rete tra potenzialità virtuali e pericoli reali*, in G. Da Molin (a cura di), *Giovani: stili di vita e salute dalla storia all'attualità*, Cacucci, Bari, 2019, 373-392. Contini P., Mongelli A., *Teenagers and sex education*, in AA.VV. *Overabounding and Society. Sociological Essays on Love*, Social-One, Roma, 2020, 198-218.

³² La ricerca E.R.O.S. è stata commissionata da U.S.R Puglia alla cattedra di Sociologia dell'Educazione (prof.ssa Angela Mongelli) del dipartimento di Scienze della Formazione, Psicologia, Comunicazione dell'Università degli Studi di Bari che si è avvalsa della collaborazione della Bottega dell'Orefice Appulo Lucana. Per la sua realizzazione, è stato selezionato un campione di studenti e di docenti del III° anno di Scuola Media e del II° e IV° anno di tutte le tipologie di scuole secondarie superiori della Regione Puglia. Sulla base dei dati forniti dall'U.S.R., relativi alla popolazione studentesca delle terze classi secondarie di I grado e delle seconde e quarte classi del II grado, sono stati selezionati ed intervistati 4.820 studenti dei due ordini di scuola e 800 docenti, stratificati anche a livello territoriale, distinguendo, nelle sei province pugliesi, tra aree "metropolitane" (fatte corrispondere ai capoluoghi) e le altre. È interessante notare che è stata condotta con questionari

di un'antropologia centrata sull'educazione integrale della persona in quanto uomo e in quanto donna, attenti alle dimensioni costitutive.

L'adozione di un approccio che coniughi affettività e sessualità problematizza l'assioma su cui si fonda la relazione con l'altro sesso, non riducibile a una semplicistica modalità reattiva, programmata biologicamente, come accade per l'animale, dove la ricerca del sesso opposto avviene esclusivamente su cadenze periodiche³³, seguendo rituali di accoppiamento specifici di ogni specie.

L'agire della persona s'incentra su sistemi di significato (cultura) che investono anche la sfera della sessualità (come riportato in precedenza) e che strutturano nessi relazionali tra le aspettative dell'*io* e quelle del *tu*.

Rispondere, allora, alla domanda dei giovani di maggiore conoscenza in tale ambito è cruciale, se si considera, poi, che nella maggior parte dei casi i ragazzi ottengono informazioni dal gruppo dei pari (gli amici), da internet o dai *social*.

Numerosi sono i punti di debolezza che tali fonti presentano, come la loro utilità limitata al fornire informazioni (e non ad educare) talvolta inesatte, parziali, ecc., che, in alcuni casi, inducono all'elaborazione di un'immagine distorta della sessualità. Sono informazioni che trascurano uno dei suoi aspetti fondamentali: il suo legame con la dimensione affettiva. Sui siti internet e sui *social media* i ragazzi hanno accesso a una grande quantità di contenuti, alcuni corretti, altri approssimativi (v. la contraccezione, i rapporti sessuali, ecc.), ma che in ogni caso li espone a un *overload*

somministrati non solo agli studenti, ma anche ai loro docenti. Sono stati cioè studiati i due interlocutori fondamentali della dinamica educativa. Gran parte degli insegnanti ha riconosciuto l'importanza di una riqualificazione formativa, volta ad acquisire maggiori competenze nel settore, che permettano di sviluppare abilità utili al pieno svolgimento della funzione formativa. Gli stessi hanno sottolineato la rilevanza del coinvolgimento dei genitori nei percorsi formativi e mostrato grande consapevolezza dell'importanza del ruolo svolto dalla rete educativa che non può trascurare la famiglia quale nodo fondamentale. Il corpo docente è convinto, dunque, della crucialità del coinvolgimento della famiglia, almeno negli incontri di programmazione perché l'istituzione familiare si riappropri del ruolo formativo in ragione della risonanza che essa ha nelle biografie giovanili.

³³ Sono i c.d. periodi di estro della femmina.

information disorientante. In presenza di una quantità elevata di informazioni si genera un sovraccarico cognitivo, che rende difficoltoso decidere o scegliere una specifica informazione sulla quale focalizzare l'attenzione ed assumerla come vera.

L'elevata sensibilità dei giovani per i temi dell'affettività e della sessualità sottende una chiara domanda educativa, la quale, a sua volta, interpella le istituzioni educative.

Va, infatti, considerata la *responsabilità* dei singoli, delle famiglie, della scuola, delle associazioni, delle parrocchie, tutti a vario titolo, coinvolti nei processi educativi, che spesso adottano modelli socializzativi incompleti o limitati, ma considerati una soluzione desiderabile indipendentemente dal suo prezzo e dalle sue conseguenze per la persona.

L'esperienza, infatti, insegna che è necessario partire dai diretti interessati, come è accaduto nella ricerca E.R.O.S. (v. nota 12), dove i ragazzi hanno chiarito il loro punto di vista: l'educazione affettivo-sessuale deve essere un compito della scuola e che la loro partecipazione ai percorsi formativi, dove c'è un'offerta, non è una semplice scusa per evitare i doveri scolastici, dato per altro confermato dai docenti. Gli studenti, dunque, prendono le distanze dallo stereotipo che li etichetta come superficiali o debolmente consapevoli dei propri bisogni formativi. Sostengono, invece, che tale compito sarebbe da affidare in primo luogo agli educatori e poi ad esperti competenti delle conoscenze scientifiche, come il medico e il ginecologo, e, infine, allo psicologo e al sessuologo³⁴.

I dati analizzati nella ricerca denunciano vissuti di difficoltà dei ragazzi chiamati ad affrontare problemi relativi alla sfera della sessualità, che sollecitano la presenza di adulti significativi e di poter disporre di una *cassetta degli attrezzi*, che consenta loro di affrontare scelte e decisioni in tale ambito. Difficoltà che va contestualizzata all'interno del percorso

³⁴ Dichiarando di essere in disaccordo con l'attribuzione di tale compito alla famiglia: più di 6 alunni su 10 della scuola media e di 7 alunni su 10 della scuola media superiore si esprimono per il non coinvolgimento della famiglia.

biografico del diventare adulti, un cammino fatto di esplorazioni, sperimentazioni, di possibilità di scelte e da un elevato rischio di disorientamento o di ripiegamento su stati di demotivazione, di rinuncia e di affidarsi all'improvvisazione³⁵.

Una carenza che indebolisce la *tensione a crescere* e quindi di una visione prospettica e progettuale e del consolidarsi di una concezione *sperimentale/di messa alla prova* dell'esistenza e della stessa sessualità. Di contro, la condizione adolescenziale rappresenta il *tempo* per la sperimentazione di sé, per le proprie scelte e per l'acquisizione di conoscenze e competenze (cognitive e relazionali, affettive, sessuali, ecc.).

4. Conclusioni

A conclusione delle riflessioni sin qui effettuate emerge come la povertà costituisca lo sfondo dell'attuale scenario socializzativo, quest'ultimo caratterizzato dalla tensione alla valorizzazione del soggetto, in termini di autonomia individuale e di autorealizzazione. Una soggettività equipaggiata da una dotazione di capacità idonee sia ad interpretare (soggettivamente) ruoli sociali (sessuali, amicali, professionali, ecc.) sia di osservare le norme (il comportamento giusto) in modo autoriflessivo, sia di partecipare all'interazione sociale come agente autocosciente.

È un modello che presenta il pericolo di attivare processi di *ipo* o di *auto* socializzazione, a cui non si sottrae la stessa educazione affettivo-sessuale, con la conseguente implosione nel particolarismo delle istanze individuali e di deprivazione del legame sociale, imprescindibile dimensione dell'esperienza dell'alterità.

Superare le derive del processo brevemente descritto è possibile a partire dalle considerazioni di Sen e di Nussbaum. Entrambi gli studiosi assumono

³⁵ P. Contini, A. Mongelli, *Giovani ed educazione sessuale. Percorsi di ricerca*, in Quaderni del Dipartimento Ionico. DiJSGE, 11, 2019, 103-124. P. Contini, A. Mongelli, *Teenagers and sex education*, in AA.VV. *Overabounding and Society. Sociological Essays on Love, Social-One*, Roma, 2020, 198-218.

come riferimento sì il soggetto, ma inteso come portatore della libertà, di procedere verso obiettivi che considera importanti, non solo rispetto alle risorse disponibili, ma anche in rapporto alle concrete opportunità di porre in atto ciò che gradisce e cerca. La realizzazione di tale obiettivo formativo risulta correlato all'offerta di *chances* di vita, che concretizzino opportunità di sviluppare al meglio il proprio potenziale.

Nussbaum³⁶, poi, riflettendo sul principio della dignità di ogni persona, elemento centrale nella sua teorizzazione, si sofferma a riflettere sulla *cultura della sessualità*. Sviluppa il tema della cultura della sessualità all'interno dell'orizzonte etico della dignità umana, scelta che le permette di non erige la sessualità a unica dimensione, risolutiva della persona.

Le conseguenze dell'enfatizzazione di uno specifico ambito³⁷ funzionano da fattore di *istituzionalizzazione* di comportamenti e prassi limitate, che spesso coinvolgono i ragazzi, in quanto soggetti vulnerabili.

Parafrasando la Nussbaum³⁸, quando i ragazzi fanno un uso improprio della sessualità/corporeità, come nel caso del sexting, pensandola come una prassi socializzativa alla vita adulta, non soltanto contribuiscono al decadimento del proprio senso di umanità, ma concorrono al rarefarsi delle risorse e delle disponibilità vere per strutturare l'adulità. Bisogna allora trasformare questi limiti in risorse, utilizzando le (cattive) prassi in atto in sfide per ripensare le teorie dello sviluppo, dell'appartenenza alla comunità umana e della giustizia.

A tali considerazioni fa da contraltare il trattamento riservato all'educazione affettivo-sessuale, considerato ambito residuale dei percorsi formativi, evidenziando, in tal modo, i limiti e le falle dell'attuale approccio alla persona, così come le aporie dei sistemi di condizionalità nell'accesso al diritto dell'educazione.

³⁶ M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2013.

³⁷ Come rimarcano le diverse situazioni critiche in cui i ragazzi si ritrovano (v. il sexting).

³⁸ M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2013.

Basterebbe pensare che, in un contesto in cui la cittadinanza si fonda sempre più spesso sulla esigibilità dei diritti, ai ragazzi è ostacolata – di fatto – la possibilità di potersi educare, un loro diritto. Ma proprio i ragazzi sollecitano nuove risposte e pongono nuove sfide agli interventi della sfera dell'educazione sessuale che spesso necessitano di recuperare aspetti quali l'autostima, la corporeità, la fiducia e le capacità relazionali. In altre parole, i ragazzi possono essere considerati come una sorta di archetipo di uomo abitante una società caratterizzata dall'incertezza, l'involontario protagonista di percorsi biografici ed educativi versatili, costellati da momenti critici nei quali si accentua la sua vulnerabilità, ma portatore, al contempo, di un desiderio di protagonismo e di autorealizzazione nel segno della libertà e della dignità.

Oltre che a ripensare i criteri che regolano l'attribuzione dei diritti di cittadinanza, in primis quello educativo, e che garantiscono la loro effettiva fruibilità vs. la povertà educativa, i ragazzi invitano anche a interrogarsi sulle altre dimensioni costitutive del concetto di cittadinanza e di persona.

Spesso l'esperienza insegna che è proprio a partire dall'iniziativa dei soggetti *esclusi* che la persona si costruisce nell'interazione quotidiana (familiare, scolastica, ecc.), contribuendo in tal modo a definire una nuova idea di uomo, di cittadino e persino di bene comune.

Indubbiamente l'invito è a guardare al futuro, al superamento dei limiti di una concezione strettamente medico-biologica della sessualità, avvalendosi del solco tracciato da esperienze concepite e implementate sui territori, sollecitate proprio dalla presenza di associazioni impegnate nell'educazione affettivo-sessuale, che prefigurano percorsi funzionali ad ampliare la cerchia degli inclusi, a garantire l'effettiva esigibilità dei diritti e implementare le pratiche educative oltre i confini della pura informazione sanitaria.

Purtroppo, le politiche relative all'educazione affettivo-sessuale sono spesso ostaggio di pressioni economiche legate ad esigenze di bilancio e, talvolta, collegate ad una miopia istituzionale, se non culturale.

Diversamente, tale ambito educativo rappresenta un'occasione di riflessività, meglio di riflessione sui valori fondanti la vita associata, che meritano di essere lasciati in dote alle giovani generazioni (v. la tutela della dignità della persona, della corporeità, ecc.).

In conclusione, attualmente la povertà educativa, relativa all'ambito dell'affettività e sessualità, costituisce una povertà *nascosta* che genera conseguenze negative tanto nelle sfere del sociale quanto nei corsi di vita delle persone.

Necessitano azioni educative articolate in una pluralità di interventi di lungo termine organizzate in un processo continuo e diffuso di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, trasversali ai compositi ambiti della quotidianità, quali la famiglia, la scuola, il tempo libero, nonché le relazioni amicali, coinvolgendo consumi e tecnologie mediali e digitali.

Si tratta di un compito educativo improcrastinabile, se si intende agire sul complesso dei fenomeni prima indicati, e al tempo stesso contribuire all'eguaglianza³⁹ educativa, aprendo così spazi alla creazione di una nuova umanità.

Riferimenti bibliografici

Barone C., *La povertà educativa: definizione, misurazione e un metodo per contrastarla*, 2017, in <https://www.benecomune.net/rivista/numeri/maggio-2017-non-di->

³⁹ Concetto questo di eguaglianza che Nussbaum ritiene costituire un'acquisizione possibile a partire dalla promozione della libertà individuale, intesa come capacità di realizzare i propri progetti di vita, comprensiva della sfera sessuale grazie alle risorse (culturali, educative, ecc.) indispensabili per la realizzazione di sé e per la piena cittadinanza. Non si può sottacere, però, che promuovere le *capabilities* di ciascuna persona, rappresenta un obiettivo esigente, perché richiede che siano predisposte le condizioni per il loro sviluppo e per la loro messa in pratica: il mancato sviluppo di esse rende impossibile il pieno sviluppo umano e il riconoscimento della dignità di esseri umani. Non va dimenticato che ad una donna e ad un ragazzo non va negato il necessario per vivere: istruirsi e nutrirsi costituiscono beni necessari per vivere (M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2013).

solo-pane/la-poverta-educativa-definizione-misurazione-e-un-metodo-per-contrastarla/, 14/09/2024.

Battilocchi G.L., *Educational poverty in Italy: concepts, measures and policies*, The Central European Journal of Educational Research, 2(1), 2020, 1-10.

Bazzanella A., *Valori e atteggiamenti del nuovo millennio: le tendenze della popolazione giovanile*, in A. Bazzanella, D. Deluca, R. Grassi (a cura di), *Valori e fiducia tra i giovani italiani*, 2007, in http://www.ristretti.it/commenti/2007/luglio/ricerca_giovani_valori.pdf, 29/09/2024, 6-28.

Berchiolla P., Borraccino A., Cappello N., Cavallo F., Charrier L., Lemma P., Sciannameo V., Dalmasso P. e il Gruppo HBSC Italia 2018, *Il contesto familiare*, in AA VV, *La Sorveglianza HBSC 2018 - Health Behaviour in School-aged Children: risultati dello studio italiano tra i ragazzi di 11, 13 e 15 anni*, Notiziario dell'Istituto Superiore di Sanità, Tiburtini S.r.l., 2020, 9-14.

Besozzi E., *L'educazione "possibile" dentro la crisi*, Spazio Filosofico, 10(2), 2014, 17-29.

Besozzi E., *Società, cultura, educazione. Teorie, contesti e processi*, Carocci, Roma 2016.

Cavalli A., Facchini C. (a cura di), *Scelte cruciali. Indagine IARD su giovani e famiglie di fronte alle scelte alla fine della scuola secondaria*, Il Mulino, Bologna 2001.

Contini P., Mongelli A., *Giovani ed educazione sessuale. Percorsi di ricerca*, in Quaderni del Dipartimento Ionico. DiJSGE, 11, 2019, 103-124.

Contini P., Mongelli A., *Teenagers and sex education*, in AA.VV. *Overabounding and Society. Sociological Essays on Love*, Social-One, Roma, 2020, 198-218.

Dahrendorf R., *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari 1981.

- Donati P., *Politiche del tempo quotidiano e relazioni intergenerazionali nella prima adolescenza*, in I. Colozzi, G. Giovannini (a cura di), *Ragazzi in Europa tra tutela, autonomia e responsabilità*, FrancoAngeli, Milano 2003, 197-232.
- Finetti S., *La povertà educativa. Origini, dimensioni, prospettive*, FrancoAngeli, Milano 2023.
- Giancola O., Salmieri L., *La povertà educativa in Italia. Dati, analisi, politiche*, Carocci, Roma 2023.
- Gori C., *Combattere la povertà*, Laterza, Roma-Bari 2020.
- Iorio G., *La povertà. Analisi storico-sociologica dei processi di deprivazione*, Armando, Roma 2001.
- Liverani P.G., *Aborto Anno Uno*, San Paolo, Torino, 2010.
- Mancarella M., Manieri M.R., *Cacciatori di futuro. I giovani pugliesi e il cambiamento*, Ledizioni, Milano 2016.
- Mesa D., Battilocchi G.L., Triani P., *L'impatto della povertà educativa sulle traiettorie di vita dei giovani*, in Istituto Giuseppe Toniolo, I.G.T. (ed.), *La condizione giovanile in Italia. Rapporto Giovani 2019*, Il Mulino, Bologna 2019, 19- 49.
- Mongelli A., *Affettività e sessualità: educazione in cerca d'autore*, in *Studia Bioethica*, 8(3), 2015, 31-34.
- Mongelli A., Quarta S., *Ridefinire il ruolo dell'insegnante in relazione alla povertà educativa*, in *Studi di Sociologia*, 40(10), 2019, 1-16.
- Morlicchio E. (2020), *Sociologia delle povertà*, Il Mulino, Bologna.
- Nanni W. e Pellegrino V., *La povertà educativa e culturale: un fenomeno a più dimensioni*, in Caritas Italiana, *Povertà in attesa*, Rapporto 2018, 2018.

- Nanni W. e Quarta S., *Nel paese dei Neet. Rapporto di ricerca sui giovani Neet in condizione di povertà ed esclusione sociale*, Edizioni Lavoro, Roma 2016.
- Nussbaum M.C., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2013.
- Save the Children, *La lampada di Aladino*, 2014, in <https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/la-lampada-di-aladino.pdf>, 19/09/2024.
- Save the Children, *Povertà educativa: necessario un cambio di passo nelle politiche di contrasto*, 2022, in https://www.savethechildren.it/sites/default/files/files/Poverta_educativa.pdf, 19/09/2024.
- SEN A.K., *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna 1994.
- SEN A.K., *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna 2006.
- Tfhey Italia, *Il futuro nelle nostre mani. Investire nell'infanzia per coltivare la vita*, Il Mulino, Bologna 2016.
- Vecchiato T., Canali C., *Crescere oggi: ricerca e politiche sociali per la crescita positiva*, in F. Mazzucchelli (a cura di), *La preadolescenza. Passaggio evolutivo da scoprire e da proteggere*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 31-46.
- Vecchiato T., *Povertà educativa: il problema e i suoi volti*, Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone, 3(3), 2016, 5-22.
- Zampa C., Contini P., *La rete tra potenzialità virtuali e pericoli reali*, in G. Da Molin (a cura di), *Giovani: stili di vita e salute dalla storia all'attualità*, Cacucci, Bari, 2019, 373-392.

Per una cultura accademica transdisciplinare condivisa e tollerante: tra selezione, formazione e insegnamento

Enrico Damiani di Vergada Franzetti*

Sommario: 1. Tra iniziative di formazione accademica e costruzione di una cultura accademica condivisa – 2. Quali strumenti per la creazione di una forma di cultura universitaria partecipata: i TLC, i PQA, i DEH, i MOOC – 3. Ulteriori strumenti: il procedimento di *Peer Mentoring*, il Centro per l'innovazione e il miglioramento della didattica, l'istituzione di un Dottorato di ricerca e la realizzazione di un indicatore di Efficacia Formativa e il CRUI – 4. Quali obiettivi attesi per le Istituzioni accademiche e i docenti universitari? – 5. Conclusioni: la costruzione di una comunità accademica culturale.

Abstract: This work, part of the training initiatives for faculty at several Italian universities, addresses the role of faculty and university institutions in the process of producing scientific knowledge, in light of academic training and development processes, and the improvement of faculty learning and teaching, aimed at building a trans-disciplinary academic culture. University Professors who intend to conduct research or teach while pursuing the greatest scientific freedom, while striving to maintain maximum epistemological and methodological credibility, often face the dilemma of being subordinated to power structures or marginalized from a responsible presence in society.

Keywords: University, Professors, Selection, Training, Teaching, Culture, Freedom, Transdisciplinarity.

* Professore associato di Sociologia giuridica presso l'Università degli Studi di Enna "Kore".

1. Tra iniziative di formazione accademica e costruzione di una cultura accademica condivisa

Questo lavoro, nell'ambito delle iniziative di formazione per il personale docente dell'Università degli Studi di Enna "Kore" promosse dal Rettore, affronta il tema del ruolo dei docenti e delle istituzioni universitarie nel processo di produzione di una conoscenza che possa dirsi scientifica, alla luce dei processi di formazione e aggiornamento accademico, di miglioramento dell'apprendimento e dell'insegnamento dei docenti, finalizzati alla costruzione di una forma di cultura accademica transdisciplinare condivisa. I docenti universitari che intendono realizzare una ricerca ovvero svolgere attività didattica perseguendo la più ampia libertà scientifica, pur cercando di mantenere la massima credibilità epistemologica e metodologica¹, si trovano spesso ad affrontare un dilemma, consistente nell'essere subordinati alle strutture di potere ovvero essere emarginati da una presenza responsabile nella società nell'ambito di un ampio contesto conflittuale².

¹ Treves, R. (1987-1988), *Sociologia del diritto*, Torino: Giulio Einaudi Editore; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza; Ferrari, V. (2004), *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza; Ferrari, V. (2010), *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza; Febbraio, A. (2009), *Sociologia del diritto*, Bologna: Il Mulino; Damiani di Vergada Franzetti, E. (2022), *Sociologia del diritto e metodo (I) della ricerca empirica. A proposito di Morris L. Ghezzi, l'ultimo allievo di Renato Treves*. In Simonetta Balboni Ghezzi (a cura di) *Jura. Il pensiero di Morris L. Ghezzi attraverso le riflessioni e approfondimenti dei suoi allievi*, Milano: Mimesis.

² Treves, R., (a cura di) (1962), *Sociologi e centri di potere in Italia*. Bari: Laterza; Dahrendorf, R. (1963), *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari: Laterza; Tomeo, V. (1973) "Interpretare il conflitto", *Critica liberale*, 6, 144; Tomeo, V. (1981) *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano: Angeli; Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino, pp.291 ss; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza; Bilotta, B. (1999) (a cura di) *La giustizia Alternativa*, Torino: Giappichelli; Bilotta, B. (2008) (a cura di) *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè; Bilotta, B. (2013) *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa* in V. Tomeo, *Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di B.M. Bilotta, Soveria Mannelli: Rubbettino; Bilotta, B. (2014) (a cura di) *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.

La valorizzazione della professionalità e la promozione della partecipazione attiva dei docenti universitari alle attività di formazione e aggiornamento, di miglioramento dell'apprendimento e dell'insegnamento accademico, costituiscono un aspetto fondamentale non solo dal punto di vista dell'acquisita e rinnovata capacità critica e autocritica nei confronti della realtà sociale, ma anche e soprattutto sotto il profilo di un'acquisita autonomia e indipendenza delle istituzioni accademiche e dei docenti universitari dai centri di potere sociali, economici, politici e culturali³. Si tratta di una riflessione che trae spunto dall'analisi storico-politica delle istituzioni accademiche non soltanto Europee, in particolare durante i periodi di crisi politico-istituzionale in cui il personale docente ha dovuto affrontare forme diverse di repressione e di limitazione della libertà di espressione. Un tema presente nella recente storia europea, segnata da molteplici episodi di repressione intellettuale nei confronti del corpo docente universitario, spesso dolorosi, finanche tragici. Vere e proprie epurazioni che hanno colpito individui, in particolare ebrei, che per ragioni politiche, ideologiche o razziali venivano considerati una minaccia per il regime e, di conseguenza, esclusi dall'insegnamento⁴. Si tratta di aspetti di vivissima e pericolosa attualità, quando si assiste, a livello nazionale, sovranazionale europeo, internazionale e transnazionale, a una sempre crescente polarizzazione e contrapposizione di fronti interni ed esterni, alla creazione delle condizioni e dei presupposti ideali per ideare e giustificare severe e ampie limitazioni alla libertà di espressione del pensiero accademico. In questo senso la formazione, l'aggiornamento metodologico e il miglioramento della didattica universitaria trovano nella progettazione e nello sviluppo di centri di insegnamento e apprendimento "Teaching

³ Treves, R., (a cura di) (1962). *Sociologi e centri di potere in Italia*. Bari: Laterza.

⁴ Goetz, H. (2000) *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista*. Milano: La Nuova Italia; Boatti, G. (2001), *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*. Torino: Einaudi; Valabrega, P. (2014) *I dodici professori che non hanno giurato*. Atti del convegno tenutosi presso il Politecnico di Torino il 06 maggio 2014; Pelini F., Pavan I., (2024), *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*. Bologna: Il Mulino.

Learning Center” (TLC), nell'attuazione di progetti volti a garantire la qualità della didattica “Presidio della qualità d’Ateneo” (PQA), concepiti nell'ambito delle politiche di sviluppo universitario delle singole facoltà, validi strumenti per preservare gli obiettivi di autonomia e indipendenza delle università, le capacità critiche e autocritiche dei docenti universitari⁵. Si tratta di aree e iniziative tra loro distinte, la prima focalizzata sullo sviluppo di metodologie didattiche, sulle risorse e sul supporto per i docenti e gli studenti; la seconda mirata sulla verifica della qualità dell'insegnamento e dell'apprendimento attraverso l'analisi dei dati acquisiti. Iniziative e aree che, insieme all'istituzione in ogni ateneo di Dipartimenti di Educazione o Pedagogia (DEH), incaricati di supervisionare lo sviluppo e la valutazione di strategie, i programmi didattici, possono contribuire al progresso dell'innovazione didattica, della ricerca e dello sviluppo del corpo docente, in definitiva alla costruzione di una cultura accademica transdisciplinare condivisa⁶.

Non vi è dubbio che i mutamenti intervenuti nella società contemporanea abbiano visto il ruolo sociale connesso all’azione didattica e le funzioni delle istituzioni universitarie, trasformarsi in elementi di rilevanza strategica per il cambiamento, la conservazione di equilibri o squilibri “politici”, per l’acquisizione, il mantenimento, l’ampliamento di quote di potere materiale e simbolico, collettivo e individuale⁷: si tratta di aspetti estremamente delicati che richiedono la predisposizione di misure volte non solo a evitare i rischi di facili strumentalizzazioni o di sospette inattività in cui possono incorrere i docenti accademici e le istituzioni universitarie, ma anche a promuovere e costruire una forma di cultura accademica transdisciplinare

⁵ Lombardinilo, A. (2010) *Università: la sfida del cambiamento. Analisi delle riforme e società della conoscenza*, Soveria Mannelli: Rubbettino Editore; Lombardinilo, A. (2014) *Building University. In una società aperta e competitiva*, Chieti: Armando Editore.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Treves, R. (a cura di) (1962). *Sociologi e centri di potere in Italia*. Bari: Laterza; Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino, pp. 291 ss; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza.

condivisa, capace di preservare l'autonomia, l'indipendenza delle istituzioni accademiche e dei docenti universitari da centri di potere manifesti e/o occulti, di costituire un argine contro qualsiasi deriva repressiva, illiberale e liberticida.

2. Quali strumenti per la creazione di una forma di cultura universitaria partecipata: i TLC, i PQA, i DEH, i MOOC

In questa prospettiva la costruzione di una cultura istituzionale accademica transdisciplinare⁸ passa attraverso la valorizzazione della professionalità dei docenti, la partecipazione attiva alle attività di formazione e all'aggiornamento, il miglioramento dell'apprendimento e dell'insegnamento accademici. Il ruolo assunto dai "Teaching Learning Center" (TLC) e dai Presidi della Qualità d'Ateneo (PQA) nella formazione e nell'aggiornamento metodologico del corpo docenti, diviene uno strumento fondamentale non solo per assicurare il miglioramento della didattica universitaria, ma anche e di riflesso per la formazione di una cultura accademica specialistica transdisciplinare condivisa: iniziative che non possono assumersi isolatamente, ma che debbono collocarsi nell'ambito delle, e coordinarsi con le politiche di "Faculty Development" di ciascun Ateneo. In questo senso se i TLC e i PQA possono coordinarsi con le politiche di sviluppo d'ateneo per il miglioramento della didattica, non vi è dubbio che le politiche di sviluppo d'ateneo debbano a loro volta coordinarsi con le reti accademiche nazionali e internazionali, al fine di realizzare, mediante la creazione di "Digital Education Hub" (DEH), portali web capaci di raccogliere grandi quantità di "Massive Open Online Courses" (MOOC), corsi formativi e professionalizzanti online realizzati dalle singole università e messi a disposizione di tutti i potenziali utenti⁹.

⁸ Pennisi, C. (1998) *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, Torino: Giappichelli.

⁹ Lombardinilo, A., (2010) *Università: la sfida del cambiamento. Analisi delle riforme e società della conoscenza*, Soveria Mannelli: Rubbettino Editore; Lombardinilo, A., (2014) *Building University. In una società aperta e competitiva*, Chieti: Armando Editore.

Si tratta di aspetti e temi che sollevano importanti interrogativi e riflessioni circa la necessità di programmare e attuare strategie accademiche di medio e lungo periodo, comunque di portata sistemica, in grado di contribuire alla crescita della formazione della professionalità dei docenti universitari. In questa direzione si muove anche l’Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR) italiana, un ente, come avviene in altri paesi europei con istituzioni omologhe, il cui compito consiste nel valutare la qualità dell’istruzione superiore e della ricerca, verificando se le università, i corsi di studio programmati e la ricerca prodotta rispettino gli standard di qualità prefissati¹⁰. Le linee guida per il riconoscimento e la valorizzazione della didattica universitaria redatte dall’Anvur sostengono infatti che “i più recenti indirizzi strategici internazionali e nazionali in ambito accademico, richiedono la necessità di implementare, nell’ambito di sistemi strutturati unitari, la professionalità dei docenti attraverso la creazione di strutture apposite dedicate alla promozione, al riconoscimento e alla valorizzazione delle competenze accademiche”¹¹. Occorre tuttavia sottolineare come tale orientamento spesso si sia scontrato in Italia con politiche universitarie conservatrici e/o tradizionaliste, più spesso orientate a privilegiare, in relazione al tema della progressione in carriera e alle politiche di reclutamento del personale docente, l’ambito della ricerca piuttosto che quello della didattica. Sotto questo profilo appare necessario promuovere ogni iniziativa possibile volta a riconoscere alla didattica il medesimo *status* e valore riconosciuti alla ricerca, riequilibrando i livelli di sviluppo raggiunti da entrambe le dimensioni della *mission* universitaria.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Linee guida per il riconoscimento e la valorizzazione della didattica universitaria a cura del Gruppo di Lavoro dell’Anvur, maggio 2023, p. 4.

3. Ulteriori strumenti: il procedimento di *Peer Mentoring*, il Centro per l'innovazione e il miglioramento della didattica, l'istituzione di un Dottorato di ricerca e la realizzazione di un indicatore di Efficacia Formativa e il CRUI

Tra le iniziative possibili volte a migliorare ed innovare la qualità della didattica offerta dagli Atenei e dai docenti universitari in relazione alla creazione di un *habitus* culturale condiviso possono inoltre annoverarsi, l'introduzione di un procedimento di *peer mentoring* ovvero di tutoraggio tra pari. La costruzione di una relazione di supporto e guida posta in essere tra accademici che si trovano in fasi simili del percorso di studi o della loro carriera, basato sulla condivisione di esperienze e conoscenze tra pari, può costituire uno strumento ulteriore per la creazione di una forma culturale partecipata.

E ancora l'istituzione di un "Centro per l'innovazione e il miglioramento della didattica universitaria" (CIMDU) come avvenuto presso l'Università di Palermo, a stretto contatto con i vertici universitari, in linea con il Piano strategico d'Ateneo, dotato di un regolamento che lo riconosce come TLC, in stretta relazione con il *Peer Mentoring* sopra menzionato; un centro capace di ideare e realizzare iniziative volte a migliorare la formazione, la didattica, la professionalità, le conoscenze sulle metodologie didattiche dei docenti; a promuovere e sperimentare l'innovazione didattica come priorità strategica; a favorire la realizzazione a livello nazionale e internazionale di attività di ricerca, di progetti, di seminari e azioni; a condividere le buone pratiche accademiche; a favorire l'adozione di nuove tecnologie e dell'intelligenza Artificiale (AI) approfondendone limiti, potenzialità e rischi; un centro al contempo idoneo a potenziare le strategie di insegnamento centrate sullo studente; ebbene anche l'istituzione di questo centro, può costituire un valido strumento per la costruzione di un *habitus* culturale condiviso.

Ma anche l'istituzione di un Dottorato di ricerca in Tecnologie e metodi per la formazione universitaria, trasversale tanto tra i vari dipartimenti dell'Università di riferimento e delle relative facoltà, quanto ad altre

Università e relative facoltà, può costituire un efficace strumento per la realizzazione di un modello culturale comune tra docenti.

Da ultimo ancora, l'istituzione di un indicatore di "efficacia formativa" (EF), consistente nella rilevazione delle ore spese nell'attività di formazione per la didattica, in grado di evidenziare non solo l'effettiva capacità di intervento didattico a raggiungere gli obiettivi programmati producendo un apprendimento significativo, ma anche quanto l'insegnamento realizzato abbia influenzato i risultati attesi, consistenti nell'acquisizione da parte dei docenti di conoscenze, abilità e competenze, costituisce un ulteriore strumento per la realizzazione di un comune approccio culturale.

Non vi è dubbio che l'efficacia del sistema di formazione prospettato debba realizzarsi attraverso un'azione sinergica, sistemica tra i TLC e i PQA garantendo in tal modo la massimizzazione dei risultati attesi circa il livello e la qualità della didattica universitaria svolta. Occorre in questo senso abbandonare l'approccio volontaristico della formazione facendo invece proprio un metodo (μέθοδος dal greco *méthodos* da intendersi come la via per raggiungere un risultato) che sia il più possibile strutturato, capace di adattarsi alle necessità e alle tipologie degli interventi richiesti; ma non solo, perché occorre anche programmare con continuità momenti di riflessione, di condivisione e di scambio delle buone pratiche di formazione e di insegnamento didattico assunte a livello nazionale, sovranazionale, internazionale e transnazionale; un aspetto quest'ultimo estremamente delicato ai fini della costruzione di una forma culturale accademica transnazionale condivisa¹².

In questa prospettiva se l'organizzazione di manifestazioni come le giornate per la didattica innovativa costituiscono un'occasione per realizzare un momento di scambio e di confronto sui temi proposti e oggetto d'analisi; e ancora, se la promozione, l'organizzazione di iniziative in

¹² Lombardinilo, A. (2010) *Università: la sfida del cambiamento. Analisi delle riforme e società della conoscenza*, Soveria Mannelli: Rubbettino Editore; Lombardinilo, A. (2014) *Building University. In una società aperta e competitiva*, Chieti: Armando Editore.

condivisione con altri atenei rappresentano un'occasione per proporre un modello di riflessione congiunta sul ruolo dei TLC e la loro struttura, sui modelli di intervento per il riconoscimento e la valorizzazione delle competenze didattiche della docenza universitaria; e, da ultimo, se la costituzione di una rete italiana di TLC nell'ambito del tavolo di confronto costituito dalla "Conferenza dei Rettori delle Università Italiane" (CRUI), organo di coordinamento e rappresentanza delle università italiane, costituisce uno strumento di legittimazione delle buone pratiche universitarie; ebbene, tutte queste iniziative menzionate costituiscono altrettanti elementi idonei a delineare un perimetro culturale condiviso riferibile alla comunità scientifica accademica¹³.

4. Quali obiettivi attesi per le Istituzioni accademiche e i docenti universitari?

Se quello appena descritto costituisce il quadro generale di riferimento della formazione continua e del processo di apprendimento dei docenti universitari, degli strumenti specifici a disposizione delle Istituzioni accademiche, proviamo ora a considerare quali siano gli obiettivi attesi in relazione al funzionamento complessivo del sistema descritto così per le istituzioni come per i singoli docenti, alla luce del più ampio effetto consistente nella costruzione di una forma culturale transnazionale condivisa.

Sotto il primo profilo il sistema descritto favorisce la realizzazione di iniziative sistemiche per il miglioramento della didattica erogata dai singoli Corsi di Studio (Cds), anche attraverso la predisposizione e pubblicazione di bandi per la realizzazione di nuovi corsi. Si compie in tal modo una sorta di circolo virtuoso capace di promuovere la realizzazione di studi scientifici aventi ad oggetto non solo i programmi adottati da ciascun ateneo, ma anche ed in via comparativa quelli adottati da altre istituzioni accademiche

¹³ *Ibidem.*

nazionali, sovranazionali, internazionali e transnazionali; giungendo in tal modo a raccogliere e fornire informazioni utili per il miglioramento dell'attività didattica sia agli organi di governo accademici, che a quelli politico-istituzionali nazionali.

Sotto il secondo profilo invece il sistema descritto appare in grado di fornire non solo competenze di base ed aggiornamenti continui al personale docente, ma anche e soprattutto nuove professionalità e strumenti avanzati in favore sia dei docenti e dei ruoli direttivi come i coordinatori dei corsi di laurea, sia del personale che occupa ruoli semi-direttivi.

Si tratta di aspetti che producono importanti effetti sulle istituzioni accademiche e sul personale docente, sotto molteplici punti di vista come quello: deontologico, della motivazione, della partecipazione, della programmazione, del confronto, della didattica attiva, della consapevolezza dell'esistenza di intelligenze multiple, della comunicazione in funzione dello studente, dell'attenzione sistemica alla qualità didattica, della valutazione dell'insegnamento formativo e sommativo erogato, dell'istituzione di sessioni di "Peer Observation". Aspetti tutti che retroagendo in modo propositivo e fattivo sull'attività didattica prestata e/o da programmarsì ai fini della crescita professionale e del miglioramento della qualità dell'insegnamento, possono contribuire alla creazione di una forma culturale accademica condivisa propria di una "comunità" universitaria, quest'ultima intesa nel senso più ampio dell'accezione con cui può essere utilizzato il termine¹⁴.

Non vi è dubbio infatti che il tema della formazione e delle buone pratiche accademiche si riferisca anche a quei ruoli professionali universitari che, sebbene rientranti nella comunità accademica, tuttavia non risultano o non sono ancora strutturati in modo definitivo al suo interno, riferendoci in via esemplificativa ma non esaustiva ai cultori e alle cultrici della materia, ai

¹⁴ Cotterrell, R. (1995) *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press.; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza; Ferrari, V. (2004), *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 133.

dottorandi e alle dottorande di ricerca, ai borsisti e alle borsiste, agli assegnisti e alle assegniste, alle ricercatrici ed ai ricercatori, ai docenti a contratto e ai neo assunti, avuto ciascuno riguardo alle caratteristiche e alle specificità che li contraddistinguono. Figure professionali che si misurano con i medesimi temi e problemi sopra descritti riguardanti la formazione, l'apprendimento, la deontologia, la motivazione, la partecipazione, la condivisione, l'efficacia, il confronto, la didattica attiva, le intelligenze multiple, l'intelligenza artificiale, la qualità, la valutazione, lo studente. Si tratta anche in questo caso di aspetti con cui queste figure professionali parasubordinate entrano in contatto e si misurano, divenendo il comune terreno di confronto in cui si svolge il processo di creazione e condivisione di una cultura accademica transdisciplinare partecipata.

5. Conclusioni: la costruzione di una comunità accademica culturale

Non vi è dubbio che la prospettazione di obiettivi comuni tra i vari atenei, la maggiore forza nel proporre iniziative a favore della valorizzazione delle competenze delle professionalità dei docenti, l'investire in progetti che permettano una maggiore condivisione di buone pratiche, il lavoro congiunto per il monitoraggio e la valutazione delle azioni comuni, rappresentano e costituiscono importanti strumenti per la costruzione di una comunità intellettuale in cui riconoscersi e riconoscere i propri colleghi¹⁵.

Si tratta di aspetti che se dal punto di vista sociologico ed accademico evidenziano molteplici differenze tra esperienze, percorsi formativi e itinerari professionalizzanti, allora sottolineano anche immancabili punti di contatto, coincidenze ed uniformità. Prima tra tutte quella riguardante, in Italia, l'accesso alla professione accademica che prevede e richiede l'acquisizione di un'abilitazione scientifica nazionale, sebbene ancora per

¹⁵ Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.

poco¹⁶, nonché pregresse esperienze, e ancora l'essere stati esposti ad un un processo di socializzazione secondaria¹⁷ duraturo e penetrante (affiancamento al docente, cultore della materia, dottorando di ricerca, borsista post dottorato, assegnista di ricerca, ricercatore a tempo determinato o indeterminato, ecc..).

Si tratta di differenze che se non eliminano la comune sensibilità dei docenti, allora ancora una volta evidenziano un'unità di fondo, un comune *background* culturale, che suggerisce come il mondo simbolico dei docenti universitari costituisca il fattore caratterizzante la "comunità" accademica che la distingue e la rende capace di distinguersi da altre comunità intellettuali¹⁸. Una comunità che si caratterizza per una particolare forma culturale che riunisce e accomuna gli appartenenti ad essa, a prescindere dalle differenze sociali e professionali, ponendosi finanche al di sopra delle ristrette frontiere interne ed esterne che la contraddistinguono e la delimitano, un *habitus* mentale e intellettuale che presenta caratteri simili¹⁹.

¹⁶ La "Legge Gelmini", dalla Ministra dell'Istruzione dell'epoca Mariastella Gelmini, ufficialmente Legge 30 dicembre 2010, n. 240, è una riforma del sistema universitario italiano che ha introdotto importanti cambiamenti, tra cui l'istituzione dell'Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). L'ASN è un requisito, meglio sarebbe dire era, necessario per poter partecipare alle procedure di reclutamento come professore universitario di prima e seconda fascia ovvero come professore associato od ordinario. Di recente il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 19 maggio 2025, ha approvato lo schema di disegno di legge intitolato "Revisione delle modalità di accesso, valutazione e reclutamento del personale ricercatore e docente universitario", su proposta della ministra dell'Università e della Ricerca, Anna Maria Bernini che abolisce l'Abilitazione Scientifica Nazionale precedente introdotta, si attende quindi l'entrata in vigore della nuova normativa in tema.

¹⁷ Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino.

¹⁸ Cotterrell, R. (1995) *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 133.

¹⁹ Friedman, L.M. [1975] 1978 *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino: Bologna (ed. or. 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation); Friedman, L.M. (1994) *Is there a Modern Legal Culture? Ratio Juris*, 7, 2: 117; Nelken, D. (1997) *Comparing Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart; Nelken, D. e Feest, J. (2001) *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart; Pennisi, C. (1998) *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, Torino: Giappichelli; Crespi, F. (1998) *Manuale di sociologia della cultura*, Roma-Bari: Laterza; Gallino, L. (2000) voce "Cultura". In L. Gallino (a cura di), *Dizionario di sociologia*, Torino: Utet. 186-187; Ferrari, V. (2004)

Non vi è dubbio che si tratti di un ambiente intellettuale difficilmente classificabile o riferibile in termini sociologici ad una aggregazione sociale specifica, riuscendo persino difficile affermare che i docenti che condividono questo tipo di formazione culturale ed esperienza, costituiscano una classe, un'associazione, un'istituzione, un'organizzazione, e neppure la forma più semplice di collettività dotata di stabilità, un gruppo, e, ovviamente, neppure un ceto, accomunato dalla medesima cultura ed estrazione sociali²⁰. Infatti non può farsi a meno di rilevare come il numero dei docenti universitari non sia soltanto aumentato nel corso del tempo, ma abbia anche subito un processo disgregativo, di mobilità ascendente e discendente, che ha coinvolto tutte le classi sociali e che in molti paesi, fra cui l'Italia, appare oramai ben visibile²¹.

Nondimeno in questa prospettiva articolata e complessa coloro i quali in ambito accademico svolgono o partecipano ad attività formative e di insegnamento nei termini sopra descritti, possono essere definiti in modo unitario come una "comunità" accademica, un'espressione che designa in modo uniforme la molteplicità dei soggetti che svolgono la professione accademica, che ricoprono determinati ruoli, che assumono specifici *status* e posizioni sociali in ambito universitario. Si tratta di un'espressione generica e ampia che se evidenzia come gli esperti usciti dalle esperienze, dalle scuole e dai percorsi professionalizzanti in ambito accademico, non costituiscono un chiaro e ben definito raggruppamento sociale; che se evidenzia come i gruppi e i sottogruppi degli accademici non sono sempre e necessariamente composti da esperti; tuttavia sottolinea in modo

Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto, Roma-Bari: Editori Laterza, p.162.

²⁰ Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino; Weber, M. (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tubingen ed. it. 1974, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, 2 voll., Milano: Comunità (ed. or., 1904, Die "Objektivitat" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in Id. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. J. Winckelmann, Tubingen, J.C.B. Mohr, 1922, pp.146 ss.); Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 134.

²¹ Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 134.

altrettanto evidente l'esistenza di una "comunità" associata ad una ben determinata forma culturale che può definirsi come cultura specialistica accademica²².

Si tratta di riflessioni che sollevano importanti interrogativi circa il rapporto tra il modo di pensare degli accademici e la specifica forma culturale ad essi associata: tanto sotto il profilo dell'influenza reciproca tra modo di pensare e la cultura specialistica di riferimento, quanto sotto il profilo dell'individuazione di uniformità riguardanti il modo di agire e quello di pensare²³: aspetti che potrebbero costituire oggetto di un'attenta indagine teorico-empirica sulla scorta delle molteplici iniziative volte a garantire la valorizzazione della professionalità e la promozione della partecipazione attiva dei docenti universitari alle attività di formazione e aggiornamento, di miglioramento dell'apprendimento e dell'insegnamento accademico. Non vi è dubbio che questo *background* culturale possa fornire e in effetti fornisca una chiave di lettura, di spiegazione e di comprensione delle relazioni sociali connesse all'ambito accademico. Una forma culturale condivisa che se individua modelli di comportamento e linee di azione capaci di prevenire, gestire, risolvere temi e problemi che si manifestano in questo particolare ambito sociale, tuttavia non elimina il conflitto che lo caratterizza²⁴.

²² Cotterrell, R. (1995) *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press; Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p.134.

²³ Damiani di Vergada Franzetti, E. (2023) *L'ideologia della magistratura nei discorsi dei Procuratori Generali presso la Corte di Cassazione*, Torino: l'Harmattan Italia.

²⁴ Treves, R., (a cura di) (1962), *Sociologi e centri di potere in Italia*. Bari: Laterza; Dahrendorf, R. (1963), *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari: Laterza; Tomeo, V. (1973) "Interpretare il conflitto", *Critica liberale*, 6, 144; Tomeo, V. (1981) *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano: Angeli; Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino, pp.291 ss; Ferrari, V. (1997), *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza; Bilotta, B. (1999) (a cura di) *La giustizia Alternativa*, Torino: Giappichelli; Bilotta, B. (2008) (a cura di) *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè; Bilotta, B. (2013) *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa in V. Tomeo, Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di

Ma vi è di più poiché questo *habitus* mentale può costituire secondo le modalità di costruzione e condivisione descritte, un valido strumento per acquisire una rinnovata capacità critica e autocritica nei confronti della realtà sociale, ma soprattutto per acquisire una maggiore autonomia e indipendenza delle istituzioni accademiche e dei docenti nei confronti dei centri di potere sociali, economici, politici e culturali²⁵. Un aspetto quest'ultimo che se trae spunto dall'analisi storico-politica delle istituzioni accademiche non soltanto Europee, in cui il personale docente, in particolare ebrei, ha dovuto affrontare forme di repressione e di limitazione della libertà di espressione, allora dimostra aspetti di vivissima e pericolosa attualità quando, ancora oggi si assiste, a forme di boicottaggio di collaborazione con le università israeliane, aspetti che, seppure in tempi diversi, evidenziano il susseguirsi di eventi secondo un copione tristemente e tragicamente a tutti noto. Occorre in questo senso impegnarsi, tutti, nella creazione di un modello di cultura accademica condivisa e tollerante a livello nazionale, sovranazionale europeo, internazionale e transnazionale, occorre creare i presupposti e le condizioni per evitare, come avvenuto in passato e come purtroppo avviene ancora oggi, severe e ampie limitazioni della libertà di espressione e di condivisione del pensiero accademico.

Riferimenti bibliografici

Bilotta, B. (1999) (a cura di) *La giustizia Alternativa*, Torino: Giappichelli.

Bilotta, B. (2008) (a cura di) *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè.

Bilotta, B. (2013) *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa* in V. Tomeo, *Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova

B.M. Bilotta, Soveria Mannelli: Rubbettino; Bilotta, B. (2014) (a cura di) *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.

²⁵ Crespi, F. (1998) *Manuale di sociologia della cultura*, Roma-Bari: Laterza; Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 133.

edizione a cura di B.M. Bilotta, Soveria Mannelli: Rubbettino.

- Bilotta, B. (2014) (a cura di) *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.
- Boatti, G. (2001) *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*. Torino: Einaudi.
- Cotterrell, R. (1995) *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press.
- Crespi, F. (1994) *Le vie della sociologia*, Bologna: Il Mulino.
- Crespi, F. (1998) *Manuale di sociologia della cultura*, Roma-Bari: Laterza.
- Dahrendorf, R. (1963) *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari: Laterza.
- Damiani di Vergada Franzetti, E. (2022), *Sociologia del diritto e metodo (I) della ricerca empirica. A proposito di Morris L. Ghezzi, l'ultimo allievo di Renato Treves*. In Simonetta Balboni Ghezzi (a cura di) *Jura. Il pensiero di Morris L. Ghezzi attraverso le riflessioni e approfondimenti dei suoi allievi*, Milano: Mimesis.
- Damiani di Vergada Franzetti, E. (2023) *L'ideologia della magistratura nei discorsi dei Procuratori Generali presso la Corte di Cassazione*, Torino: l'Harmattan Italia.
- Ferrari, V. (1997) *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Ferrari, V. (2010) *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Ferrari, V. (2004) *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Febbraio, A. (2009) *Sociologia del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Friedman, L.M. [1975] 1978 *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino: Bologna (ed or. 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation).
- Friedman, L.M. (1994) Is there a Modern Legal Culture? *Ratio Juris*, 7, 2: 117.

- Gallino, L. (2000) voce “Cultura”. In L. Gallino (a cura di), *Dizionario di sociologia*, Torino: Utet.
- Goetz, H. (2000) *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista*. Milano: La Nuova Italia.
- Lombardinilo, A. (2010) *Università: la sfida del cambiamento. Analisi delle riforme e società della conoscenza*, Soveria Mannelli: Rubbettino Editore.
- Lombardinilo, A. (2014) *Building University. In una società aperta e competitiva*, Chieti: Armando Editore.
- Nelken, D. (1997) *Comparing Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart.
- Nelken, D. e Feest, J. (2001) *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart.
- Pelini, F., Pavan, I., (2024) *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*. Bologna: Il Mulino.
- Pennisi, C. (1998) *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, Torino: Giappichelli.
- Tomeo, V. (1973) “Interpretare il conflitto”, *Critica liberale*, 6, 144.
- Tomeo, V. (1981) *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano: Angeli.
- Treves, R. (a cura di) (1962). *Sociologi e centri di potere in Italia*. Bari: Laterza.
- Treves, R. (1987-1988), *Sociologia del diritto*, Torino: Giulio Einaudi Editore.
- Weber, M. (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tubingen ed. it. 1974, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, 2 voll., Milano: Comunità (ed. or., 1904, Die “Objektivitat” sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in Id. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. J. Winckelmann, Tubingen, J.C.B. Mohr, 1922, pp.146 ss).
- Valabrega, P. (2014). *I dodici professori che non hanno giurato*. Atti del convegno tenutosi presso il Politecnico di Torino il 06 maggio 2014.

When social conflict takes over the skies

A socio-legal perspective on reduced accessibility
driven by the low fare business model in air transportation

di Francesco D'Amico*, Antonio Dimartino**

Summary: 1. Excluding to and from rights. 2. The status quo of air travel. 3. Untangling the phenomenon. 4. On the reduced accessibility. 5. Without exhaustive claims.

Abstract: From its inception, commercial air transport has been on the rise, and only exceptional events such as COVID-19 have managed to slow down growth rates. Over its development, this branch of transportation has adapted to several niches, adapting business models and even aircraft types/configurations accordingly. Two leading business models presently exist, and hybrid models have also been reported in the airline market: each model fills a very specific operational niche. However, after a detailed analysis of transportation procedures and requirements, it has become clear that a major gap in regulation leads to situations where certain passenger categories are *de facto* excluded from air travel. Based on the main fundamentals of social rights, as well as modern approaches for the evaluation of social conflict, this work highlights how the legitimacy behind

* Francesco D'Amico, ora dottorando di ricerca del XXXVIII Ciclo presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche e l'Università della Calabria, ha oltre un decennio di esperienza nel settore del trasporto aereo commerciale. È autore dei paragrafi 2, 3, 4.

**Antonio Dimartino è cultore della materia in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza, economia e sociologia (DiGES) dell'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro. È autore dei paragrafi 1, 5.

the coexistence of multiple airline business models in the free market cannot prevent the requirement for just and well-defined regulations in air transportation ensuring the right to fly to nearly all passenger categories, thus satisfying many critical travel needs. Without such regulations, the skies become a “savage space”, a field of battle of a new form of social conflict where the principle of the strongest prevails. Without a proper understanding and management of this conflict, the final outcome is tangible: the exclusion – or the reduction – of the legitimate right to mobility for entire passenger categories, many of which are affected by specific medical conditions.

Keywords: air transportation, air regulation, human rights, right to travel, social conflict, reduced accessibility.

1. Excluding to and from rights

Conflict is conflict, something whose existence needs to be recognized. At both the national and international scale, growing interest has been reported with respect to studies on social conflict.

This work, based on an evaluation of the current key debates on the topic, also including an analysis of the framework of the social conflict phenomenon already discussed in previous articles, is set to confirm that conflict is a basic form of interaction between humans.

This article hereby shows, via an approach accounting for specific dynamics in air transportation – of which D’Amico is an expert – an innovative means of providing new insights on a phenomenon. My introduction remains focused on a line of research meant to address social differences, exclusion to and from rights, and conflicts of various types based on social, anthropological, philosophical and legal grounds.

The issue addressed in the forthcoming paragraphs underlines the exclusion to and from rights, for certain passengers, caused by the aim to

minimize operational costs in air transportation. D'Amico highlights, for the first time, a particular form of present day social conflict, which is funded on the increase of “low cost” flights which in turn causes a reduction in cargo shipments and the right to travel of specific passenger categories. This topic is of particular interest, as it leads to question on whether a “right” in this field actually exists, but more importantly, it underlines the presence of injustice in the sector of air travel.

How are we supposed to discuss the elimination of injustice, and the push towards justice? For instance, we may recall some of Raymond Boudon's thoughts in *Sentimenti di giustizia*, especially in the effort of underlining the importance of justice in social interactions: there's nothing that can provoke indignation more than injustice.

The call for justice – as explained by the French sociologist – is not limited to occurrences such as private companies where, for example, practices driven by injustice are intentionally aimed at an employee, thus forcing them to roles they do not like, or paying them inadequately, but is also revealed in the broader context of society, when powerful and uncontrollable mechanisms drive – sometimes, as a side effect – forms of injustice.

One leading example would be medical sciences and their progresses: although the average citizen can all but gain from advances in medicine and related fields, this is counterbalanced by a “healthcare system” characterized by more complexity and increased costs, thus leading to unequal distribution of cures and the consequent lack of equal treatment for all patients. All of this demonstrates that progress can be a source of injustice¹. Based on this pattern, in fact, D'Amico shows that the “progress” marked by an increase in budget airline flights, sometimes due to state aid and subsidies, leads to inequalities and is therefore a source of injustice.

¹ R. Boudon, *Sentimenti di giustizia*, il Mulino, Bologna 2002, pp. 7-8.

Boudon has many relevant remarks on the broader topic of injustice:

Why, depending on the situation, we perceive justice or injustice, legitimacy or illegitimacy? In the majority of cases, we cast no doubt on our verdict: there indeed are situations that drive in us a very strong sentiment of injustice; we are certain that our sentiment is founded; we are also driven to believe that most of the individuals around us would have a verdict identical to our own. Why do we have this feeling, and why are we certain? We think so because we believe our sentiment must be shared by the others?²

Social sciences, in this regard, have proposed many theories attempting to explain why individuals consider a given situation just or unjust, legitimate or illegitimate³. However, as explained by Boudon, the sentiments of justice, although representative of key social phenomena, are certainly among those that this field has more issues trying to evaluate adequately.

One possible, leading explanation is found in Boudon's work:

A cause of this disappointing situation is that theories of justice are, in most cases, philosophical in nature. Their goal is, in other terms, founded on norms: they are set to determine what is good and what is bad, what just or unjust, what has to be done, instead of explaining why people perceive certain situations as good or bad, right or wrong or coherent with respect to what must or should be done.⁴

Fabio Macioce acknowledges the presence of a multitude of distinct definitions of justice, as well as the fact that many of the leading theories on law and moral have tried, over time, to explain the relationship between law and justice, a relationship which we are also attempting to explain.

² Ivi, pp. 10-11.

³ *Ibidem*.

⁴ Ivi, p. 87.

The intended purpose is acknowledging justice as a fundamental human need, grounded on historical and social truths; this attempt is made despite the fact that many attribute justice to a concept which cannot be determined rationally, or that human reasoning is not capable of properly understanding its actual principles⁵.

This fundamental aspect requires a meticulous evaluation of the behavior of human beings which, as the hard lessons from history indicate, has never stopped pursuing justice, without neglecting an additional aspect: that of human beings capable and willing to judge the actions of ruling powers, laws, and even their own behaviors in terms of justice. Concerning this, Macioce further reports that:

If, despite everything, human beings attempt to strengthen their expectations of justice, this need, no matter how irrational, *actually affects* law, as well as choices based on the interpretation laws, and political decisions. All of law, whether it is in its pure form or its interpretations by institutions, is deeply affected by the “demand” for justice, and the need for justice by individuals.⁶

Macioce thus opens the demand for justice – which is also acknowledged by D’Amico, despite the latter not being a philosopher or sociologist – to ultimately report that human beings actively try to consolidate their pursuit of justice, at times even in irrational terms, and these choices ultimately affect law. All of law is affected by the demand for justice.

This is a core issue that leads to broader assumptions on the nature of human existence and the topic of coexistence. «Justice guarantees the possibility of establishing, in general, any form of social coexistence and, first among all, coexistences of economic and political forms» is a firm claim by Francesco D’Agostino, who elaborates further in saying «in the broader

⁵ F. Macioce, *Giustizia. Un bisogno umano fondamentale*, in *Dimensioni del diritto*, A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), Giappichelli, Torino 2019, p. 3.

⁶ Ivi, p. 4.

sense, and acknowledging the applicability of post-classical metaphors, it is possible to define *law* as the multitude of social practices meant to *legally* shape coexistence, thus ensuring justice». D’Agostino also specifies that it is due to similar connections with justice that Kant, in his *Lezioni di etica* work, defines law as *sacred* and also quantifies it, in *Pedagogia*, as *Augapfel Gottes auf Erden*, meaning “God’s pupil on the Earth”⁷.

Why these remarks, if D’Amico actually presents us with a topic based on choices driven by the free market and the right to travel? The right to travel, assuming it has ever been a true right across the world, seems to be compromised - as will be discussed in detail - for certain types of shipping and passengers. The answer, which may seem surprisingly simple and leads back to the “operational cost reduction” dogma, does not convince us. The broader landscape we are observing lacks a detailed analysis on the increase in the number of passengers which has occurred in the past few decades, as well as air transport’s deregulation processes, although institutions such as the European Union had to intervene more than once to ensure fair passenger rights in case, among other things, of cancellations and delays.

This example highlights a real problem pertaining to the primary sentiment of injustice; a problem that must be dealt with based on the ideas by the economist and philosopher Sen:

In order to understand the world, our own and immediate perceptions are not sufficient. Thought is required for a proper understanding. What we feel and what we believe we see needs to be “read”: we have to ask ourselves what these perceptions are indicating and what can be done to account for them without being overwhelmed. Each occurrence needs to be evaluated with respect to the reliability of our feelings and our impressions. A feeling of injustice can constitute a signal leading us to act, but each signal needs to be

⁷ F. D’Agostino, *Giustizia. Elementi per una teoria*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2010, p. 15.

critically evaluated, and the validity of conclusions based on signals only needs to be verified at all times.⁸

2. The status quo of air travel

The air transportation sector has experienced considerable increases over time in terms of passenger figures, number of flights, services and routes available to customers: ever since the first commercial flights over one century ago, air transportation has been on a nearly constant rise⁹. Only major events affecting travel on a global scale, such as the Covid-19 outbreak¹⁰, have been able to slow down the notable increase.

That this branch of transportation is reaching unprecedented levels is now clearly demonstrated by the extent of worldwide air traffic: on June 7th, 2024 the popular flight tracking service *flightradar24.com*, which allows any user to monitor non-sensitive flight data, announced that for the first time ever more than 23000 flights were being tracked all over the world at the same time, marking a true milestone.

The success of air travel has also marked a substantial change in the perception of travel times and distances in present day society. Never before in the history of humanity were approximately 24 hours of travel sufficient to reach any place in the world, an achievement holding major implications on tourism, cultural exchange, and economic growth at various scales.

Over time, aircraft designs have been adapted to specific niches in terms of operating ranges and purposes, as the difference between narrow-body (NB)¹¹ aircraft operating short-to-medium range routes and wide-body (WB) aircraft meant for long haul routes became a prominent factor driving

⁸ A. Sen, *L'idea di giustizia*, Oscar Mondadori, Milan 2011, p. 4.

⁹ D. Oxley & C. Jain. Chapter 1.4 – *Global Air Passenger Market: Riding Out Periods of Turbulence*. Travel and Tourism Competitiveness Report 2015. International Air Transport Association. World Economic Forum 2015.

¹⁰ S. Albers & V. Rundshagen. *European airlines' strategic responses to the COVID-19 pandemic (January-May, 2020)*. Journal of Air Transport Management, 2020.

¹¹ These are also referred to as “single aisle” aircraft.

the development of new designs¹². Due to safety concerns, certain long haul routes such as the North Atlantic air corridors were, for a long time, restricted to four-engine wide-body aircraft: it took the introduction of ETOPS (Extended-range Twin-engine Operational Performance Standards) to ensure that even two-engine aircraft were safe enough for such routes, a significant leap that had an enormous impact of intercontinental flights¹³. In fact, most transatlantic flights are now fully operated by twin-engine aircraft and some of this niche is now in the process of being filled by extended range (ER) versions of narrow-body aircraft, such as A321NEO variants now capable of extended short haul operations¹⁴.

Aircraft designs aside, one of the main factors leading to the implementation and further differentiation in what could be considered the two main niches of air travel – based on a pure business model criterion – is the appearance of low-cost (or “low fare”) carriers (referred to as LCC for the remainder of this paper). These airlines specialized in lowering ticket prices by making some of the services normally ensured by traditional, “full service” or Legacy airlines (referred to as “Legacy” for the remainder of this paper) optional, pending the payment of extra fees, or even totally absent¹⁵. This formula has been extremely successful in short haul sectors, where the need to rely on services such as checked baggage, onboard meals and seat selection was not as necessary as in long haul routes¹⁶. The effectiveness of lower ticket prices has therefore ensured a remarkable increase in the number of passengers, a push towards higher figures which continues to this

¹² C. Lanier Benkard. *A Dynamic Analysis of the Market for Wide-Bodied Commercial Aircraft*. The Review of Economic Studies, 2004.

¹³ J. DeSantis. *Engines Turn or Passengers Swim: A Case Study of How ETOPS Improved Both Safety and Economics in Aviation*. Journal of Air Law and Commerce 2013.

¹⁴ C. Miyoshi & R.J. Molina-Prados. *Measuring the impact of long-haul low-cost carriers on lowering fares: A quasi-experimental design to assess the pre-COVID market*. Transport Policy, 2022.

¹⁵ V. Majerová & M. Jirásek. *Flying high on low cost: Success in the low-cost airline industry*. PLoS ONE, 2023.

¹⁶ D. Mc. A. Baker. *Service Quality and Customer Satisfaction in the Airline Industry: A Comparison between Legacy Airlines and Low-Cost Airlines*. American Journal of Tourism Research, 2013.

day: modern airframes are now designed with efficiency in mind and the need to maximize profit per cabin seat; furthermore, one of the extra goals is the reduction of fuel consumption via specifically optimized engines and aerodynamics. The need to reduce costs and increase profit margins is such that reducing travel times is no longer a priority: though newer aircraft are meant to use less fuel compared to their predecessors¹⁷, they have much longer engine startup sequences which result in slightly longer travel times. Even airports have adapted their boarding gates to the LCC model, with pre-boarding and pre-queue areas meant to minimize the boarding times of LCC flights. This demonstrates that the success of the LCC model has a number of implications not only on air travel, but also on infrastructures.

Although different business models have their own right to exist in a free market, a major drawback linked to the gradual shift from Legacy to LCC in short haul routes has occurred: due to an apparent lack of regulation on certain key services, some of which might be argued as mandatory on moral grounds, the push towards lower prices has essentially cut off entire categories of passengers and services from many routes. Furthermore, some of these changes from Legacy to LCC airlines were at least partially driven by subsidies and state aid, an occurrence that is hereby mentioned but does not constitute the core of the issue. What is more surprising is that the broader issue of reduced accessibility is severely understudied not only in terms of extent and nature, but also in terms of economic and social consequences for present day society.

One possible explanation for the lack of substantial research and investigation on this regard may be related to the complexity of the topic for the perspective of non-experts. From the perspective of the general public, air travel is now more affordable, and media reports very often remark on increasing figures in terms of passenger volumes. The possibility that these

¹⁷ Z. Bagdi, L. Csámer, G. Bakó. *The green light for air transport: sustainable aviation at present*. Cognitive Sustainability, 2023.

increases may be closely tied with a poorer service does not seem to be the main focus of the general public.

Considering passenger figures alone as an indicator of air transportation's growth, "health", and efficiency is easy but intrinsically flawed. The analysis does not account for Legacy airlines using travel classes other than Economy/Coach on their airplanes, thus leading to the absurdity by which converting four Economy seats into a First class seat would be a "loss" in terms of capacity; it does not account for intercontinental routes and their longer travel times, thus making LCC airlines operating short haul route only apparently more "efficient"; more importantly, at no point does it consider the impact on certain passengers whose mobility is reduced (PRM, Passenger with Reduced Mobility) or other categories of passengers whose access to air transportation is reduced, or stopped entirely. These are the main reasons why the topic should be subject to socio-legal evaluation, in accordance with the premises by Dimartino from the previous chapter.

3. Untangling the phenomenon

Prior to the analysis of the affected categories, the topic needs to be addressed in a way that would explain why these changes occurred, and how they're so predominant right now. In principle, no airline would exclude a given passenger for their flights, unless said passenger poses a major safety or security issue: airlines are companies pursuing profit, therefore in absolute terms there is no reason why a number of potential customers should be prevented from flying. The reason why it happens is justified in purely operational terms: a customer would only be undesirable if they created costs that outweighed their revenue. That is, given a revenue X and cost Y from a customer, accepting them does not make operational sense if Y is greater than X .

The LCC model is largely based on reducing operating costs by minimizing services: managing connecting passengers, for example, requires *ad hoc* procedures, extra personnel, and more risks related to

disruptions, as the airlines failing to ensure connections are required by law to compensate the passengers adequately¹⁸. Based on the business model and demand, an airline can simply decide not to manage connections, thus limiting the number of passengers its services are aimed at. Without considering a number of sporadic exceptions, there are no legal requirements ensuring that airports *A* and *C* should be adequately connected via *B* in the case that they do not have direct flights: therefore, a Legacy airline or LCC requesting to operate the same routes have identical chances to succeed at obtaining the permissions to operate said routes, in the name of the free market. Furthermore, as Legacy carriers normally tend to accept cargo while LCCs don't, a shift in operating airline also results in changes in the availability of shipping on a given route.

In a world where governmental influences over businesses and the economy are oftentimes debated, a compromise has to be found between the need to let the market control and improve itself, and the broader interests of society and consumers. Excessive governmental control would effectively prevent improvements driven by competition, while pure deregulation would lead to questionable practices aimed exclusively at profit. Some of these practices, such as those described in this work, may even be neglected by media and research.

The world of aviation is already facing issues that are the result of unclear balance between the two factors. One remarkable example of a total regulation gap is the so-called “Pay to Fly” policy, a controversial business framework by which pilots would pay the airline to fly and obtain much needed extra qualifications, or fly for months to minimal wages to cover the expenses of said certifications¹⁹.

¹⁸ European Union, Regulation (EC) No. 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance).

¹⁹ Y. Jorens, D. Gillis, L. Valcke, J. De Coninck. *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Social Dialogue European Commission, Ghent, Belgium, 2015.

The broader point is that, in terms of a pure cost-to-advantage logic, offering certain services is not compatible with business models aimed at reducing ticket prices as much as possible. From the perspective of ground operations, an LCC tends to minimize the so called “turnaround” time, which is the amount of time spent between two consecutive flights: all operations related to disembarkation, unloading, refueling, boarding and reloading, as well as the necessary paperwork and safety/security checks, are performed during the turn around procedure. The exact same aircraft type may be subject to turn around times differing by as much as 40%, depending on the business model of the airline operating them; needless to say that reducing turnaround times optimizes operational performance and profit, but it must also be compatible with the standard procedures applied by the airline itself. Accepting cargo and/or certain categories of passengers has a direct consequence on turnaround times, potentially up to the point where they would lose their competitive edge.

In addition to that, LCCs organize their entire infrastructure to reflect a business model centered on simplicity, low ticket prices and short turnaround times²⁰: this goes from applying a pure “point to point” model, where tickets are separate and there’s no such thing as a connecting flight, to adapting the entire logistics line to the model itself, including employed DCS (Departure Control Systems)²¹. Remarkable differences are also present in terms of personnel: a simple model requires fewer agents, which in turn results into lower costs.

When it comes to the customer, which is a vital part of the entire sector, choices are based on schedules, routes served and ticket price²²: as of today, there’s no indication whatsoever that the air transportation sector is based

²⁰ O’Kelly M.E., Park, Y. *Contrasts in sustainability between hub-based and point-to-point airline networks*. Sustainability, 2023.

²¹ Programs used in airports to manage and handle flight figures and data.

²² M. Kos Koklic, M. Kular-Kinney, S. Vegelj. *An investigation of the customer satisfaction with low-cost and full-service airline companies*. Journal of Business Research, 2017.

on airlines' willingness to serve as many categories of passengers as possible. People will simply choose what's more convenient for them, and if the choice keeps falling on LCC, the market will adapt accordingly. In fact, it's no secret that short haul in markets such as Europe are nearly monopolized by LCCs, with Legacy carriers relying largely on the hub-and-spoke model to feed long haul flights and, vice versa, long haul flights providing passengers to the short haul network²³.

Is it appropriate to define this major shift in accessibility as a social conflict, driven by the choices of the many against the personal needs of the few? The premise by Dimartino, combined with the technical details on air transportation and its management, go in that direction. The results of this conflict are also tangible: a more detailed description of its impacts and socio-legal consequences will be described in the next chapter.

4. On the reduced accessibility

The previous chapters have provided an explanatory framework concerning shifts in the accessibility of services in air transportation, driven by changes – oftentimes actively influenced by governments via state aid and/or subsidies – in service availability across domestic and international networks. This chapter of the work describes a number of services directly impacted by these changes and some of their socio-legal implications, without addressing country-specific laws²⁴.

As more attention is focused globally on animal rights, and pets have gained access to more services thanks to the pressure and effort of entire associations devoted to the topic of enhanced synergy between humans and pets in numerous environments, the aviation sector also frequently covers

²³ A. Magdalina & M. Bouzaima. *An empirical investigation of European airline business models: Classification and hybridization*. Journal of Air Transport Management, 2021.

²⁴ F. D'Amico. *A call for more detailed commercial aviation statistics in media reports*. Journal of Aviation, 2025.

the need to travel with animals up to the size of large dogs. One typical example would be going on vacation with pets. In operational terms, loading a living animal into an aircraft hold requires time, special care, specific equipment, a pressurized hold, all requirements that may not match generic LCC practices, though exceptions can occur. Alternatively, small pets can board the airplane alongside their passenger and travel with them, as per specific restrictions (*e.g.*, the overall number of pets on a given flight has to be limited and they generally cannot sit together). In the case of a Legacy route replaced by an LCC, the service becomes compromised, thus leading those traveling with pets to completely change their plans and even rely on other means of transportation, which may seem sustainable at first (*e.g.*, trains) unless considerable travel times are involved. This tendency is in contrast with any other context in present day society, where pets are recognized nearly to the status of official companions for their owners.

In this work, references have been made to limited cargo shipping. This issue may not be relevant for the broader public, however there are many important – and generally neglected – implications when this service is interrupted or severely limited. In fact, Legacy airlines can accept human remains and specific types of organs for rapid transportation between two airports: both services have a direct social implication, as the former would allow the loved ones of the deceased to proceed with funerals and other services in reasonable amounts of time, while the latter would ensure that more lives are saved, making up for the unavailability of government-operated fast means of transportation. Even in this case, there are no known legal requirements to maintain these services, especially when the alternatives would be inherently inefficient (*e.g.*, maritime shipping to and from islands). This example once again underlines the presence of a paradox in a sector generally characterized by rapid growth and more advanced technologies.

The examples reported above may constitute a niche, however the main “victims” of the social conflict taking over the skies are individuals with

disabilities, or PRM as per the aviation jargon. While generally speaking, PRMs are allowed on any flight and regulations exist to ensure at least minimal rights in that regard, many categories of PRM cannot board LCC flights, thus leading to a major issue in the right to fly and ensure accessibility to the physically impaired. Some LCCs also apply restrictions to the number of PRMs on any given flight, while Legacy carriers operating the exact same aircraft types would accept any number on board. Passengers on stretchers, which require ad hoc procedures to be treated and transported, face the challenges of LCC airlines which completely lack cabin configurations suitable for these occurrences, thus forcing these passengers to rely on extremely expensive alternatives.

Unaccompanied minors are also heavily affected by the reduction in Legacy airline routes, as LCC airlines do not tend to accept them unless an older relative has paid to fly with them. The unaccompanied minor service requires extra personnel and care due to the numerous legal requirements of the service, but allows commercial airplanes to provide a safe means of transport to families facing issues.

Alongside specific passenger categories, a broader audience of customers is also severely damaged by unregulated shifts in the airline market. While the replacement of any given route from the Legacy to the LCC type may seem beneficial to those passengers who travel between the two cities served by the route itself, those relying on connections to reach places not served by direct flights need to face the pitfalls of a dominant “point to point” policy, which causes them to have very limited rights in case of delays, mishandled baggage, and other forms of travel disruptions. Although exceptions are present, the LCC model is generally not capable of managing connections, thus leading to another paradox by which some destinations are no longer served in the way they used to be. This example provides a clear insight into the topic addressed by this paper: the choices of the many, in this case the passengers travelling from A to B and willing to minimize

their expenses, damage directly those traveling from A to C via B, who now travel with fewer rights.

Following the description of categories affected by partial or even total travel restrictions that would compromise the on-time performance of an operating airline, *i.e.* the LCCs which have adapted their allowances based on their own business model, legitimate questions arise on the consistency of these restrictions on a much wider scale, with a focus on regulations and the need to ensure equal rights in a world where technology has made such tremendous strides.

As of today, there's no sign – at least in Europe – of regulations that require certain services to be honored for certain slots²⁵. In fact, slots are interchangeable between airlines, pending regulatory approval, but there are no tangible requirements to honor certain services and/or distribute slots in key routes between LCC and Legacy airlines. This means that under precise conditions driven by the market, and therefore by the form of social conflict described in this paper, entire routes may be excluded by special service coverages.

5. Without exhaustive claims

The present work did not pretend, even from its inception, to have exhaustive claims. Instead, the idea was to provide a new insight into the relationship between law and society. This relationship has been discussed based on a modern form of social conflict, the one underlined by D'Amico in practical terms as the exclusion to and from rights of select categories of passengers from air travel based on the reduction of operating costs. This is a peculiar form of modern social conflict, tied to the push – oftentimes based on subsidies and state aid – to increase passenger figures and low cost flights. This apparent form of “progress” and “notable results”, however

²⁵ In commercial aviation, slots are the rights to serve two airports A and B at a given time, and with a given schedule. Airlines own slots, which are to be considered a property.

results in the right of travel being compromised for select passenger categories.

With all of these remarks, especially when considering the notions and thoughts expressed above, it becomes clear that the context of social conflict in modern society cannot be addressed without a clear reference to Ralf Dahrendorf's thoughts: in order to achieve progress, says the author, conflict is not only necessary but is also something that must not be hindered.

The German sociologist, therefore, leads us firmly towards an evaluation of social conflict as a fundament of society, underlining that

as factors in the process of social development and change as time goes by, conflicts are profoundly necessary. There where conflicts are absent, and where they are hindered or partially resolved, change is slowed down or outright stopped. There, where conflicts are recognized and regulated, change retains a process of gradual development.²⁶

Based on these premises, conflicts are a vital factor in society, also considering that conflict in general is a key element of life as a whole²⁷.

Dahrendorf's thoughts in *Il conflitto sociale nella modernità* are even more interesting from this regard, as the author evaluates the typical human pursuit of wealth as a contrast with justice. Modern social conflict is between those who want to increase their wealth and those who want civil rights to come first.

«Conflicts must be evaluated as real things»²⁸, says the author firmly and decisively, summing up the entire argument, and also claims that

²⁶ R. Dahrendorf, *Pfade aus Utopia*, Piper, München 1967, trad. it. di G. Panzieri, *Uscire dall'utopia*, il Mulino, Bologna 1971, p. 233.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ R. Dahrendorf, *The Modern Social Conflict. An Essay on the Politics of Liberty*, Weidenfeld & Nicolson, New York 1988, trad. it. di Michele Sampaolo, *Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 188.

societies seem to have a never-ending fantasy for the means by which they express tensions and antagonisms. Street battles and violent strikes, elections and harsh debates on wages, collective and individual mobility are all ways to show the same forces behind these actions. Today, we have an extra variable. Conflicts do not show up as frontlines in a revolutionary war, or in a class action war within a democracy, but they show up as anomie.²⁹

Therefore, as remarked by Alberto Izzo, Dahrendorf «refuses the functionalist scheme that found the society upon equilibrium and consensus», also saying that «conversely, conflict is vital for any society, and it does not have to be regarded as a characteristic of a specific period in history, as something temporary, but as a fundament of social life»³⁰.

There's no doubt in claiming that for a long time, conflict has been addressed as something that would need to be resolved, or phased out. We are heirs of an epoch, according to Miguel Benasayag and Angélique Del Rey, which believed in the possibility of ending, one day, any form of conflict. We are afraid of whatever threatens our lives and our societies. But conflict returns blatantly, at individual and societal levels. We live, essentially, in «a civilization that does not tolerate conflicts as long as they are not normalized»³¹. According to the two philosophers

the true challenge is elsewhere, at least according to us. It is a matter of living together with what we have removed and abandoned as an inadmissible anomaly. It is about understanding how human beings, as they are, with their dark traits, can build the conditions for common living “in spite of” conflict and indeed “through” conflict, ending the dream or nightmare of those who would like to eliminate the uncontrollable part of it.³²

²⁹ Ivi, pp. 191-192.

³⁰ A. Izzo, *Storia del pensiero sociologico*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 374-375.

³¹ M. Benasayag, A. Del Rey, *Éloge du conflit*, La Découverte, Paris 2007, trad. it. di Federico Leoni, *Elogio del conflitto*, Feltrinelli, Milan 2020, pp. 7-8.

³² Ivi, p. 9.

Unfortunately, while we do agree with the two philosophers, some end up removing conflict from our lives, ignoring how important it is for mankind. And we even go a step further, attempting to refuse conflict! The real issue is that we have no future without our own changes over time. These changes lead, relentlessly, to conflict. There is no such thing as future for those who cannot sustain conflict³³.

The concept itself of conflict is pivotal in philosophical debates, as we clearly underlined in the previous chapters, as much as it is in sociological, legal, and anthropological discussions.

D'Amico highlights the occurrence of injustice, and in doing so we can all but remember Stella's thoughts, where justice is at the eye of the cyclone, called for following the experience of injustice. The idea of justice is not easy to grasp. The true purpose and meaning of it are all but untouchable for the broader public. Stella specifies, however, that «the idea of justice entrenched in the minds of the general public will allow at most to claim that justice is a goal an ideal, just society attempts to reach, a goal that gets further away at every step»³⁴.

«Of justice and wisdom, and many other positive concepts that please souls, there's nothing of their splendor in their copies, down here», said Mario Cattaneo in the introduction of *Critica della giustizia*. The well-known saying attributed by Plato to Socrates indicates, precisely, the goal and difficulty of the philosophical-legal analysis, which is searching and highlighting the gap between the platonic concept of justice and the “copies down here”.

Cattaneo defines the «currently existing legal frameworks, laws, and institutions positive matters with which we have to deal with in social and civil life; laws and institutions which, even if magnified by politics, they actually share none of the «splendor” of the original concept of justice». Consequently, the author adds, “the task of philosophical reflection on law

³³ Ivi, pp. 36-45.

³⁴ F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna 2006, p. 14.

consists precisely in the continuous analysis of the gap between the idea (of justice) and its concrete implementation»³⁵.

References

Albers S., Rudnshagen V., *European airlines' strategic responses to the COVID-19 pandemic (January-May, 2020)*. Journal of Air Transport Management 87, 101863, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.jairtraman.2020.101863>.

Alberton M., *La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2011.

Bagdi Z., Csámer L., Bakó G., *The green light for air transport: sustainable aviation at present*, Cognitive Sustainability 2(2), 2023. <https://doi.org/10.55343/cogsust.55>.

Benasayag M., Del Rey A., *Éloge du conflict*, La Découverte, Paris 2007, trad. it. di Leoni F., *Elogio del conflitto*, Feltrinelli, Milan 2020.

Boudon R., *Sentimenti di giustizia*, il Mulino, Bologna 2002.

Cattaneo M.A., *Critica della giustizia: natura e società moderna*, Lanfranchi, Milan 1996.

D'Agostino F., *Giustizia. Elementi per una teoria*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2010.

Dahrendorf R., *The Modern Social Conflict. An Essay on the Politics of Liberty*, Weidenfeld & Nicolson, New York 1988, trad. it. di Sampaolo M., *Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Roma-Bari 1989.

³⁵ M.A. Cattaneo, *Critica della giustizia: natura e società moderna*, Lanfranchi, Milano 1996, p. 11. Il riferimento alla celebre affermazione è contenuto in Platone, *Fedro*, 250 a b, trad. it. di G. Galli, Firenze 1971 (II ristampa), p. 55.

- Dahrendorf R., *Pfade aus Utopia*, Piper, München 1967, trad. it. di Panzieri G., *Uscire dall'utopia*, il Mulino, Bologna 1971.
- D'Amico F., *A call for more detailed commercial aviation statistics in media reports*, *Journal of Aviation* 9(1), 34-40, 2025.
<https://doi.org/10.30518/jav.1486316>.
- D'Agostino F., *Giustizia. Elementi per una teoria*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 2010.
- DeSantis J., *Engines Turn or Passengers Swim: A Case Study of How ETOPS Improved Both Safety and Economics in Aviation*. *Journal of Air Law and Commerce*, 78, 359, 2013.
- Izzo A., *Storia del pensiero sociologico*, il Mulino, Bologna 1994.
- Jorens Y., Gillis D., Valcke L., De Coninck J., *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Social Dialogue European Commission, Ghent, Belgium, 2015.
- Kos Koklic M., Kular-Kinney M., Vegelj S. *An investigation of the customer satisfaction with low-cost and full-service airline companies*. *Journal of Business Research*, 80, 188-196, 2017.
<https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2017.05.015>.
- Lanier Benkard C., *A Dynamic Analysis of the Market for Wide-Bodied Commercial Aircraft*. *The Review of Economic Studies*, 71(3), 581-611, 2004.
- Macioce F., *Giustizia. Un bisogno umano fondamentale*, in *Dimensioni del diritto*, Andronico A., Greco T., Macioce F. (Eds.), Giappichelli, Turin 2019.
- Magdalena A., Bouzaima, M., *An empirical investigation of European airline business models: Classification and hybridization*. *Journal of Air Transport*

Management, 93, 102059, 2021.
<https://doi.org/10.1016/j.jairtraman.2021.102059>.

Majerová V., Jirásek M. *Flying high on low cost: Success in the low-cost airline industry*. PLoS ONE, 18(12), e0294638, 2023.
<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0294638>.

Miyoshi C., Molina-Prados R.J., *Measuring the impact of long-haul low-cost carriers on lowering fares: A quasi-experimental design to assess the pre-COVID market*. Transport Policy, 128, 52-64, 2022.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0967070X22002499>.

Mc. A Baker D., *Service Quality and Customer Satisfaction in the Airline Industry: A Comparison between Legacy Airlines and Low-Cost Airlines*. American Journal of Tourism Research, 2(1), 67-77, 2013.
<https://doi.org/10.11634/216837861403317>.

O'Kelly M.E., Park Y., *Contrasts in sustainability between hub-based and point-to-point airline networks*. Sustainability 15(20), 15111, 2023.
<https://doi.org/10.3390/su152015111>.

Oxley D., Jain C., *Chapter 1.4 – Global Air Passenger Market: Riding Out Periods of Turbulence*. Travel and Tourism Competitiveness Report 2015. International Air Transport Association. World Economic Forum 2015.

Platone, *Fedro*, 250 a b, trad. it. di Galli G., Firenze 1971 (II ristampa).

Sen A., *L'idea di giustizia*, Oscar Mondadori, Milan 2011.

Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna 2006.

Il crepuscolo della (in)differenza

Verso nuove forme di tutela
della persona in condizione di disabilità

di Francesco Ferzetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il *Disability Manager* e la riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità – 2.1 Il *Diversity Management* – 2.2 Il *Disability Management* – 2.3 Il *Disability Manager* – 2.4 La riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità – 3. L'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità – 3.1 Natura, composizione e processo di affermazione – 3.2 Mission e funzioni – 4. Riflessioni conclusive. Verso il crepuscolo dell'(in)differenza?

Abstract. With an interdisciplinary approach, the work focuses on the state of the art of the extensive reform underway regarding disability.

Protection and inclusion are read as a form of guarantee and enjoyment of fundamental rights, with a view to mutual enrichment which sees the person with a disability offering their contribution to economic and social progress. The new institutions and the new guarantee figures represent the pillars on which a broader and more ambitious reform project in line with constitutional principles and community and international directives is based.

Keywords: disability, disability management, disability manager, insertion manager, disability guarantor authority.

* Professore associato di Sociologia generale presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

1. Introduzione

Nella *International classification of functioning disability and health* (ICF) del 2001 e nel successivo *World report on disability* del 2011, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha definito la disabilità come un fenomeno dinamico e multidimensionale, in un'ottica bio-psico-sociale e, quindi, "come il risultato di una relazione dinamica tra le condizioni dell'individuo e le eventuali barriere fisiche e sociali che ne impediscono l'inclusione"¹.

La materia sta vivendo un'importante stagione di riforme.

La persona viene posta al centro di un sistema che non tende a riconoscere diritti speciali ma vuole garantire, a chi vive una condizione di disabilità, il godimento "dei medesimi diritti degli altri"² attraverso un processo di emancipazione sociale che provvede a rimuovere ogni ostacolo, in via prioritaria quelli di natura ambientale e culturale.

In tal modo il principio di eguaglianza sostanziale, espresso nel secondo comma dell'art. 3 della Carta fondamentale, "non può ritenersi «una pura enunciazione», essendo invece un «obbligo» dello Stato che trova svolgimento in Costituzione nella ampia («e ben articolata») serie di disposizioni «attributive di pretese e di corrispondenti doveri»"³.

E non è un caso che la Corte costituzionale, nell'interpretare l'art. 38 Cost. alla luce del principio personalista di cui all'art. 2 e del già menzionato

¹F. Alessio, M. Piccioli, G. Bondanini, G.L. Finstad, S. Tempesta, M. Izzo, G. Giorgi, *Disability Management nei contesti HR: una prospettiva professionale*, in Riv. Counseling, Centro Studi Erickson, Trento, n. 1/2020 p. 64. DOI: 10.14605/CS1312005, reperibile al seguente indirizzo web: rivistedigitali.erickson.it/counseling/archivio/vol-13-n-1/disability-management-nei-contesti-hr-una-prospettiva-professionale/#:~:text=Seguendo%20questa%20concettualizzazione%20diviene%20fondamentale,che%20ne%20impediscono%20l'inclusione.

² J. Cardona Lloréns, *Diritti umani e diversità nelle abilità individuali: dalla discriminazione alla inclusione*, in *Ragion pratica*, il Mulino, Bologna, n. 1/2011, p. 208. DOI: 10.1415/34418.

³ F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 23.

principio di eguaglianza sostanziale di cui al successivo art. 3 comma secondo, già dagli anni Ottanta del secolo scorso (molti lustri prima dell'entrata in vigore della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità) abbia implicitamente condiviso il c.d. “modello sociale” secondo il quale “la disabilità non deriva dai limiti funzionali della persona, ma da barriere disabilitanti e discriminatorie”⁴, evidenziando come il dettato costituzionale imponga (ai pubblici poteri e alla società nel suo complesso) di rimuovere gli ostacoli che generano discriminazione ed impediscono alle persone con disabilità il pieno esercizio dei diritti fondamentali⁵.

Il superamento della diversità muove dai principi che sono alla base del welfare state, ma necessita di risorse, strumenti e corsi d'azione mirati, in grado di orientare le attività istituzionali per favorire il pieno inserimento di tutti nella vita sociale, in modo particolare di coloro i quali sono generalmente posti ai margini⁶.

Va da sé “che gli interventi pubblici in favore delle persone con disabilità debbono essere parte di politiche pubbliche più generali, che tengano conto dell'unitarietà dei bisogni del disabile nell'arco della sua vita e siano volte ad assicurare a ciascun individuo, al di là delle sue condizioni fisiche o di altra natura, “il pieno sviluppo della propria personalità e la valorizzazione della propria dignità sociale: obiettivo, questo, affidato dalla Costituzione a tutta la Repubblica”, mettendo a sistema accanto alla dimensione costituzionale anche quella amministrativa”⁷.

⁴ D. Ferri, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 528.

⁵ Più diffusamente *ivi*.

⁶ Th. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012. DOI: [10.36253/978-88-6655-233-8](https://doi.org/10.36253/978-88-6655-233-8); G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, prefazione di P. Pombeni, Laterza, Roma-Bari 1999 (ed. or. 1991). Originale la ricostruzione storica dell'intervento pubblico nell'economia di L. Cavallaro, *Lo Stato dei diritti. Politica economica e rivoluzione passiva in Occidente*, Vivarium, Napoli, 2005.

⁷ C. Colapietro, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 127.

La realizzazione del programma di tutela della persona in condizione di disabilità ha bisogno soprattutto dell'intervento dello Stato, ma anche della partecipazione del mercato e del Terzo settore; quest'ultimo, sempre più incline ad assumere il vicariato delle carenze pubbliche, è ormai divenuto coprotagonista della gestione e dell'offerta dei servizi in ambito socioassistenziale⁸.

Del resto, il grado di civiltà di un popolo si misura anche dalla sua capacità di garantire la protezione e favorire l'inclusione e la socializzazione, rendendo effettivo e universale il godimento di tutti i diritti grazie all'implementazione di politiche e organismi capaci di dar vita a strutture sociali più in linea con le moderne esigenze. Ricorda Baldini che i diritti definiti fondamentali "configurano la più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà individuali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona"⁹.

⁸ Tale assunto si ricava dall'art. 1 della legge n. 328 del 2000, in particolare ove stabilisce che:

1. La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione. [...]

5. Alla gestione ed all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha tra gli scopi anche la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata.

6. La presente legge promuove la partecipazione attiva dei cittadini, il contributo delle organizzazioni sindacali, delle associazioni sociali e di tutela degli utenti per il raggiungimento dei fini istituzionali di cui al comma 1.

⁹ V. Baldini, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza*, in id. (a cura di) *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Cassino 10 e 11 giugno 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 4; anche F. Politi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di vulnerabilità ed il limite dei vincoli di bilancio. Atti del Convegno italo-francese del 14 maggio 2021 - Università degli Studi dell'Aquila*, Giappichelli, Torino, 2024.

Così, accanto agli strumenti “classici” di tutela che si diramano a livello sovranazionale, centrale e locale, si aggiungono nuove disposizioni e figure di garanzia.

Con legge n. 227 del 22 dicembre 2021, Delega al Governo in materia di disabilità, l'esecutivo è stato investito del riordino della disciplina vigente in materia di disabilità, in attuazione dei principi costituzionali e in più stretta aderenza a quanto disposto dalla Convenzione di New York del 2006, *al fine di garantire alla persona con disabilità di ottenere il riconoscimento della propria condizione, anche attraverso una valutazione della stessa congruente, trasparente e agevole che consenta il pieno esercizio dei suoi diritti civili e sociali, compresi il diritto alla vita indipendente e alla piena inclusione sociale e lavorativa, nonché l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei trasferimenti finanziari previsti e di ogni altra relativa agevolazione, e di promuovere l'autonomia della persona con disabilità e il suo vivere su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione*¹⁰.

I decreti licenziati dal Governo offrono un quadro d'insieme piuttosto chiaro e organico che tende ad implementare il grado di inclusione e offrire un sostegno concreto a chi rischierebbe altrimenti di smarrirsi davanti al vuoto della (in)differenza.

Il decreto legislativo 13 dicembre 2023 n. 222, Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, in attuazione dell'articolo 2, comma 2, lettera e), della legge 22 dicembre 2021, n. 227, va a rafforzare il quadro delle disposizioni nella direzione dell'accesso e dell'inclusione dei lavoratori in condizioni di disabilità attraverso l'elaborazione di politiche e la migliore qualificazione di “professionisti dell'inclusione”; il decreto legislativo 5 febbraio 2024 n. 20, Istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, in attuazione della delega conferita al Governo, delinea una figura di garanzia che deve assicurare “la tutela, la concreta attuazione e la

¹⁰ Art. 1, comma 1 della legge n. 227 del 2021.

promozione dei diritti delle persone con disabilità”¹¹, in aderenza a quanto stabilito dalle norme interne e sovranazionali.

2. Il Disability Manager e la riqualificazione dei servizi pubblici per l’inclusione e l’accessibilità

2.1 Il Diversity Management

La gestione della disabilità è solo una parte del più ampio mondo della diversità. Appare quindi necessario esaminare brevemente gli aspetti del *Diversity* e del *Disability Management*.

Il *Diversity Management* rappresenta una strategia complessa che fa della diversità un punto di forza dell’organizzazione e la considera come valore aggiunto e fonte di accrescimento competitivo¹².

Si osserva che “il *Diversity Management* si inserisce [...] come strumento raffinato di presa di coscienza della diversità nei valori non solo esterni, proiettati sugli esiti finali dei processi produttivi, ma anche nei valori interni, attinenti alla dimensione culturale e di gestione delle persone che operano al suo interno. Si tratta di un grado più elevato ed olistico di strategia di valorizzazione della differenza”¹³.

La diversità ha tanti volti e compare in tutti gli ambiti nei quali si confrontano individui e gruppi.

Restringendo l’analisi al contesto lavorativo è possibile notare che le risorse umane sono tra loro differenti, magari per età, genere, estrazione sociale, provenienza, cultura, capacità e condizioni, non ultima la disabilità. Tale formazione sociale appare fortemente complessa e multiforme, mossa dalla continua esigenza di individuare “accomodamenti” capaci di favorire

¹¹ Art. 1, comma 1 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

¹² Sul punto D.A. Thomas e R.J. Ely, *Making Differences Matter: A New Paradigm for Managing Diversity*, in *Harvard Business Review*, n. 74/1996.

¹³ D. Padua, *Sociologia del Diversity Management. Il valore delle differenze culturali*, Morlacchi Editore, Perugia, 2007, p. 2.

il benessere organizzativo. Sembra quindi lecito parlare “di *diversity management*, non solo in riferimento alla disabilità, ossia di un sistema volto a gestire la diversità come risorsa all’interno dei contesti lavorativi, a cui si affianca il concetto di *disability management*”¹⁴, bensì in relazione a ogni altra dimensione e formazione sociale.

Nel 2019 il 20,7%, delle imprese, pari a oltre 5.700 unità, ha adottato almeno una misura non obbligatoria per valorizzare e gestire le diversità tra i lavoratori in riferimento al genere, all’età, alla cittadinanza, alla nazionalità e/o all’etnia, alle convinzioni religiose o disabilità¹⁵.

Il *Diversity Management* rappresenta quindi una risorsa dei modelli organizzativi pubblici e privati con la quale raggiungere benefici e valori di giustizia sociale¹⁶.

¹⁴ F. Malzani, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, il Mulino, Bologna, n. 4/2019, p. 725. DOI: 10.3241/95468.

¹⁵ “L’applicazione di tali misure coinvolge il 34% delle imprese di grandi dimensioni (con almeno 500 dipendenti), a fronte del 19,8% delle imprese più piccole (50-499 dipendenti).

La maggiore attenzione delle imprese più grandi verso misure di diversity non obbligatorie si conferma in tutti gli ambiti considerati; infatti, le misure di DM che riguardano la disabilità e il genere sono implementate in media dal 15,9% e dal 12,7% delle imprese, tra quelle di maggiori dimensioni (con 500 e più dipendenti), tali percentuali superano il 25%. Lo stesso accade per le misure legate alle diversità per età (10,4%), cittadinanza, nazionalità e/o etnia (9,7%) e alle convinzioni religiose (9%) che nelle imprese più grandi sono state adottate rispettivamente nel 19,5%, 16,3% e 12% dei casi. Tra le imprese con almeno 50 dipendenti l’8,3% ha introdotto misure in un solo ambito di diversity, il 7% in tutti e cinque gli ambiti indagati”, ISTAT, *Il Diversity Management per le diversità LGBT+ e le azioni per rendere gli ambienti di lavoro più inclusivi*, documento reperibile al seguente indirizzo web: www.istat.it/it/files/2020/11/Diversity-e-inclusion-management-nelle-imprese-in-Italia-2019.pdf (2/2/2025). Barilla è la prima azienda italiana ad aver adottato un codice di condotta in linea con gli standard ONU, per promuovere il rispetto, l’uguaglianza e l’inclusione delle persone LGBTQ+ ed eliminare le discriminazioni nei luoghi di lavoro. Documento reperibile al seguente indirizzo web: www.barillagroup.com/en/stories/stories-list/barilla-standards-onu-against-lgbti-discrimination/ (13/2/2025).

¹⁶ F. Malzani, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, il Mulino, Bologna, n. 4/2019, p. 725. DOI: 10.3241/95468; L. De Vita, *Il diversity management in Europa e in Italia. L’esperienza delle Carte della diversità*, Franco Angeli, Milano, 2011. Sul tema della giustizia sociale si rinvia a J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Belknap Press, 1971. DOI:10.2307/j.ctvjf9z6v.

2.2 Il Disability Management

Il *Disability Management* è una metodologia che si afferma negli anni Ottanta del secolo scorso e registra una significativa diffusione in alcune realtà di matrice anglosassone come gli Stati Uniti d’America e il Canada¹⁷, con l’intento di promuovere il benessere e la salute dei lavoratori in condizione di disabilità, favorendo la diffusione di un ambiente più inclusivo¹⁸.

Tale processo si sviluppa intorno al concetto di integrazione lavorativa del disabile e segna un percorso di inclusione che soddisfa bisogni di varia natura e attua “il dettato costituzionale sulla partecipazione alla vita economica e sociale del Paese”¹⁹.

L’osservazione del modello si presta ad un approccio multidisciplinare che coinvolge differenti branche della ricerca come l’economia, la psicologia, la sociologia e il diritto.

Tuttavia, uno studio socio-giuridico non potrà prescindere dallo scrutinio dei principali riferimenti che, durante un rilevante arco temporale, hanno condotto all’affermazione nel nostro ordinamento della figura del *Disability Manager*.

2.3 Il Disability Manager

L’analisi muove dal 1999, all’indomani dell’emanazione della legge n. 68, Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Tale provvedimento normativo rappresenta “un passaggio culturale fondamentale, spostando il focus dal

¹⁷ J. Didone, *Disability e Diversity Management: storia, sviluppo e Attualità*, in *Filodiritto*, 2022, reperibile al seguente indirizzo web: www.filodiritto.com/disability-e-diversity-management-storia-sviluppo-e-attualita (31/1/2025).

¹⁸ C. Girelli e C.R. Moro, *Disability manager o Disability management? Una prospettiva inclusiva per il mondo del lavoro*, in *Educare.it*, n. 1/2019.

¹⁹ F. Malzani, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, il Mulino, Bologna, n. 4/2019, p. 727. DOI: 10.3241/95468.

Collocamento Obbligatorio al *Collocamento Mirato*, centrato sul principio di “persona giusta al posto giusto”, secondo il quale anche la persona con disabilità può essere un lavoratore con potenzialità spendibili efficacemente in ambienti lavorativi adatti”²⁰. La legge ha l’obiettivo di promuovere l’inserimento e l’integrazione lavorativa delle persone disabili nel mercato del lavoro facendo leva su *servizi di sostegno e di collocamento mirato*²¹. Il legislatore è intervenuto a più riprese sul corpo normativo in parola ritoccando alcuni aspetti che agevolano l’accomodamento ragionevole e l’esecuzione della prestazione lavorativa da remoto²².

La lettura dei riferimenti normativi consente altresì di individuare la previsione di un *responsabile dell’inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro*²³, figura introdotta con la riforma contenuta nel *Jobs Act*, precisamente con il decreto legislativo n. 151 del 14 settembre 2015 in occasione della definizione delle linee guida in materia di collocamento mirato in favore delle persone in condizione di disabilità, laddove si codifica l’istituzione di un *responsabile dell’inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro, con compiti di predisposizione di progetti personalizzati per le persone con disabilità e di risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro dei lavoratori con disabilità*²⁴.

Gli sforzi compiuti dal legislatore sono notevoli, ma ancora non sufficienti a colmare il vuoto della differenza, a “costituire un ambiente privo di barriere”²⁵ come si legge nella presentazione del Libro bianco su

²⁰ C. Girelli e C.R. Moro, *Disability manager o Disability management? Una prospettiva inclusiva per il mondo del lavoro*, in *Educare.it*, n. 1/2019, p. 19.

²¹ Art. 1, comma 1 della legge n. 68 del 1999.

²² Art. 4, comma 3 della legge n. 68 del 1999. Sul punto si rinvia a F. Malzani, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, il Mulino, Bologna, n. 4/2019, pp. 730-731. DOI: 10.3241/95468.

²³ Art. 14, comma 4, lett. b) della legge n. 68 del 1999; lettera sostituita dall’articolo 11, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 151 del 2015.

²⁴ Art. 1, comma 1, lett. e) del decreto legislativo n. 151 del 2015.

²⁵ Comune di Parma, Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (a cura di) *Libro bianco su accessibilità e mobilità urbana. Linee guida per gli Enti Locali*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 17.

accessibilità e mobilità urbana del 2009. Un documento di estremo interesse che testimonia una presa di coscienza collettiva verso il fenomeno della disabilità, tesa progressivamente verso una cultura più inclusiva.

Si fatica a sensibilizzare il mercato verso l'impiego di modelli, figure e strumenti innovativi nel segno dell'integrazione lavorativa²⁶; tuttavia, grazie al progresso, all'impegno della società civile e alla diffusione di una moderna cultura del diverso si cominciano ad avvertire gli effetti di *best practices* in linea con strategie inclusive in favore di risorse speciali che necessitano di un accomodamento (anche tecnologico)²⁷ per raggiungere la propria condizione ottimale diventando beneficio per la società.

Nel 2011 è stata istituita la Società Italiana Disability Manager (S.I.Di.Ma.), a carattere volontario e senza scopo di lucro, prima nel suo genere con il compito di promuovere la ricerca e la cultura del *Disability Management* nei vari contesti di riferimento, pubblici e privati, al fine di sensibilizzare l'opinione pubblica al rispetto della persona e di tutelare i diritti di chi si trova in condizione di disabilità²⁸.

Molto interessante il Manifesto del Disability Manager²⁹, un documento che descrive la figura e le sue principali attività, i contesti in cui opera prioritariamente e i futuri ambiti di riferimento, offre insomma un identikit del professionista della disabilità.

Nonostante lo stato del Manifesto sia ancora *in progress*, tale strumento appare particolarmente utile per stimolare l'attenzione delle istituzioni, del mondo della ricerca e della società civile verso un istituto ancora carente di

²⁶ C. Girelli e C.R. Moro, *Disability manager o Disability management? Una prospettiva inclusiva per il mondo del lavoro*, in *Educare.it*, n. 1/2019, pp. 19-20.

²⁷ Al riguardo si rinvia a R. De Carli (responsabile del Gruppo per il supporto ai Processi di inserimento delle persone con disabilità), *Accomodamenti di tipo tecnologico, Report delle attività del 1° anno, febbraio 2020-febbraio 2021*, 2021, pp. 10-11, documento reperibile al seguente indirizzo web: www.istat.it/wp-content/uploads/2020/05/Report-attivita-RPI-2020-21.pdf (12/2/2025).

²⁸ Si rinvia al sito della Società Italiana Disability Manager all'indirizzo web: www.sidima.it/ (2/02/2025).

²⁹ R. dalla Mora e P.M. Aimone (a cura di), *Manifesto del Disability Manager*, il prato, Saonara (PD), 2020, reperibile in formato e-Book al seguente indirizzo web: www.sidima.it/manifesto-del-disability-manager/ (12/02/2025).

riferimenti normativi omogenei, ma soprattutto per avere un'idea più nitida di chi è e cosa fa tale figura professionale.

Il *Disability Manager* è un professionista debitamente formato, costruttore di soluzioni con il compito di promuovere politiche per l'autonomia e l'inclusione delle persone in condizione di disabilità nei vari contesti di riferimento, in aderenza ai principi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e di definire i necessari accomodamenti ragionevoli³⁰.

Altro interessante riferimento alla figura del *Disability Manager* emerge nella Proposta di II Programma di Azione Biennale per la promozione dei diritti delle persone con disabilità dell'Osservatorio Nazionale del Ministero del lavoro del luglio 2016: nel Capitolo 7, Azione 3 è contenuto il richiamo a organismi (Osservatorio aziendale e *Disability Manager*) con la finalità specifica di promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, valorizzando la loro autonomia e professionalità e conciliando le diverse esigenze di vita, cura e lavoro³¹.

2.4 La riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità

Passando ad analizzare il contenuto dei decreti delegati, occorre preliminarmente avvertire che, per i limiti naturali del presente contributo, l'indagine sarà limitata al programma di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, quindi alla nuova figura dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità.

³⁰ivi, pp. 18-19 (12/02/2025). Sull'accomodamento ragionevole si rinvia a D. Ferri, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in Riv. Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 2/2017. DOI: 10.17394/86941.

³¹ Documento reperibile al seguente indirizzo web: www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/II-Programma-di-azione-biennale-disabilita.pdf (15/2/2025).

Il primo istituto prende forma con l’emanazione del decreto legislativo 13 dicembre 2023, n. 222 recante Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l’inclusione e l’accessibilità.

La finalità del decreto è quella di rendere concreto e fruibile a tutti l’accesso ai servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni³² e garantire una tutela uniforme dei lavoratori con disabilità sull’intero territorio nazionale, così da promuovere la loro piena inclusione. Al riguardo appare interessante notare come l’accesso e la fruizione dei servizi non restino confinati allo spazio meramente fisico ma siano intesi con un’accezione più ampia e comprensiva di una dimensione multimediale³³.

Interessante notare che i concetti di “inclusione sociale” e di “accesso” delle persone in condizione di disabilità, non vengono semplicemente annoverati tra gli obiettivi di produttività della pubblica amministrazione, ma diventano degli utili indicatori del sistema di valutazione dei risultati anche in relazione alla performance individuale e alla responsabilità della governance³⁴. Di particolare momento il ruolo accordato al Terzo settore, le associazioni rappresentative delle persone con disabilità, se iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS), *possono presentare osservazioni, nei modi definiti dall’Organismo indipendente di valutazione, relativamente ai profili che riguardano le possibilità di accesso e l’inclusione sociale delle persone con disabilità, al piano della performance*³⁵.

³² Intese quelle di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché ai concessionari dei pubblici servizi, limitatamente agli articoli 7 e 8 del decreto legislativo n. 222 del 2023.

³³ Al comma 2 dell’art. 1 del decreto legislativo n. 222 del 2023 viene infatti precisato che: *ai fini del presente decreto, per accessibilità deve intendersi l’accesso e la fruibilità, su base di eguaglianza con gli altri, dell’ambiente fisico, dei servizi pubblici, compresi i servizi elettronici e di emergenza, dell’informazione e della comunicazione, ivi inclusi i sistemi informatici e le tecnologie di informazione in caratteri Braille e in formati facilmente leggibili e comprensibili, anche mediante l’adozione di misure specifiche per le varie disabilità ovvero di meccanismi di assistenza o predisposizione di accomodamenti ragionevoli.*

³⁴ Art. 4 del decreto legislativo n. 222 del 2023.

³⁵ Art. 5 del decreto legislativo n. 222 del 2023.

Si estende il campo di applicazione dell'azione collettiva in favore dei titolari di interessi giuridicamente rilevanti nei confronti delle pubbliche amministrazioni nei casi di *mancata attuazione o violazione dei livelli di qualità dei servizi ritenuti essenziali per l'inclusione sociale e l'accessibilità delle persone con disabilità contenuti nelle carte dei servizi oppure degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia*³⁶.

Ultimo – ma non certo per importanza – aspetto del decreto in esame, riguarda l'aggiornamento delle disposizioni del decreto legislativo n. 165 del 2001 relative al Responsabile del processo di inserimento delle persone con disabilità nell'ambiente di lavoro.

Si tratta di una risorsa qualificata chiamata a favorire l'integrazione lavorativa ovvero curare la programmazione strategica della piena accessibilità delle persone con disabilità nelle Amministrazioni pubbliche³⁷.

Tale figura si accosta a quel processo di inserimento nel mercato del lavoro della persona in condizione di disabilità che trova la sua massima espressione nel modello delineato dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 e prosegue nel segno dell'effettivo godimento del diritto attraverso la rimozione del bisogno.

Il responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità viene individuato nell'ambito delle risorse umane in servizio tra i dirigenti di ruolo ovvero tra gli altri dipendenti; esso viene scelto prioritariamente tra coloro i quali possano vantare *esperienza sui temi dell'inclusione sociale e*

³⁶ Art. 8 del decreto legislativo n. 222 del 2023.

³⁷ Interessante notare come la modifica apportata all'art. 39 *ter* del decreto legislativo n. 165 del 2001 da parte dell'art. 6 del decreto legislativo n. 222 del 2023 abbia soppresso il limite dimensionale dei duecento dipendenti:

“All'articolo 39-*ter* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, le parole: «Al fine di garantire» sono sostituite dalle seguenti: «Al fine di dare attuazione all'articolo 7, comma 1, e garantire», le parole «con più di duecento dipendenti» sono soppresse e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «in ambiente di lavoro delle persone con disabilità individuato nell'ambito del personale in servizio»”.

*dell'accessibilità delle persone con disabilità anche comprovata da specifica formazione*³⁸.

Le funzioni del responsabile dei processi di inserimento sono elencate nel secondo comma dell'art. 39 *ter* del decreto legislativo n. 165 del 2001 e sono le seguenti:

a) cura i rapporti con il centro per l'impiego territorialmente competente per l'inserimento lavorativo dei disabili, nonché con i servizi territoriali per l'inserimento mirato;

b) predispone, sentito il medico competente della propria amministrazione ed eventualmente il comitato tecnico di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, gli accorgimenti organizzativi e propone, ove necessario, le soluzioni tecnologiche per facilitare l'integrazione al lavoro anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli di cui all'articolo 3, comma 3-bis, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216;

c) verifica l'attuazione del processo di inserimento, recependo e segnalando ai servizi competenti eventuali situazioni di disagio e di difficoltà di integrazione.

Alcune importanti Amministrazioni dello Stato hanno provveduto a nominare la figura in esame: con determina del Direttore Generale n. 153 del 24 maggio 2023 l'INPS ha designato il proprio responsabile dei processi di inserimento e di integrazione delle persone con disabilità negli ambienti di lavoro; l'ISTAT ha provveduto nel mese di giugno 2023 con delibera del Direttore Generale; il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica ha nominato il proprio RI con decreto n. 1200 del 27 settembre 2023; nel mese di novembre 2023, ha individuato il proprio RI il Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, solo per richiamare alcuni esempi.

³⁸ Art. 39 *ter*, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001. Appare opportuno precisare che al momento i corsi di formazione non hanno una disciplina unitaria e sono il più delle volte affidati all'iniziativa di diverse istituzioni, spesso universitarie.

La maggior parte delle Amministrazioni richiama la Direttiva n. 1/2019 concernente Chiarimenti e linee guida in materia di collocamento obbligatorio delle categorie protette. Articoli 35 e 39 e seguenti del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 - Legge 12 marzo 1999, n. 68 - Legge 23 novembre 1998, n. 407 - Legge 11 marzo 2011, n. 25 emanata dal Ministro per la Funzione Pubblica nonché le Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità adottate dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali in data 11 marzo 2022, come previsto dall'articolo 1 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151; non poche attribuiscono al Responsabile dell'inserimento la qualifica/denominazione di *Disability Manager*, anticipando (prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 222 del 2023) un ruolo già delineato nel campo della ricerca ma non ancora espressamente codificato.

Anche nel settore privato numerose aziende hanno elaborato progetti e individuato *Disability Manager* per favorire l'inclusione e gestire tematiche relative alla disabilità e malattie croniche in azienda.

Da ultimo, si segnala la prescrizione per le Pubbliche Amministrazioni tenute all'adozione del Piano integrato di attività e organizzazione (c.d. PIAO) di individuare, nell'ambito del personale in servizio, un dirigente amministrativo o altro dipendente ad esso equiparato che abbia esperienza sui temi dell'inclusione sociale e dell'accessibilità delle persone con disabilità (anche comprovata da specifica formazione). A tale figura viene affidato il compito di definire le modalità e le azioni finalizzate a realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità, proponendo la relativa definizione degli obiettivi programmatici e strategici della performance (secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 10 del decreto legislativo n. 150 del 2009) e della relativa strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il ricorso al lavoro agile e degli obiettivi formativi annuali e pluriennali finalizzati ai processi di pianificazione secondo le logiche del project management.

Queste funzioni possono essere assolte anche dal responsabile del processo di inserimento delle persone con disabilità nell'ambiente di lavoro, ove dotato di qualifica dirigenziale³⁹.

Viene così delineata (limitatamente alle funzioni da svolgere) una vera e propria figura manageriale, incaricata non solo di curare i processi organizzativi (interni) del personale, tenendo conto delle diversità e delle fragilità esistenti, ma anche di individuare le migliori modalità operative per garantire (dall'esterno) la piena accessibilità, fisica e digitale, ai servizi resi in favore della collettività.

3. L'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità

3.1 Natura, composizione e processo di affermazione

Il decreto legislativo n. 20 del 2024 ha istituito, a decorrere dal 1° gennaio 2025, l'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità. Essa rappresenta un tassello estremamente originale nel variegato mosaico delle Autorità amministrative indipendenti⁴⁰ poiché segna l'approdo di un

³⁹ Art. 3 del decreto legislativo n. 222 del 2023.

⁴⁰ Tra i numerosi contributi sulle Autorità amministrative indipendenti presenti in letteratura si possono ricordare i contributi di: G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/1997; id, *Le autorità indipendenti*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali XIV. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998; F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2003; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005; G. Grasso, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. Manetti, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007; A. La Spina, S. Cavatorto, *Le Autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2008; N. Longobardi, F. Politi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009²; G.P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2010; M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, il Mulino, Bologna, 2010; S. Cavatorto, *Le autorità indipendenti* in G. Capano, E. Gualmini (a cura di), *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, il Mulino, Bologna, 2011²; E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Riv. Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020. DOI: 10.1433/98444; C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti al vaglio della dottrina giuridica pubblicistica*, in

percorso di affermazione piuttosto complesso e un momento di sintesi e di raccordo, “un’articolazione”⁴¹ della più ampia riforma in materia di disabilità⁴².

Tale figura si va a collocare tra gli altri organismi di garanzia nei confronti delle persone in condizione di difficoltà e ribadisce la possibilità di trovare elementi di contatto tra Stato regolatore e sistema di welfare⁴³.

Svincolata dalla politica e dalla burocrazia, tale Authority esercita un’attività di pubblico interesse e appare istituzionalizzata, essendo stabilita la facoltà di emanare le norme sul funzionamento del collegio e sull’organizzazione e l’attività della struttura amministrativa.

Si tratta di un organo collegiale composto da tre membri, di cui uno nominato presidente, scelti tra persone di notoria indipendenza e di comprovata esperienza nel campo della tutela e della promozione dei diritti umani e in materia di lotta alla discriminazione nei confronti delle persone con disabilità⁴⁴. Non possono far parte del collegio soggetti che rivestono incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali⁴⁵; tale misura serve a garantire l’indipendenza del Garante, che esercita le proprie funzioni con poteri autonomi di organizzazione, con indipendenza amministrativa e senza vincoli di subordinazione gerarchica⁴⁶.

L’Autorità di garanzia è supportata da una struttura organizzativa denominata Ufficio del Garante, alle sue dirette dipendenze; la dotazione organica è costituita da una unità dirigenziale di livello generale, una unità

Riv. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2024. DOI: 10.17394/114840.

⁴¹ Art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

⁴² Per approfondimenti sulla nuova figura di garanzia si rinvia a F. Ferzetti, *L’Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell’Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, 1s/2025. DOI: 10.32049/RTSA.2025.1S.01.

⁴³ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 33.

⁴⁴ Da poco nominati i componenti del collegio: sono il Prof. Francesco Vaia e il Dott. Antonio Pelagatti, la Presidenza è stata affidata all’Avvocato dello Stato Maurizio Borgo.

⁴⁵ Art. 2, comma 3 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

⁴⁶ Art. 1, comma 1 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

dirigenziale di livello non generale e venti unità di personale non dirigenziale, *in possesso delle competenze e dei requisiti di professionalità necessari in relazione alle funzioni e alle caratteristiche di indipendenza e imparzialità del Garante*⁴⁷. Ciò significa che la sua gestione e il suo concreto funzionamento necessitano di una cultura e di una formazione specialistica in capo alle risorse umane disponibili, tenuto conto della riforma organica che ha interessato l'intero settore, sempre più in linea con le disposizioni contenute nei trattati internazionali e con le norme e direttive emanate dall'Unione Europea.

Le origini dell'Autorità di garanzia si collocano all'inizio del nuovo millennio e muovono dalla società civile⁴⁸ per destare in breve tempo interesse in ambito locale e regionale⁴⁹, prima di affermarsi a livello centrale. L'autonoma iniziativa dei cittadini innesca un processo simmetrico che induce la pubblica amministrazione a “promuovere e sostenere questo tipo di attività”⁵⁰, in quanto di interesse collettivo e che nell'arco di vent'anni porterà all'istituzione del Garante nazionale.

⁴⁷ Art. 3, comma 3 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

⁴⁸ Il 19 marzo 2002 questa figura appare nello statuto dell'Associazione Sportiva – Culturale pro H Aquile di Palermo Onlus, con lo scopo di sostenere la pratica del *Weelchair hockey*, tutelare i diritti delle persone disabili e nell'ambito di tale settore promuovere “ogni attività, azione e collaborazione finalizzate all'istituzione della figura del *Garante della persona disabile* da parte dei Comuni rientranti nel territorio della Regione Siciliana”, S. Di Giglia, *La figura del garante della persona con disabilità. Venti anni di storia, dalla nascita ai nostri giorni*, Gulotta Editore, Italia, 2024, pp. 34-35.

⁴⁹ L'isola maggiore inaugura la codificazione normativa con la legge regionale Sicilia 10 agosto 2012, n. 47, seguono la Campania, con l'emanazione della legge regionale 7 agosto 2017, n. 25; la Puglia, con l'art. 31 *ter* della legge regionale 10 luglio 2006, n. 19; la Basilicata, con la legge regionale 15 gennaio 2021, n. 5; la Lombardia, con la legge regionale 24 giugno 2021, n. 10; l'Umbria, con la legge regionale 4 febbraio 2022, n. 1; la Valle d'Aosta, con la legge regionale 1° agosto 2022, n. 20; la Calabria, con la legge regionale 4 agosto 2022, n. 29; il Lazio, con la legge regionale 25 luglio 2023, n. 7, altre regioni hanno invece istituito “un'unica figura regionale di garanzia dei «diritti della persona», in capo alla quale accorpano funzioni di difesa civica ad altre più specifiche funzioni di garanzia [...]. Altre regioni seguono un modello «promiscuo», affidando al Difensore civico il ruolo di garante di specifiche situazioni di vulnerabilità e conferendo invece ad altre autorità garanti ulteriori specifiche funzioni di tutela” N. Maccabiani, *L'istituzione del Garante regionale per la tutela delle persone con disabilità in Lombardia: un passo avanti, con prudenza*, in Riv. *Le Regioni*, n. 6/2021, 2021, pp. 1499-1500. DOI: [10.1443/105899](https://doi.org/10.1443/105899).

⁵⁰ D. de Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Università di Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2022, p. 36.

Si possono cogliere delle interessanti similitudini con il processo di affermazione di altra figura che si colloca nel sistema di welfare: il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza, anch'esso istituito sulla scorta di esperienze maturate in ambito territoriale⁵¹.

Tuttavia, nonostante la sensibile diffusione della tutela in forma decentrata, non si registra un pronto riconoscimento del Garante nazionale con la disciplina delle relative funzioni. Infatti, sebbene accompagnati da corpose relazioni e reiterati da diversi promotori, i primi disegni di legge non hanno trovato conforto in sede governativa e parlamentare⁵².

Solo con la promulgazione della legge n. 227/2021 e l'emanazione del successivo decreto delegato n. 20/2024 si conclude il processo di affermazione di un'interessante figura di garanzia delle persone vulnerabili, generata dall'entusiasmo e dalla libera iniziativa privata che si afferma nel circuito democratico e si esprime anche in modo sinergico con altri organismi a sostegno delle attività socioassistenziali verso i più fragili.

3.2 Mission e funzioni

Il nuovo organismo ha il compito di assicurare la tutela, la concreta attuazione e la promozione dei diritti delle persone con disabilità, in conformità a quanto previsto dal diritto internazionale, dal diritto dell'Unione europea e dalle norme nazionali. Essa costituisce un'articolazione del sistema nazionale per la promozione e la protezione dei diritti delle persone con disabilità, in attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York

⁵¹ Per un interessante approfondimento dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza si rinvia a L. Strumendo, P. De Stefani, *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di Diritto di famiglia*, Vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia* (a cura di), L. Lenti, Giuffrè, Milano, 2012², pag. 257 segg.

⁵² Per una disamina approfondita si rinvia a S. Di Giglia, *La figura del garante della persona con disabilità. Venti anni di storia, dalla nascita ai nostri giorni*, Gulotta Editore, Italia, 2024.

il 13 dicembre 2006 e ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18, e per il monitoraggio della sua applicazione, ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, della medesima Convenzione⁵³.

L'Autorità agisce in stretta vicinanza ai poteri dello Stato attraverso momenti di vera e propria collaborazione; riferisce annualmente alle Camere e all'esecutivo con un report sulle attività svolte. Inoltre, nell'esercizio delle funzioni relative al contrasto dei fenomeni di discriminazione e di molestie e al rifiuto dell'accomodamento ragionevole, essa si coordina con la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le pari opportunità – e con l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali per la promozione di azioni positive contro fenomeni discriminatori multipli e per lo scambio reciproco di segnalazioni. Vi è quindi un'azione sinergica che prevede anche la cooperazione con l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (istituito dalla legge 3 marzo 2009, n. 18, Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, in adempimento dell'art. 3 della già richiamata Convenzione di New York del 2006) e il raccordo con gli altri organismi pubblici ai quali sono attribuite, a livello regionale o locale, specifiche competenze in relazione alla tutela dei diritti dei soggetti disabili.

Le forme di dialogo costruttivo previste dalla normativa di riferimento appaiono finalizzate ad implementare scambi, processi, rapporti e forme di collegamento flessibili, in modo da scongiurare un'inutile sovrapposizione di ruoli degli attori sociali. Nel contempo, si mira a realizzare una rete armonica di informazioni e di dati fruibili da tutti gli organismi preposti alla tutela delle persone in condizione di disabilità.

Gli interessi toccati dall'azione dell'Autorità sono indubbiamente rilevanti, in un'ottica di gestione selettiva della disabilità, ma comunque inclusiva e rispettosa di diritti costituzionalmente garantiti.

⁵³ Art. 1, commi 1 e 2 del decreto legislativo n. 20 del 2024.

Le funzioni e le prerogative del Garante sono analiticamente descritte nell'art. 4 del decreto istitutivo.

In particolare:

- vigila sul rispetto dei diritti e sulla conformità dei principi stabiliti dalla Convenzione di New York del 2006 e dagli altri trattati internazionali, di cui è parte il nostro Paese, dalla Costituzione e dalle leggi dello Stato;
- opera azioni di contrasto ai fenomeni di discriminazione (diretta e indiretta) e di molestie in danno di persone con disabilità e in caso di rifiuto dell'accomodamento ragionevole;
- promuove l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone con disabilità, in condizione di eguaglianza con gli altri cittadini;
- riceve le segnalazioni presentate da persone con disabilità, dai familiari, dalle associazioni, da singoli cittadini, da pubbliche amministrazioni anche tramite l'attivazione di un centro di contatto dedicato;
- svolge verifiche sull'esistenza di fenomeni discriminatori;
- è legittimato all'accesso alle informazioni e ai documenti necessari allo svolgimento delle proprie funzioni presso amministrazioni e concessionari di pubblici servizi, nonché all'esercizio della relativa azione in caso di silenzio, inerzia o rifiuto;
- formula raccomandazioni e pareri in relazione a segnalazioni o a specifiche situazioni, proponendo o sollecitando interventi, misure o accomodamenti ragionevoli finalizzati a superare le criticità;
- organizza campagne di sensibilizzazione, comunicazione e progetti al fine di promuovere la cultura del rispetto delle persone con disabilità;
- collabora con altri Garanti e altri organismi pubblici comunque denominati, a cui sono attribuite specifiche competenze a livello regionale o locale, in relazione alla tutela dei diritti delle persone con disabilità;
- assicura la consultazione con le organizzazioni e con le associazioni rappresentative delle persone con disabilità sui temi affrontati e sulle azioni

di promozione e sensibilizzazione;

- entro il 30 settembre di ogni anno trasmette una propria relazione sulle attività svolte alle Camere e alla Presidenza del Consiglio dei ministri o all’Autorità politica delegata in materia di disabilità;

- ha accesso illimitato presso le strutture che erogano servizi pubblici essenziali nonché presso gli Istituti penitenziari;

- ha facoltà di agire e resistere in giudizio per la difesa delle proprie prerogative;

- raccoglie e diffonde le buone pratiche in materia di tutela dei diritti delle persone con disabilità, nonché i modelli di accomodamento ragionevole;

- individua forme di collaborazione con le altre Autorità indipendenti nazionali nello svolgimento delle rispettive funzioni.

Appaiono significative le previsioni contenute negli artt. 5 e 6, ove viene descritta la procedura di emissione dei pareri e delle proposte di adeguamento da parte del Garante sulle segnalazioni ricevute, laddove vengano riscontrate discriminazioni, violazioni di situazioni giuridiche soggettive e sia necessario procedere all’eliminazione di barriere fisiche, sensoriali o di altra natura. Segue l’eventuale impugnazione in caso di inerzia delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, ovvero in caso di rifiuto ma (in tale ipotesi) al solo fine di accertare eventuali nullità previste dalla legge. Le proposte di accomodamento ragionevole possono essere diffuse sul sito istituzionale del Garante o attraverso ogni altro opportuno mezzo di pubblicità, delle eventuali iniziative giudiziarie viene data notizia sulla pagina web delle amministrazioni intimate.

Di rilievo anche la possibilità di visitare le strutture semiresidenziali e residenziali, senza necessità di autorizzazione o di preavviso e con accesso illimitato⁵⁴.

Le funzioni e le prerogative illustrate sono tipiche di un’Autorità di

⁵⁴ Art. 4, comma 1, lett. n) del decreto legislativo n. 20 del 2024.

garanzia. Esse si sostanziano in interventi di tipo valutativo-preventivo e in parte riparativo, ovvero in attività di promozione dei diritti delle persone in condizione di disabilità, di controllo, di analisi e di segnalazione delle situazioni di criticità e/o di vera e propria discriminazione. Non mancano forme più o meno ampie di consultazione e collaborazione con altre amministrazioni e di reazione all'inerzia o al rifiuto di queste ultime a fronte dei pareri motivati e delle proposte di adeguamento. È prevista la diffusione generalizzata delle iniziative del Garante al fine di promuovere la nascita e il consolidamento di best practices in materia ed è forse questo lo strumento più efficace e più innovativo per un radicale cambiamento sociale.

Nonostante l'azione regolativa della nuova Autorità di garanzia non appaia circoscritta alla mera (seppur relevantissima) promozione e vigilanza sull'effettivo esercizio dei diritti delle persone con disabilità, non sono previsti poteri di normazione o poteri sanzionatori diretti. È invece attribuita una peculiare potestà di reazione a fronte dell'inerzia o del rifiuto (in caso di nullità) da parte di pubbliche amministrazioni o di concessionari di pubblici servizi, oltre ad un'ampia possibilità di divulgazione delle proposte formulate e delle iniziative intraprese.

In tal modo, l'attività del Garante non tende a sovrapporsi a quella di altre figure attive nell'ambito della disabilità, ma può indurre all'azione ogni apparato anche attraverso l'adozione di provvedimenti legittimi e appropriati, nonché di opportuni adeguamenti dell'organizzazione e dell'attività.

4. Riflessioni conclusive. Verso il crepuscolo dell'(in)differenza?

La tutela della disabilità può quindi definirsi un percorso concluso?

Se dovessimo rispondere all'interrogativo facendo riferimento alle statistiche la risposta non potrebbe che essere negativa atteso che “solo una persona con disabilità su tre lavora”⁵⁵.

Dalle ultime stime “tra i circa 3 milioni di italiani e italiane (pari al 5% della popolazione) con gravi limitazioni (cioè il massimo grado di difficoltà in almeno una tra le funzioni motorie, sensoriali o nelle attività essenziali della vita quotidiana) solo il 32,5% ha un impiego, a fronte di una percentuale del 55% di quelle con limitazioni non gravi”⁵⁶.

L'orizzonte non appare nitido neppure se si rivolge l'attenzione verso le problematiche legate all'accessibilità in generale atteso che, nonostante l'impegno profuso negli ultimi anni dal legislatore e dalla libera iniziativa di cittadini singoli e associati per cercare di colmare il gap socioculturale, i risultati sono tutt'altro che confortanti poiché al di sotto delle aspettative.

Va però considerato che la riforma in atto è di tipo strutturale e necessita di tempo e di risorse adeguate: ciò è confermato, in particolare, dal PNRR di cui la legge delega n. 227/2021 e i successivi decreti attuativi rappresentano solo i primi due traguardi nell'ambito di un percorso riformatore molto più ampio che tende alla piena realizzazione dei principi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, in coerenza con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con la Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2023, presentata a marzo 2021 dalla Commissione europea⁵⁷.

Occorre quindi dare tempo e fiducia alla riforma avviata.

Si consideri che il Garante per la disabilità si è appena insediato e i prossimi mesi saranno fondamentali per comprendere quale sarà la

⁵⁵ È il titolo di un recente articolo di S. Pasqualotto apparso sul Sole 24 Ore, documento reperibile su www.ilsole24ore.com/art/solo-persona-disabilita-tre-lavora-AGUrg4SB (3/2/2025).

⁵⁶ S. Pasqualotto, *Solo una persona con disabilità su tre lavora*, il Sole 24 Ore, documento reperibile su www.ilsole24ore.com/art/solo-persona-disabilita-tre-lavora-AGUrg4SB (3/2/2025).

⁵⁷ Ministro per le disabilità, Attuazione Misure PNRR, documento reperibile al seguente indirizzo web: disabilita.governo.it/it/attuazione-misure-pnrr/obiettivi/ (15/2/2025).

configurazione definitiva e la concreta incidenza della nuova Authority sul piano dell'attività istituzionale e nel sistema di welfare.

Il carattere sistematico della riforma lascia legittimamente sperare per un ruolo costruttivo e catalizzante con i diversi attori sociali.

Senz'altro il *Disability Manager* potrà assumere il ruolo di interlocutore privilegiato grazie alla sua attività di *problem solving* finalizzata a individuare le migliori soluzioni per abbattere le barriere di ogni forma e natura e, contestualmente, a conseguire la più efficiente organizzazione del lavoro e delle attività negli organismi pubblici e privati associata all'inclusione e al benessere delle persone con disabilità.

Resta da sciogliere il nodo della formazione del “professionista dell'inclusione” sulla quale, nonostante le indicazioni delle specifiche competenze e l'offerta formativa proveniente da prestigiose istituzioni pubbliche, allo stato non vi sono indicazioni normative di carattere generale.

In definitiva, i concetti di *accessibility* e *inclusion* si pongono con forza alla base della realizzazione del principio egualitario in un percorso di civiltà finalizzato alla corretta gestione della diversità, intesa come risorsa e non come ostacolo al raggiungimento di finalità generali.

Il programma di abbattimento delle barriere segna il primo passo verso il superamento di una concezione spesso incapace di sottrarsi alla spirale dell'emarginazione e coincide con il crepuscolo della (in)differenza.

Riferimenti bibliografici

Alessio F., Piccioli M., Bondanini G., Finstad G.L., Tempesta S., Izzo M., Giorgi G., *Disability Management nei contesti HR: una prospettiva professionale*, in *Riv. Counseling*, Centro Studi Erickson, Trento, n. 1/2020, pp. 62-78. DOI: 10.14605/CS1312005.

Amato G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 645-664, n. 3/1997.

- Amato G., *Le autorità indipendenti*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali XIV. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998.
- Baldini V., *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza*, in id. (a cura di) *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Cassino 10 e 11 giugno 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- Bruti Liberati E., *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Riv. Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 51-74. DOI: 10.1433/98444.
- Cardona Lloréns J., *Diritti umani e diversità nelle abilità individuali: dalla discriminazione alla inclusione*, in *Ragion pratica*, il Mulino, Bologna, n. 1/2011, pp. 185-212. DOI: 10.1415/34418.
- Casadei Th., *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012. DOI: 10.36253/978-88-6655-233-8.
- Cavallaro L., *Lo Stato dei diritti. Politica economica e rivoluzione passiva in Occidente*, Vivarium, Napoli, 2005.
- Cavatorto S., *Le autorità indipendenti* in Capano G., Gualmini E. (a cura di), *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, il Mulino, Bologna, 2012.
- Cirillo G.P., Chieppa R. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2010.
- Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005.
- Colapietro C., *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, pp. 121-164.
- Comune di Parma, Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (a cura di) *Libro bianco su accessibilità e mobilità urbana. Linee guida per gli Enti Locali*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- D'Alberti M., Pajno A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, il Mulino, Bologna, 2010.

- Dalla Mora R. e Aimone P.M. (a cura di), *Manifesto del Disability Manager*, il prato, Saonara (PD), 2020., reperibile in formato e-Book al seguente indirizzo web: www.sidima.it/manifesto-del-disability-manager/ (12/02/2025).
- De Carli R., *Accomodamenti di tipo tecnologico, Report delle attività del 1° anno, febbraio 2020-febbraio 2021*, 2021, pp. 1-17, documento reperibile al seguente indirizzo web: www.istat.it/wp-content/uploads/2020/05/Report-attivita-RPI-2020-21.pdf (12/2/2025).
- de Pretis D., *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Università di Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2022.
- De Vita L., *Il diversity management in Europa e in Italia. L'esperienza delle Carte della diversità*, Franco Angeli, Milano, 2011.
- Di Giglia S., *La figura del garante della persona con disabilità. Venti anni di storia, dalla nascita ai nostri giorni*, Gulotta Editore, Italia, 2024.
- Didone J., *Disability e Diversity Management: storia, sviluppo e Attualità*, in *Filodiritto*, 2022, reperibile al seguente indirizzo web: www.filodiritto.com/disability-e-diversity-management-storia-sviluppo-e-attualita (31/1/2025).
- Ferri D., *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Riv. Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2017, pp. 381-420. DOI: 10.17394/86941.
- Ferri D., *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 523-552.
- Ferzetti F., *L'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, 1s/2025, pp. 1-26. DOI: 10.32049/RTSA.2025.1S.01.
- Girelli C. e Moro C.R., *Disability manager o Disability management? Una prospettiva inclusiva per il mondo del lavoro*, in *Educare.it*, n. 1/2019, pp. 19-28.

- Grasso G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ISTAT, *Il Diversity Management per le diversità LGBT+ e le azioni per rendere gli ambienti di lavoro più inclusivi*, documento reperibile al seguente indirizzo web: www.istat.it/it/files/2020/11/Diversity-e-inclusion-management-nelle-imprese-in-Italia-2019.pdf (2/2/2025).
- La Spina A., Cavatorto S., *Le Autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2008.
- La Spina A., Majone G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.
- Longobardi N., Politi F., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009².
- Maccabiani N., *L'istituzione del Garante regionale per la tutela delle persone con disabilità in Lombardia: un passo avanti, con prudenza*, in Riv. *Le Regioni*, n. 6/2021, pp. 1488-1509. DOI: 10.1443/105899.
- Malzani F., *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, il Mulino, Bologna, n. 4/2019, pp. 717-740. DOI: 10.3241/95468.
- Manetti M., *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Merusi F., Passaro M., *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2003.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Osservatorio nazionale Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità. PROPOSTA DI II PROGRAMMA DI AZIONE BIENNALE PER LA PROMOZIONE DEI DIRITTI E L'INTEGRAZIONE DELLE PERSONE CON DISABILITÀ IN ATTUAZIONE DELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE E INTERNAZIONALE AI SENSI DELL'ART. 3, CO. 5, DELLA LEGGE 3 MARZO 2009, N. 18. Documento reperibile al seguente indirizzo web: www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/II-Programma-di-azione-biennale-disabilita.pdf (15/2/2025).
- Ministro per le disabilità, Attuazione Misure PNRR, documento reperibile al seguente indirizzo web: disabilita.governo.it/it/attuazione-misure-pnrr/obiettivi/ (15/2/2025).
- Padua D., *Sociologia del Diversity Management. Il valore delle differenze culturali*, Morlacchi Editore, Perugia, 2007.

- Pasqualotto S., *Solo una persona con disabilità su tre lavora*, il Sole 24 Ore, 2 dicembre 2024, documento reperibile su www.ilsole24ore.com/art/solo-persona-disabilita-tre-lavora-AGUrg4SB (3/2/2025).
- Politi F. (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di vulnerabilità ed il limite dei vincoli di bilancio. Atti del Convegno italo-francese del 14 maggio 2021 - Università degli Studi dell'Aquila*, Giappichelli, Torino, 2024.
- Politi F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Belknap Press, 1971. DOI:10.2307/j.ctvjf9z6v.
- Ritter G.A., *Storia dello Stato sociale*, prefazione di P. Pombeni, Laterza, Roma-Bari 1999 (ed. or. 1991).
- Sartoretti C., *Le autorità amministrative indipendenti al vaglio della dottrina giuridica pubblicistica*, in *Riv. Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2024, pp. 277-294. DOI: 10.17394/114840.
- Società Italiana Disability Manager, www.sidima.it/ (2/02/2025).
- Strumendo L., De Stefani P., *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in Zatti P. (diretto da), *Trattato di Diritto di famiglia*, Vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia* (a cura di), Lenti L., Giuffrè, Milano, 2012².
- Thomas D.A. e Ely R.J., *Making Differences Matter: A New Paradigm for Managing Diversity*, in *Harvard Business Review*, n. 74/1996, pp. 79-90. www.barillagroup.com/en/stories/stories-list/barilla-standards-onu-against-lgbti-discrimination/ (13/2/2025).

Definitional Aspects and Issues Concerning Homeless Individuals: A Brief Narrative Review of the Evolution of the Homelessness Phenomenon.

di Federica Misceo*, Roberta Risola**, Andrea De Leo***, Armando Saponaro****, Valeria Rossini*****, Ignazio Grattagliano***** e Maria Grazia Violante*****.

Summary: 1. Introduction – 2. Objectives – 3. Elements of History and Evolution of Homelessness – 4. Data on the Global Homelessness Phenomenon – 4.1. Definitional Challenges – 4.2. Issues in Defining the Term "Homeless" – 5. Conclusion.

Abstract: The scientific literature and forensic research on homeless individuals are not well-developed, either in qualitative or quantitative terms. This population belongs to a complex, elusive, and difficult-to-study marginalized category, even for the most seasoned researchers. One of the most prevalent issues, which has direct implications for social studies and publications, is the challenge of defining homelessness. The difficulty in establishing unified and coherent definitions that garner consensus among researchers has immediate negative effects on studies and research, which

* Psychologist, Psychotherapist, PhD in Human Relationship Sciences, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro.

** Psychologist and Trainee at the School of Specialization in Life Cycle Psychology, PhD student at the Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro.

*** Psychologist and psychotherapy trainee, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro

**** Full Professor of Sociology of Law and Deviance, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro

***** Associate Professor of General and Social Pedagogy, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro

***** Full Professor of Forensic Psychiatry and Clinical Criminology, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro

***** Psychologist and Trainee at the School of Specialization in Life Cycle Psychology, and PhD student in Human Relationship Sciences, Department of Educational Sciences, Psychology, and Communication, University of Bari Aldo Moro

are significantly hindered by the heterogeneity of these definitions. Given the significance of this issue, the authors have chosen to provide a reflective contribution, presenting a repertoire of definitions in the work we introduce here.

Keywords: definition of homelessness, homeless, history of homelessness, marginalization.

1. Introduction

The existential condition of homelessness, so unique and complex, cannot be defined only as a subjective problem of poverty, exclusion and marginalization, but it is a social problem, it involves society as a whole¹, and even extends to a global dimension. The right to adequate housing has been recognized as a human right included in the Economic, Social, and Cultural Rights (ESCR)², as well as adequate food and clothing, and the continuous improvement of living conditions, since 1966³. The rationale is correctly explained as follows:

Homelessness is a profound assault on dignity, social inclusion and the right to life. It is a *prima facie* violation of the right to housing and violates a number of other human rights in addition to the right to life, including non-discrimination, health, water and sanitation, security of the person and freedom from cruel, degrading and inhuman treatment.⁴

¹ O. Fazzini, *Homeless e servizi per i senza fissa dimora in Italia e Lombardia*, Éupolis Lombardia, 2015.

² United Nation, Human Rights, Office of High Commissioner, *Economic, social and cultural rights*, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/economic-social-cultural-rights>, 22/02/2025.

³ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, GA Res 2200A (XXI) (16 December 1966) UN Doc A/RES/2200A(XXI), (entered into force 3 January 1976), art.11.

⁴ United Nations, *Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing*, Report to the Human Rights Council (26 December 2019), UN Doc A/HRC/43/43, para 30.

A key point regarding any definition of homelessness is that it is the most visible and tangible form of severe poverty, marginality, and social exclusion. Homelessness simultaneously infringes upon several core human rights values, «such as dignity, equality, inclusion, wellbeing, security of the person and public participation», in which adequate housing is inherently incorporated⁵. The definitions of the United Nations Human Settlements Programme (UN Habitat), the Secretary-General of the United Nations (UNSG), the Institute for Global Homelessness and the *Fédération Européenne d'Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri* (FEANTSA) include different forms of housing precariousness: people living on the streets, in cars, in temporary shelters or in inadequate and unsafe accommodation, such as camps for displaced people, refugees or migrants. Therefore, sleeping outside is only one form of homelessness, but not the most common⁶. It is not just the lack of a home that makes a person “homeless”, but rather the combination of lacking housing resources and experiencing both material and spiritual poverty⁷. Considering the heterogeneity of this population, it is always necessary to study not only single individuals, but also how they relate to society to which they belong and, broadening the focus even further, to the cultural structure in which they are embedded.

Considering the wider context in which homeless individuals are situated, and analyzing the services, policies, and social actors involved, as well as the public and political opinions of this phenomenon, may help us

⁵ United Nations, *Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing*, Report to the Human Rights Council (26 December 2019), UN Doc A/HRC/43/43, para 12.

⁶ European Consensus Conference on Homelessness, *Policy Recommendations of the Jury* (Brussels: European Community Programme for Employment and Social Solidarity), 2010, pp. 2 e 7.

⁷ Caritas Roma, Ufficio dell'Ufficio Studi e Progettazione dell'Area Ascolto e Accoglienza, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, 2018; T. Consoli, A. Meo (Eds.), *Homelessness in Italia: Biografie, territori, politiche*, FrancoAngeli, 2021; Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia, sottoscritte nel novembre 2015 in Conferenza Unificata Stato Regioni*, Fio.PSD, 2015.

understand how it is represented and perceived⁸. Homeless individuals are a marginalized group that tends neither to be mentioned nor considered in the records and documents that make up the history of a population or a whole country. This type of marginalization has always existed, without ever being considered to a significant extent by historical and legal documents, except for those responsible for repression or concerning the police forces of the time⁹.

The aims of this review are to shed light upon and define the phenomenon of homelessness, focusing on those living in various conditions of homelessness, severe poverty, and extreme marginalization, considering not only the socio-demographic data that may help in analyzing the current situation, but also examining the social and cultural context in which these people live.

2. Objectives

The rationale for this research lies in the need to determine whether a clear, precise, and universally accepted definition of homelessness exists.

This narrative review¹⁰ aims to provide an overview of the literature produced over the years on individuals experiencing homelessness. The review includes a selection of relevant writings, research studies, manuals, and scientific articles. Furthermore, regarding definitional aspects and epidemiological investigations, official statistical reports from various nations were also considered. English was chosen as the language for scientific articles and official documents, allowing for a broader selection of studies and facilitating full-text access, as well as communication with the

⁸ H. Blumer, *Social Problems as Collective Behavior*, Social Problems, 1971; M. J. Stern, *The Emergence of the Homeless as a Public Problem*. Social Service Review, 58(2), 1984, 291-301; Meo, A., *Homelessness: perché e come occuparsene*, in T. Consoli, A. Meo (Eds.), *Homelessness in Italia: Biografie, territori, politiche*, FrancoAngeli, 2021, p.13.

⁹ B. Geremek, *L'emarginato*, trad. it. a cura di R. Panzone, Editori Laterza, 2012.

¹⁰ R. Ferrari, *Writing narrative style literature reviews*, Medical Writing, 24(4), 2015, 230-235.

authors of the respective works. The primary databases used for the literature search were PubMed, Springer, and Google Scholar, along with sociological and pedagogical journals. Additionally, some manuals and scientific works were selected by cross-referencing citations to identify the most relevant studies.

3. Elements of History and Evolution of Homelessness

The concept of homelessness dates back to the Middle Ages, embodied by figures such as peasants or agricultural workers, linked to the phenomenon of migration from rural areas to urban centers, often between cities of different sizes¹¹. This movement was typically driven by the search for better economic opportunities and the greater availability of resources and prospects that cities offered compared to agricultural villages¹². During this period, the notion of stability was deeply rooted: living and dying in the same place, tied to one's land and community, was considered ideal and proper. Indeed, under feudal systems, the obligation to remain on the land under the control of local landlords was legally enforced.¹³

In Italy, for instance, widespread poverty, exacerbated by famines, epidemics, and the numerous foreign occupations that occurred over time, intensified the misery of the peasantry.¹⁴. This led to the development of charitable institutions that played a crucial role in social welfare, offering support to the poor and rural migrants¹⁵. However, the reception was often

¹¹ B. Geremek, *L'emarginato*, trad. it. a cura di R. Panzone, Editori Laterza, 2012; N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004.

¹² M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, FrancoAngeli, 1995.

¹³ B. Geremek, *L'emarginato*, trad. it. a cura di R. Panzone, Editori Laterza, 2012; N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004.

¹⁴ G. Albini, *Poveri e povertà nel Medioevo*, Carocci, 2016.

¹⁵ M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane*

ambivalent, given the climate of suspicion or hostility toward outsiders. Travelers and vagabonds, with their nomadic lifestyles, were frequently marginalized, as their existence challenged established norms of stability and social order¹⁶.

Marginalized individuals were those who violated community norms, appearing as criminals, outlaws, or beggars¹⁷. Moreover, even those who, by choice or circumstance, lived outside established social structures, such as seasonal workers or those in unrecognized professions, faced social marginalization and stigmatization¹⁸.

With the transition from Medieval to the modern era, marked by the decline of rural life and the growth of cities, there was a significant increase in homelessness, which led to the adoption of institutional measures aimed at confinement and control, associating poverty and vagrancy with deviance and crime¹⁹. This phenomenon transformed the poor into criminals or madmen, subjected to incarceration, as described by Canosa²⁰ with the term

estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare, FrancoAngeli, 1995; N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004; A.W. Solenberger, *One Thousand Homeless Men: A Study of Original Records*, The Russell Sage Foundation, Charities Publication Committee, 1911.

¹⁶ B. Geremek, *L'emarginato*, trad. it. a cura di R. Panzone, Editori Laterza, 2012; N. Howe *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004; B. Geremek, *La pietà e la forza. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it. a cura di A. Marx Vannini, M. Frau, B. Verdian, Editori Laterza, 2021.

¹⁷ N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004; A.W. Solenberger, *One Thousand Homeless Men: A Study of Original Records*. The Russell Sage Foundation, Charities Publication Committee, 1911.

¹⁸ B. Geremek, *L'emarginato*, trad. it. a cura di R. Panzone, Editori Laterza, 2012; N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004.

¹⁹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, trad. it. a cura di A. Tarchetti, 2nd Ed., Einaudi, 1976; M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, FrancoAngeli, 1995.

²⁰ R. Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Feltrinelli, 1979.

'madman's poverty,' understood as the loss of both moral and material freedom²¹.

Throughout history, vagrants inevitably sought refuge in institutions such as prisons, rehabilitation centers, and psychiatric hospitals, transforming these places into spaces where homelessness was no longer seen merely as a sign of social disorder²². With the integration of charitable acts from religious institutions by the state and public authorities, the figure of the vagabond began to be associated with that of a deviant (one such example being the establishment of English workhouses), who should be corrected through forced labor and confinement. This approach aimed to break the presumed link between vagrancy and crime²³. Consequently, the ability to work became a crucial criterion for accessing state assistance and welfare.

In the 20th century, the concept of poverty and exclusion was transformed with the evolution of labor and industrial processes, becoming further diversified based on demonstrated work capabilities and leading to a distinction between "worthy vagrants" and "unworthy vagrants"²⁴.

²¹ R. Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Feltrinelli 1979; M. Foucault, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, trad. it. a cura di A. Tarchetti, 2nd Ed., Einaudi, 1976; M. Foucault, *Storia della follia nell'età classica* trad. it. a cura di Franco Ferrucci, Rizzoli, 1980; M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, FrancoAngeli, 1995; G. Giumelli, M. Gecchele, *Poveri e reclusi: dagli ospedali ai ricoveri: legislazione, statuti e condizioni di vita*, Guerini scientifica, 2004.

²² B. Geremek, *Uomini senza padrone. Poveri e marginali tra Medioevo e età moderna*, Einaudi, 1992; M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*. FrancoAngeli, 1995.

²³ M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, Franco Angeli, 1995; B. Geremek, *La pietà e la forca. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it. a cura di A. Marx Vannini, M. Frau, B. Verdian, Editori Laterza, 2021.

²⁴ M. F. Grassi, *Etnografia di una relazione: la reciprocità nello scambio tra social work e homelessness*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", 2021.

Continuing to associate unemployment with a form of deviance, the Chicago School and Anderson proposed a new categorization of homeless individuals, subdivided into migrant non-working vagrants (tramps), those seeking integration, stationary homeless individuals who tended to become more stable and conform to the population of which they became part (home guards), non-working residents (bums), and migrant workers whose mobility was dictated by job availability in the area (hobos)²⁵.

In the 1930s, the phenomenon of 'shelterization' began to emerge, in which the homeless adapted to living in temporary shelters. These shelters initially accommodated those unable to care for themselves due to poverty or illness and later expanded to include individuals with psychiatric issues, still reinforcing an image of degeneration and disaffiliation.²⁶

From the 1970s onward, with the advent of the "Great U-turn" and deindustrialization, attention shifted to the demographic characteristics and disadvantages of the homeless, as well as their adaptation strategies. In the 1980s and 1990s, the study of homeless individuals focused on their demographic traits and vulnerabilities²⁷. This approach highlighted the importance of monitoring the evolution of poverty and housing opportunities and enabled a deeper exploration of the adaptation strategies employed by the homeless²⁸. Additionally, the phenomenon of gentrification contributed to a further marginalization of the poorest segments of the population due to widespread urban renewal and the

²⁵ N. Anderson, *Il vagabondo. Sociologia dell'uomo senza dimora*, introduzione di R. Rauty, traduzione di C. Dominijanni, Donzelli, 1994; M. LaGory, K. Fitzpatrick, F. Ritchey, *Life Chances and Choices: Assessing Quality of Life among the Homeless*, *The Sociological Quarterly*, 42(4), 2001, 633–651.

²⁶ A. Marcus, *Shelterization revisited: Some methodological dangers of institutional studies of the homeless*, *Human Organization*, 62(2), 2003, 134–142.

²⁷ N. Howe, *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004; Giano, A. Williams, C. Hankey, R. Merrill, R. Lisnic, A. Herring, *Forty Years of Research on Predictors of Homelessness*, *Community Ment Health Journal*, 56(4), 2020, 692-709.

²⁸ M. F. Grassi, *Etnografia di una relazione: la reciprocità nello scambio tra social work e homelessness*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", 2021.

subsequent rise in housing prices, pushing low-income individuals into increasingly peripheral areas²⁹. Bergamaschi notes that extreme poverty is more acute in urban areas compared to the outskirts, where there are stronger solidarity networks³⁰. The history of homeless individuals is marked by marginalization and social exclusion, which are essential elements for understanding their condition and relationship with society³¹. These individuals, considered "surplus", are often largely perceived, regarded, and treated as a purely financial problem rather than a social one, compromising their dignity and self-esteem³². Although they interact with society, they remain excluded and marginalized³³, with limited opportunities for integration or participating in social and economic life³⁴. The homeless represent a sociological paradox, being both "necessary" for progress and obstacles to society itself³⁵. Their persistent existence is fueled by housing instability and crises, as described by Ranci³⁶. In Bauman's

²⁹ Caritas Roma, Ufficio dell'Ufficio Studi e Progettazione dell'Area Ascolto e Accoglienza, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, 2018; M. F. Grassi, *Etnografia di una relazione: la reciprocità nello scambio tra social work e homelessness*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", 2021.

³⁰ M. Bergamaschi, *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in P. Guidicini, G. Pieretti, M. Bergamaschi (a cura di), *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, FrancoAngeli, 1995; B. Geremek, *La pietà e la forza. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it. a cura di A. Marx Vannini, M. Frau, B. Verdian, Editori Laterza, 2021.

³¹ G. Pieretti, *Povertà e povertà estreme: elementi di discussione per il servizio sociale* in C. Landuzzi e G. Pieretti (a cura di), *Servizio sociale e povertà estreme. Accompagnamento sociale e persone senza dimora*, FrancoAngeli, 2003, citato da Filippini F., *Poverty and the conditions of the homeless*, Ricerche di Pedagogia e Didattica, Journal of Theories and Research in Education, 2(1), 2007.

³² Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

³³ R. Castel, *Le metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Mimesis, 2019.

³⁴ Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005; F. Misceo, *Gli eremiti del marciapiede - Tutela e valorizzazione delle persone senza dimora, tra protezione e promozione della salute psicofisica, bisogni educativi e formativi, politiche di emancipazione e necessità di sicurezza e controllo*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", 2024.

³⁵ Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

³⁶ C. Ranci, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, Rassegna Italiana di Sociologia, 4, 2002, 521-552.

view³⁷, homeless individuals are a consequence of progress, people who, while interacting with society, remain irretrievably excluded, outward, and rejected ³⁸.

While treating homelessness as a financial issue may aid biological survival, the same does not apply to social and cultural survival. Thus, they are without "social shelter," which leads to significant consequences such as the loss of self-esteem and personal dignity.

Over time, the concept of poverty has undergone transformations, reflecting the social and cultural variations of each period. Marx and Weber, for example, significantly contributed to sociological discourse by examining how social structures and individual choices influence the experience of poverty and overall quality of life. Various aspects of life, including homelessness, affect well-being and should be considered in social policies³⁹.

The terminology used to describe homeless individuals is diverse and lacks a single, clear label, reflecting the complexities and challenges associated with their condition⁴⁰, as they live in "non-places" characterized by their temporary nature and lack of stability, rendering them socially marginalized and often invisible⁴¹.

Pieretti⁴² describes homelessness as an ongoing process of self-decomposition, highlighting the daily micro-fractures and relational losses

³⁷ Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

³⁸ R. Castel, *Le metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Mimesis, 2019.

³⁹ M. LaGory, K. Fitzpatrick, F. Ritchey, *Life Chances and Choices: Assessing Quality of Life among the Homeless*, *The Sociological Quarterly*, 42(4), 2001, 633–651.

⁴⁰ S. Giordano, *L'estetica del pregiudizio. L'immagine degli homeless nei media e nella comunicazione dei servizi sociali*, *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2, 2013, 231-258; C. Signorile, I. Grattagliano, *Senza fissa dimora: una sfida e una 'provocazione' per la nostra società*, *Prospettive Sociali e Sanitarie*, 7, 2011, 14-19.

⁴¹ M. Augé *Non-Lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Editions du Seuil, 1992, trad. italiana di D. Rolland, introduzione di M. Aime, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera, 1996; Z. Bauman, *Modernità liquida*, trad. italiana di S. Minucci, Editori Laterza, 2002.

⁴² G. Pieretti, *Poverta e poverta estreme: elementi di discussione per il servizio sociale* in C. Landuzzi e G. Pieretti (a cura di), *Servizio sociale e poverta estreme*.

that characterize this condition. Underlying the complexity of the phenomenon is the undeniable fact that anyone can find themselves in this situation, underscoring the heterogeneity and difficulty of providing a definitive definition⁴³ or at least offering a clearer one. Furthermore, the ongoing evolution of homelessness raises persistent questions about its definition and management ⁴⁴, within the debate between individualistic perspectives, which attribute poverty to personal failures⁴⁵, and structural perspectives, which view poverty as a product of capitalism's dysfunctions⁴⁶. In this sense, the use of the term "homeless" rather than "roofless" emphasizes the social and psychological dimensions of poverty, recognizing that the lack of housing is not merely a material issue but also a sign of social exclusion⁴⁷.

4. Data on the Global Homelessness Phenomenon

4.1. Definitional Challenges

According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) the homeless population generally accounts for less than 1% of the total population in each country where data are available,. Despite this low percentage, in the 39 countries with available data, the total

Accompagnamento sociale e persone senza dimora, FrancoAngeli, 2003, citato da Filippini F., *Poverty and the conditions of the homeless*, Ricerche di Pedagogia e Didattica, Journal of Theories and Research in Education, 2(1), 2007.

⁴³ M. Ravenhill, *The culture of homelessness*, Ashgate Publishing, 2008.

⁴⁴ Caritas Roma, Ufficio dell'Ufficio Studi e Progettazione dell'Area Ascolto e Accoglienza, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, 2018; Meo, A., *Homelessness: perché e come occuparsene*, in T. Consoli, A. Meo (Eds.), *Homelessness in Italia: Biografie, territori, politiche*, FrancoAngeli, 2021, p.8.

⁴⁵ S. W. Stoeffler, R. Joseph, *Etiology of poverty: A critical evaluation of two major theories*, Journal of Sociology & Social Welfare, 47(1), 2020, 73-96.

⁴⁶ B. Geremek, *La pietà e la forza. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it. a cura di A. Marx Vannini, M. Frau, B. Verdian, Editori Laterza, 2021.

⁴⁷ Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005; Filippini F., *Poverty and the conditions of the homeless*, Ricerche di Pedagogia e Didattica, Journal of Theories and Research in Education, 2(1), 2007.

number of homeless individuals is estimated to exceed 2 million⁴⁸. The highest figures are reported in the United States, with 653,104 homeless individuals, while countries such as Australia, the Czech Republic, France, Germany, New Zealand, and England also report over 100,000 homeless individuals in their most recent surveys⁴⁹. A significant challenge is posed by the different methodologies used for counting and collecting data on homelessness, which are often linked to definitional variations. For example, in the United Kingdom, the percentage of homeless individuals exceeds 1% for several reasons: the count is based on households rather than individuals, and homelessness also includes those at real risk of becoming homeless. Furthermore, with the exception of England, individuals living in temporary accommodation and thus in unstable living conditions are also included in the counts⁵⁰. In New Zealand, 2.17% of the population is classified as homeless, a figure that reflects the country's broad definition of homelessness, which includes all individuals who are unable to secure permanent housing. This includes individuals living in temporary accommodation, those sharing housing with other families, or those residing in uninhabitable dwellings⁵¹. Japan, which reports the lowest percentage of homelessness globally, defines the homeless as individuals who use public parks, riverbanks, streets, railway stations, and other public spaces as places of residence⁵². In the United States, homelessness is defined as the condition of a person or family lacking stable housing,

⁴⁸ OECD Affordable Housing Database, *HC3.1 People experiencing homelessness*, 2024, <https://oe.cd/ahd>, p.3

⁴⁹ Ivi, p.21.

⁵⁰ Ivi, p.5.

⁵¹ Statistics New Zealand 2014, *New Zealand definition of homelessness: update*. Available from www.stats.govt.nz.

⁵² Ministry of Housing, Communities and Local Government United Kingdom, *Homelessness: Causes of Homelessness and Rough Sleeping. Rapid Evidence Assessment*, Alma Economics, 2019; M. Iwata, *What is the Problem of Homelessness in Japan? Conceptualisation, Research, and Policy Response*, *International Journal on Homelessness*, 1(1), 2021, 98-124; H. Goto, D.P. Culhane, M.D. Marr, *Why Street Homelessness Has Decreased in Japan: A Comparison of Public Assistance in Japan and the US*, *European Journal of Homelessness*, 16(1), 2022, 81-99.

including those living in shelters, temporary accommodation, or at imminent risk of losing their housing⁵³. "Chronic homelessness" refers to disadvantaged individuals who have been continuously homeless for a year or longer or have experienced at least four episodes of homelessness totaling 12 months in the past three years⁵⁴. Between 2022 and 2023, the number of homeless individuals in the United States increased by 9.7%, as nearly one million people experienced homelessness for the first time in 2023, the highest number ever recorded⁵⁵. In Europe, it is estimated that approximately 1,287,000 individuals are homeless, and around 400,000 minors reside in shelters or emergency accommodation. Between 2010 and 2020, FEANTSA observed a decrease in the average age of homeless individuals in Europe. The term "youth homelessness" refers to individuals aged 13 to 26 who live in shelters, are homeless, or reside in inadequate housing without the presence of parents or legal guardians⁵⁶. In Italy, Caritas reported a 3% increase in the homeless population aged 18 to 34 between 2019 and 2020. Of the 96,197 individuals identified as homeless in 2021, 12,804 were minors, accounting for 13% of the total. Nearly two in five of these minors (38%) were of foreign nationality, and almost half lived in the country's three largest cities (44%). In Austria, in 2018, 15% of the homeless population was aged between 18 and 24 years, and the latest census in 2022 found that 2,067 minors were homeless, accounting for 11% of the registered homeless population. In Finland, 15% of single homeless individuals counted in 2019 were young. In Ireland, between 2014 and 2017, the number of young homeless individuals doubled, particularly among

⁵³ McKinney-Vento Homeless Assistance Act 42 U.S. Code § 11302, 1987.

⁵⁴ T. de Sousa, A. Andrichik, M. Cuellar, J. Marson, E. Prestera, K. Rush *The 2022 Annual Homelessness Assessment Report (AHAR to Congress) Part 1: Point-In-Time Estimates of Homelessness (The U.S. Department of Housing and Urban Development)*, Abt Associates, 2022

⁵⁵ National Alliance to End Homelessness, *State of Homelessness: 2024 Edition*, retrieved 19 September 2024, from <https://endhomelessness.org/homelessness-in-america/homelessness-statistics/state-of-homelessness/>.

⁵⁶ FEANTSA & The Abbé Pierre Foundation, *Ninth Overview of Housing Exclusion in Europe 2024*.

those receiving services for this population. During the week of December 25, 2023, 1,916 homeless families were registered, including a total of 3,962 children housed in hotels and state-managed facilities. In Spain, in 2019, 18% of the homeless population was between the ages of 18 and 30. Similarly, in Paris, France, 9% of individuals sleeping on the streets in 2021 were under 25⁵⁷. In the Netherlands, 32% of the homeless population in 2018 were young individuals aged 18 to 29, a proportion that tripled between 2009 and 2018. In 2023, in Germany, 101,505 children lived in shelters with their families, while 1,121 children were reported to be living on the streets, and 5,575 were temporarily housed by relatives or friends. In Belgium, the total number of homeless children was estimated to be at least 11,697. In Hungary, in 2023, 6,871 children were housed in family shelters, and 783 in specialized shelters. In Portugal, in 2022, 15% of the homeless population was under 18, a 25% increase compared to the previous year. In the Czech Republic, in 2022, 1,393 children under the age of 15 lived in shelters or municipal hotels due to the lack of adequate housing. In Denmark, in 2019, 30% of the homeless population was aged 18 to 29, with a 104% increase between 2009 and 2017, followed by a 20% decrease between 2017 and 2019. Moreover, half of all young homeless individuals in Denmark suffer from mental health issues, one-third of which were diagnosed with mental illness and/or substance abuse. Young homeless individuals often suffer a combination of issues, such as lack of education, unemployment, physical and mental health problems, family conflicts, substance abuse, and experiences of exploitation. These challenges can lead to polytraumatization, especially during this crucial stage of development⁵⁸.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ FEANTSA & The Abbé Pierre Foundation, *Ninth Overview of Housing Exclusion in Europe 2024*.

4.2. Issues in Defining the Term "Homeless"

The analysis of the population and history of homeless individuals, as well as their very definition, brings to light an important issue: marginalization and exclusion, which serve as the common thread in their history and evolution and are fundamental to describing this specific population.

The history of homeless people is primarily based on processes of exclusion from participation in community life or even ostracization, given their evolution over time⁵⁹. Bauman⁶⁰ also emphasizes that this form of exclusion is often a necessary condition to maintain the status quo, serving as a means to pursue and achieve the desire for continuous progress that is central to our society. Bauman observes that the relationship between economic progress and modernization has resulted in the creation of more and more "Wasted People"⁶¹, who are paradoxically necessary not only for progress itself but also for the construction of social order. Over time, the effects of globalization have also deprived people of their means and ways of surviving, both biologically, socially and culturally. From Bauman's perspective, it is evident that "surplus" people⁶² are seen and treated as a purely financial problem. As previously stated, although this may aid biological survival, it does not ensure social and cultural survival. Thus, the label "socially homeless" entails significant consequences, such as the loss of self-esteem and personal dignity. These "surplus" people interact with society but remain irreparably excluded and marginalized⁶³. Economic

⁵⁹ G. Pieretti, *Povert  e povert  estreme: elementi di discussione per il servizio sociale* in C. Landuzzi e G. Pieretti (a cura di), *Servizio sociale e povert  estreme. Accompagnamento sociale e persone senza dimora*, FrancoAngeli, 2003, citato da Filippini F., *Poverty and the conditions of the homeless*. Ricerche di Pedagogia e Didattica, Journal of Theories and Research in Education, 2(1), 2007; Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

⁶⁰ Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

⁶¹ Ivi, p. 10.

⁶² Ivi, p. 17.

⁶³ R. Castel, *Le metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Mimesis, 2019.

vulnerabilities, which can disrupt social integration processes through employment, and global cultural developments and changes, are factors leading to a “second form of erosion [which] consists of the gradual loss of density of family networks and primary sociability”⁶⁴.

Therefore, the path leading to homelessness is a “perfect” intertwining of housing instability and the subsequent occurrence of what Saraceno⁶⁵ defines as critical events⁶⁶. Additionally, in recent years, the homeless population has become even more diverse due to migratory patterns⁶⁷. The complexity and non-homogeneity of this population are increasing due to the combination of multiple cultures, languages, traditions, and religions, which can cause "confusion" and integration difficulties with the host environment⁶⁸.

As previously mentioned, an attempt has been made to provide a comprehensive definition of the phenomenon with the ETHOS

⁶⁴ C. Ranci, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, Rassegna Italiana di Sociologia, 4, 2002, 521-552, p. 532

⁶⁵ C. Saraceno, *Povert  e famiglie con minori: l'Italia che non vorremmo (vedere)*, Il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica, 1, 2002, 86-91, citato da G. Petti, *Governare i senza dimora. Etnografia di un caso di assistenza sociale*. Etnografia e ricerca qualitativa, Rivista quadrimestrale, 2, 2013, 185-206.

⁶⁶ G. Petti, *Governare i senza dimora. Etnografia di un caso di assistenza sociale*. Etnografia e ricerca qualitativa, Rivista quadrimestrale, 2, 2013, 185-206.

⁶⁷ Ferrovie dello Stato Italiane, Osservatorio Nazionale sul Disagio e la Solidariet  nelle stazioni italiane, *Report annuale ONDS 2017*; Ferrovie dello Stato Italiane, Osservatorio Nazionale sul Disagio e la Solidariet  nelle stazioni italiane, *Report annuale ONDS 2018*; T. Wirth, J. Mette, J. Prill, V. Harth, A. Nienhaus, *Working conditions, mental health and coping of staff in social work with refugees and homeless individuals: A scoping review*, Health and Social Care in the Community, 27(4), 2019, 257-269; L. Chiurco, M. F. Criscuolo, *Report tecnico - L'integrazione delle persone migranti: un'introduzione ai problemi*, INAPP - Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche, 2018; Caritas Roma, Ufficio dell'Ufficio Studi e Progettazione dell'Area Ascolto e Accoglienza, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, 2018; K. Hermans, E. Dyb, M. Knutag rd, S. Novak-Zezula, U. Trummer, *Migration and Homelessness: Measuring the Intersections*. European Journal of Homelessness, 14(3), 2020.

⁶⁸ J. Murphy, K. Tobin, *Homelessness comes to school*, Corwin Press, 2011; L. Chiurco, M. F. Criscuolo, *Report tecnico - L'integrazione delle persone migranti: un'introduzione ai problemi*, INAPP - Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche, 2018; K. Hermans, E. Dyb, M. Knutag rd, S. Novak-Zezula, U. Trummer, *Migration and Homelessness: Measuring the Intersections*. European Journal of Homelessness, 14(3), 2020.

classification (European Typology of Homelessness and Housing Exclusion) adopted by Western countries. FEANTSA has sought to define homelessness in the most nuanced way possible, aiming to do justice to such a complex phenomenon that encompasses various forms and circumstances. This definition includes the full range of economic and social difficulties contributing to housing distress, as well as a varying degree of risk of social exclusion⁶⁹.

Specifically, the ETHOS definition starts with the need to understand key concepts, identifying three areas related to housing, the absence of which indicates significant housing problems, leading to the total housing exclusion experienced by homeless people. The main areas mentioned are the physical domain (directly referring to the presence or absence of a physical space to stay), the social domain (a space that guarantees privacy and the construction and maintenance of social relationships), and the legal domain (a physical space over which the individual exercises exclusive rights and guarantees security).

The ETHOS definitional grid assesses various housing distress situations, proceeding gradually by intensity, identifying four conceptual macro-categories (rooflessness, houselessness, insecure housing, inadequate housing) linked and correlated to operational categories classifying homeless and severely marginalized people based on their housing condition. Although comprehensive, this definition does not consider the cultural and environmental differences of various local contexts, nor does it adequately highlight the psycho-social, economic, and cultural dimensions contributing to severe marginalization⁷⁰.

⁶⁹ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia, sottoscritte nel novembre 2015 in Conferenza Unificata Stato Regioni*, Fio.PSD, 2015

⁷⁰ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia, sottoscritte nel novembre 2015 in Conferenza Unificata Stato Regioni*, Fio.PSD, 2015

Another phenomenon complicating the detection of the total homeless population is “hidden homelessness”⁷¹. It refers to people who end up staying, not by choice, but due to a lack of alternatives, in the homes of friends, family members, or even strangers, known as couch surfers, because they sleep on sofas. It refers to highly unstable situations where no rent is paid, and these people have no possibility of acting differently or finding alternative accommodation. Such precarious conditions are unsustainable in the long term, particularly for those who cannot afford housing.⁷².

Another perspective on hidden homelessness emphasizes the fact that individuals are physically hidden from the broader population and the very city or place in which they paradoxically reside. It also covers situations in which individuals are at risk of homelessness or qualify for support services but do not appear in official statistics, rendering them invisible both physically and legally⁷³.

According to a report by the UK Office for National Statistics, the groups most vulnerable to this condition are women, young people, and ethnic minorities. One explanation for women is their strong desire to avoid living on the streets. Women tend to be more proactive in seeking housing

⁷¹ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, I. Baptista, E. Marlier, *Fighting homelessness and housing exclusion in Europe: a study of national policies*, Publications Office, 2019; S. Gaetz, C. Barr, A. Friesen, B. Harris, C. Hill, K. Kovacs-Burns, B. Pauly, B. Pearce, A. Turner, A. Marsolais, *Definition of Homelessness*, Canadian Observatory on Homelessness Press, 2012; The Scottish Government, *Hidden Homelessness International Evidence Review: exploring ways of identifying and counting hidden homeless populations – People, Communities and Places*, APS Group Scotland for The Scottish Government, 2023.

⁷² J. Crawley, D. Kane, L. Atkinson-Plato, M. Hamilton, K. Dobson & J. Watson, *Needs of the hidden homeless - no longer hidden: a pilot study*. Public Health 2013; S. Gaetz, C. Barr, A. Friesen, B. Harris, C. Hill, K. Kovacs-Burns, B. Pauly, B. Pearce, A. Turner, A. Marsolais, *Canadian Definition of Homelessness*, Canadian Observatory on Homelessness Press, 2012; The Canadian Observatory on Homelessness, *Hidden Homelessness*, The Homeless Hub, available at <https://homelesshub.ca/collection/population-groups/hidden-homeless/>.

⁷³ The Scottish Government, *Hidden Homelessness International Evidence Review: exploring ways of identifying and counting hidden homeless populations – People, Communities and Places*, APS Group Scotland for The Scottish Government, 2023.

solutions, even if precarious⁷⁴, resorting to street living only as a last option. Another key aspect concerning hidden homelessness among women is the greater likelihood of being exposed to crimes and violence, which is a major reason why they avoid seeking refuge on the streets⁷⁵.

5. Conclusions

Finding a clear-cut or universally accepted definition of homelessness is a challenging, almost utopian task. The main difficulty stems from the multifaceted nature of this phenomenon. However, one fixed point has been identified: homelessness is a slow process of relational and social, not just economic, breakdowns. Homelessness is not solely defined by economic, employment, and housing factors from a physical and material perspective. Rather, it is primarily the social dimension -relational poverty- that renders these individuals socially homeless. The lack of relational stimuli and interactions causes these individuals to withdraw further into themselves, initiating the gradual process of exclusion from the very society to which they belong.

The evolution of homelessness highlights this particularity: across historical periods and academic perspectives, the common thread is the exclusion and marginalization of these individuals from an active society

⁷⁴ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, I. Baptista, E. Marlier, *Fighting homelessness and housing exclusion in Europe: a study of national policies*, Publications Office, 2019; F. Moorkath, M. N. Vranda, C. Naveenkumar, *Women with Mental Illness - An Overview of Sociocultural Factors Influencing Family Rejection and Subsequent Institutionalization in India*. Indian Journal of Psychological Medicine, 41(4), 2019, 306-310; A. Duke, A. Searby, *Mental Ill Health in Homeless Women: A Review*, Issues in Mental Health Nursing, 40(7), 2019, 605-612; W. A. Warburton., M. Papic, E. Whittaker, *Heterogeneity among Homeless Australian Women and Their Reasons for Homelessness Entry*, International Journal of Environmental Research and Public Health, 19(15), 2022, 8909; A.I. Guillén, C. Marín, S. Panadero, J. J. Vázquez, *Substance use, stressful life events and mental health: A longitudinal study among homeless women in Madrid (Spain)*. Addictive Behaviors, Volume 103, 2020, 106246.

⁷⁵ The Canadian Observatory on Homelessness, *Hidden Homelessness*, The Homeless Hub, available at <https://homelesshub.ca/collection/population-groups/hidden-homeless/>.

focused on progress. They are the ones left behind, “human waste”, both a result and a consequence of change. Therefore, a definition that is comprehensive and complete as possible must take into account both the social dimensions, including relational poverty, and the physical and material aspects of homelessness.

References

Albini G., *Poveri e povertà nel Medioevo*, Carocci, 2016.

Anderson N. *Il vagabondo. Sociologia dell'uomo senza dimora*, introduzione di R. Rauty, trad. italiana di C. Dominijanni, Donzelli, 1994

Augé M., *Non-Lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Editions du Seuil, 1992, trad. italiana di D. Rolland, introduzione di M. Aime, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera, 1996.

Bauman Z., *Modernità liquida*, trad. italiana di S. Minucci, Editori Laterza, 2002.

Bauman Z., *Vite di scarto*, trad. italiana di M. Astrologo, GLF Editori Laterza, 2005.

Bergamaschi M., *Immagine e trattamento delle povertà estreme in una prospettiva storico-sociale*, in Guidicini P., Pieretti G., Bergamaschi M., (a cura di). *Povertà urbane estreme in Europa: contraddizioni ed effetti perversi nelle politiche di welfare*, FrancoAngeli, 1995.

Blumer H., *Social Problems as Collective Behavior*, Social Problems, 1971.

Canosa R., *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Feltrinelli, 1979.

Caritas Roma, Ufficio dell'Ufficio Studi e Progettazione dell'Area Ascolto e Accoglienza, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, 2018.

Castel R., *Le metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Mimesis, 2019.

Chieurco L., Criscuolo M. F., *Report tecnico - L'integrazione delle persone migranti: un'introduzione ai problemi*, INAPP - Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche, 2018.

- Consoli T., Meo A. (Eds.), *Homelessness in Italia: Biografie, territori, politiche*, FrancoAngeli, 2021.
- Crawley J., Kane D., Atkinson-Plato L., Hamilton M., Dobson K., Watson J., *Needs of the Hidden Homeless - no longer hidden: a pilot study*, Public Health, 2013.
- de Sousa T., Andrichik A., Cuellar M., Marson J., Prestera E., Rush K., *The 2022 Annual Homelessness Assessment Report (AHAR to Congress) Part 1: Point-In-Time Estimates of Homelessness (The U.S. Department of Housing and Urban Development)*, Abt Associates, 2022.
- Duke A., Searby A. *Mental Ill Health in Homeless Women: A Review*, Issues in Mental Health Nursing, 40(7), 2019, 605–612.
- European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Baptista I., Marlier E. *Fighting homelessness and housing exclusion in Europe: a study of national policies*, Publications Office, 2019.
- European Consensus Conference on Homelessness, *Policy Recommendations of the Jury* (Brussels: European Community Programme for Employment and Social Solidarity), 2010.
- Fazzini O., *Homeless e servizi per i senza fissa dimora in Italia e Lombardia*, Éupolis Lombardia, 2015.
- FEANTSA & The Abbé Pierre Foundation, *Sixth Overview of Housing Exclusion in Europe 2021*.
- FEANTSA & The Abbé Pierre Foundation, *Ninth Overview of Housing Exclusion in Europe 2024*.
- Ferrari, R., *Writing narrative style literature reviews*, Medical Writing, 24(4), 2015, 230-235.
- Ferrovie dello Stato Italiane, Osservatorio Nazionale sul Disagio e la Solidarietà nelle stazioni italiane. *Rapporto annuale ONDS 2017*.
- Ferrovie dello Stato Italiane, Osservatorio Nazionale sul Disagio e la Solidarietà nelle stazioni italiane. *Rapporto annuale ONDS 2018*.
- Filippini F., *Poverty and the conditions of the homeless*, Ricerche di Pedagogia e Didattica, Journal of Theories and Research in Education, 2(1), 2007.

- Foucault, M., *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, trad. it. a cura di A. Tarchetti, 2nd Ed., Einaudi, 1976.
- Foucault M., *Storia della follia nell'età classica*, trad. it. a cura di Franco Ferrucci, Rizzoli, 1980.
- Gaetz, S., Barr C., Friesen A., Harris B., Hill C., Kovacs-Burns K., Pauly B., Pearce B., Turner A., Marsolais A., *Canadian Definition of Homelessness*, Canadian Observatory on Homelessness Press, 2012.
- Geremek B., *Uomini senza padrone. Poveri e marginali tra Medioevo e età moderna*, Einaudi, 1992.
- Geremek, B., *L'emarginato*, trad. it. a cura di Panzone R., Editori Laterza, 2012.
- Geremek, B., *La pietà e la forza. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it. a cura di A. Marx Vannini, M. Frau, B. Verdian, Editori Laterza, 2021.
- Giano, Z., Williams, A., Hankey, C., Merrill R., Lisnic R., Herring A., *Forty Years of Research on Predictors of Homelessness*, Community Ment Health Journal, 56(4), 2020, 692-709.
- Giordano, S., *L'estetica del pregiudizio. L'immagine degli homeless nei media e nella comunicazione dei servizi sociali*, Etnografia e ricerca qualitativa, 2, 2013, 231-258.
- Giumelli, G., Gecchele, M., *Poveri e reclusi: dagli ospedali ai ricoveri: legislazione, statuti e condizioni di vita*, Guerini scientifica, 2004.
- Goto H., Culhane D. P., Marr M. D., *Why Street Homelessness Has Decreased in Japan: A Comparison of Public Assistance in Japan and the US*, European Journal of Homelessness, 16(1), 2022, 81-99.
- Grassi, M. F., *Etnografia di una relazione: la reciprocità nello scambio tra social work e homelessness*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", 2021.
- Guillén, A. I., Marín, C., Panadero, S., Vázquez, J. J., *Substance use, stressful life events and mental health: A longitudinal study among homeless women in Madrid (Spain)*, Addictive Behaviors, Volume 103, 2020, 106246.

- Hermans, K., Dyb, E., Knutagård, M., Novak-Zezula, S., Trummer, U., *Migration and Homelessness: Measuring the Intersections*, European Journal of Homelessness, 14(3), 2020.
- Howe N., *Home and Homelessness in the Medieval and Renaissance World*, University of Notre Dame Press, 2004.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, GA Res 2200A (XXI) (16 December 1966) UN Doc A/RES/2200A(XXI) (entered into force 3 January 1976).
- Iwata, M., *What is the Problem of Homelessness in Japan? Conceptualisation, Research, and Policy Response*, International Journal on Homelessness, 1(1), 2021, 98-124.
- LaGory, M., Fitzpatrick, K., Ritchey, F., *Life Chances and Choices: Assessing Quality of Life among the Homeless*, The Sociological Quarterly, 42(4), 2001, 633-651
- Marcus, A., *Shelterization revisited: Some methodological dangers of institutional studies of the homeless*, Human Organization, 62(2), 2003, 134-142.
- McKinney-Vento Homeless Assistance Act 42 U.S. Code § 11302, 1987
- Meo, A., *Homelessness: perché e come occuparsene*, in Consoli, T., Meo, A. (Eds.), *Homelessness in Italia: Biografie, territori, politiche*, FrancoAngeli, 2021.
- Ministry of Housing, Communities and Local Government United Kingdom, *Homelessness: Causes of Homelessness and Rough Sleeping. Rapid Evidence Assessment*, Alma Economics, 2019.
- Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia, sottoscritte nel novembre 2015 in Conferenza Unificata Stato Regioni*, Fio.PSD, 2015.
- Misceo F., *Gli eremiti del marciapiede - Tutela e valorizzazione delle persone senza dimora, tra protezione e promozione della salute psicofisica, bisogni educativi e formativi, politiche di emancipazione e necessità di sicurezza e controllo*, Tesi dottorale in Scienze delle Relazioni Umane, Università degli studi di Bari “Aldo Moro”, 2024.

- Moorkath F., Vranda M. N., Naveenkumar C., *Women with Mental Illness - An Overview of Sociocultural Factors Influencing Family Rejection and Subsequent Institutionalization in India*, *Indian Journal of Psychological Medicine*, 41(4), 2019, 306-310.
- Murphy J., Tobin K. *Homelessness comes to school*, Corwin Press, 2011.
- National Alliance to End Homelessness, *State of Homelessness: 2024 Edition*, retrieved 19 September 2024, from <https://endhomelessness.org/homelessness-in-america/homelessness-statistics/state-of-homelessness/>.
- OECD Affordable Housing Database, *HC3.1 People experiencing homelessness*, 2024, <https://oe.cd/ahd>.
- Office for National Statistics, (ONS), released 29 March 2023, ONS website, Article *Hidden homelessness in the UK: Evidence review*, available at <https://cy.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/housing/articles/hiddenhomelessnessintheukevidencereview/2023-03-29>
- Petti G., *Governare i senza dimora. Etnografia di un caso di assistenza sociale*. Etnografia e ricerca qualitativa, *Rivista quadrimestrale*, 2, 2013, 185-206.
- Pieretti G., *Povert  e povert  estreme: elementi di discussione per il servizio sociale* in C. Landuzzi e G. Pieretti (a cura di), *Servizio sociale e povert  estreme. Accompagnamento sociale e persone senza dimora*, FrancoAngeli, 2003.
- Ranci, C., *Fenomenologia della vulnerabilit  sociale*, *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2002, 521-552.
- Ravenhill M., *The culture of homelessness*, Ashgate Publishing, 2008.
- Saraceno C., *Povert  e famiglie con minori: l'Italia che non vorremmo (vedere)*, Il Mulino, *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 1, 2002, 86-91.
- Signorile C., Grattagliano I., *Senza fissa dimora: una sfida e una 'provocazione' per la nostra societ *, *Prospettive Sociali e Sanitarie*, 7, 2011, 14-19.
- Solenberger A. W., *One Thousand Homeless Men: A Study of Original Records*, The Russell Sage Foundation, Charities Publication Committee, 1911.

- Statistics New Zealand 2014, *New Zealand definition of homelessness: update*. Available from www.stats.govt.nz.
- Stern M. J., *The Emergence of the Homeless as a Public Problem*, *Social Service Review*, 58(2), 1984.
- Stoeffler S. W., Joseph R., *Etiology of poverty: A critical evaluation of two major theories*, *Journal of Sociology & Social Welfare*, 47(1), 2020, 73-96.
- The Canadian Observatory on Homelessness, *Hidden Homelessness*, The Homeless Hub, available at <https://homelesshub.ca/collection/population-groups/hidden-homeless/>.
- United Nation, Human Rights, Office of High Commissioner, *Economic, social and cultural rights*, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/economic-social-cultural-rights>, 22/02/2025.
- United Nations, *Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing*, Report to the Human Rights Council (26 December 2019), UN Doc A/HRC/43/43.
- The Scottish Government, *Hidden Homelessness International Evidence Review: exploring ways of identifying and counting hidden homeless populations – People, Communities and Places*, APS Group Scotland for The Scottish Government, 2023.
- Warburton, W. A., Papic, M., Whittaker, E., *Heterogeneity among Homeless Australian Women and Their Reasons for Homelessness Entry*, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(15), 2022, 8909.
- Wirth T., Mette, J., Prill, J., Harth, V., Nienhaus, A., *Working conditions, mental health and coping of staff in social work with refugees and homeless individuals: A scoping review*, *Health and Social Care in the Community*, 27(4), 2019, 257-269.

O Fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti

di Francesco Petrillo*

Sumário: 3. O problema do método na polêmica entre Emilio Betti e Hans Georg Gadamer; 4. Mito e símbolo nas relações entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica filosófica. Mudança de perspectiva na interpretação das influências mútuas entre os dois; 5. A hermenêutica jurídica bettiana na especificidade jurídico-filosófica italiana da segunda metade do século XX. A fonte filosófica idealista e neo-idealista.

Abstract: On the occasion of the international conference, *O pensamento de Emilio Betti em perspectiva comparada*, which would have been held on 29/11/2024, at the Faculdade de Direito of the Universidade Federal da Bahia, Prof. Mauricio Ricardo Soarez, organizer of the conference, wanted to translate the second part of the volume of the A. on *La decisione giuridica*, Giappichelli, 2005, in which the variegated sources of Emilio Betti's legal hermeneutics were studied. The scientific report, then presented on the scheduled date, in Salvador de Bahia, accompanied by slides in Portuguese, has strongly taken into account this ancient work, albeit in the amplifying tension, determined by the subsequent investigations of the author, carried out in the twenty years since the publication of the volume. But, considering the intricate complexity of the foundation of Betti's hermeneutics, philosophical because it is juridical and legal because it is political, founded as it is on its historical-methodological substratum, this writing from the beginning of the millennium still remains a stimulating reading today. In its Portuguese translation, moreover, it is proposed to overseas jurists as a

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi del Molise.

starting point and indispensable premise for the understanding of the juridical-hermeneutical methodology, which is progressively increasing in use among the High Courts of Justice, but also among the minor Courts of Justice, in the countries of South America, as a corrective possibility of the logical-analytical interpretation of the law. The latter, in fact, now appears insufficient to apply norms, written for simpler societies than the complex realities of today's peoples, in which there is no correspondence between the customs, religions and values of those who conceived them and those to whom they must now be applied.*

Keywords: Hermenêutica Jurídica, Hermenêutica Filosófica, Emilio Betti.

L'interesse della Rivista a proporsi come strumento utile tanto allo studioso, quanto dell'operatore del diritto – che è concettualizzazione teoretica, ma anche realtà fenomenica, considerata l'attività giornaliera delle Corti non solo in Italia, ma anche in altri Paesi, non solo Europei – ha spinto il Comitato Scientifico e me in prima persona a proporre le relazioni presentate in occasione di un convegno svoltosi in Brasile con studiosi del nostro Paese a discutere di un nostro eminente giurista. Il convegno intitolato *O pensamento de Emilio Betti em perspectiva comparada*, si è svolto presso la *Facoltade de direido dell' Universidade Federal da Bahia*,

* Tradução de Ricardo Maurício Freire Soares (Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação, Mestrado e Doutorado). Membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia) e Luis Henrique de Menezes Acioly (Pós-Graduando em Direito Digital (Especialização) junto ao Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) da UERJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa - UniRuy. Coordenador de Pesquisa do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq. Advogado).

e l'organizzatore, Prof. Mauricio Ricardo Soarez, ha tradotto, nell'interesse dell'uditorio, gli scritti dei due relatori in lingua portoghese. La locandina del convegno fa da copertina alle trattazioni degli Autori. Poiché uno dei due saggi è molto lungo si è deciso di dividerlo in due parti, per cui su questo numero viene pubblicata la parte seconda.

3 O problema do método na polêmica entre Emilio Betti e Hans Georg Gadamer

A posição filosófica gadameriana é claramente distante da perspectiva eminentemente jurídica bettiana.

A conhecida polêmica entre Emilio Betti e Hans Georg Gadamer foi mais uma divergência quanto à abordagem da ciência da interpretação do que propriamente uma discussão sobre a maneira de fazer filosofia hermenêutica.

No entanto, é precisamente essa atitude divergente em termos de abordagem que permite uma estrutura orgânica de toda a análise de uma hermenêutica que pretenda ser jurídica. Isso no sentido de que apenas uma distinção para o confronto entre a hermenêutica jurídica bettiana, que é fundadora da hermenêutica filosófica, e uma hermenêutica jurídica gadameriana, que, por sua vez, é uma expressão excelente da hermenêutica filosófica, permite definir plenamente o significado abrangente da necessidade de uma autonomia conceitual completa da hermenêutica jurídica, seja esta considerada como metodológica ou não.

Esse sentido abrangente é ainda mais relevante para o jurista na medida em que se torna necessário captar a dimensão preponderante que a hermenêutica jurídica acaba por ter na ciência jurídica italiana do pós-guerra.

É conveniente, contudo, proceder de forma gradual.

À luz dos estudos mais significativos sobre o tema, não parece possível duvidar que a metodologia e a necessidade de método em uma teoria geral hermenêutica representam, com certeza, o centro da polêmica entre Betti e Gadamer.

O método é precisamente a ilusão cientificista que Gadamer busca negar para resgatar aquele diálogo com as ciências do espírito que Heidegger havia interrompido¹, mas, sobretudo, a pretensão de objetividade que caracterizava as ambições do objetivismo historicista². A hermenêutica gadameriana, por outro lado, pelo menos em suas premissas, apresenta-se mais como um processo histórico do que como uma metodologia, e o círculo hermenêutico mais como uma tradição que envolve o sujeito e o objeto da interpretação por meio da análise da linguagem³, na memória de Humboldt, do que como uma relação entre o sujeito julgador e o sujeito-objeto julgado, voltada para o fim axiológico da realização da justiça.

No que diz respeito à estruturação da metodologia hermenêutica bettiana, na filosofia hermenêutica de Gadamer é preciso, antes de tudo, destacar um percurso de pesquisa que se interessa expressamente pela hermenêutica jurídica e que é, talvez, o ponto central de distanciamento, mas também, paradoxalmente, de uma possível proximidade entre Betti e Gadamer no que diz respeito à substância que pode preencher de conteúdo a hermenêutica em geral.

Para Gadamer, nunca existe um *prius* nem um *posterius* no momento hermenêutico. História e filologia, por exemplo, nunca têm um papel apenas de reconhecimento⁴, e a pré-compreensão não pode ser um pressuposto metodológico⁵ ou um cânone da interpretação.

¹ RICOEUR, P. **Ermeneutica filosofica e ermeneutica biblica**. Tradução Italiana. Brescia: Paideia, 1977, pp. 32 e 33; MENGONI, L. La polemica di Betti con Gadamer. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, 1978, p. 139.

² BRETONE, M. **Il paradosso di una polemica**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 116.

³ *Ibidem*.

⁴ GADAMER, H. **Wahrheit und Methode** (1960). IV ed. Tübingen, 1975, pp. 294-295.

⁵ *Ibidem*, p. 484.

A estruturação metodológica bettiana praticamente se desfaz na ontologia-gnosiológica de Gadamer, uma ontologia que nega ao ser sua propensão ao conhecimento, pois, na visão gadameriana, o conhecimento é algo em que se mergulha, mas que não precisa necessariamente ser desejado, e, sobretudo, não é obrigado a se definir como vontade e decisão.

O dever de querer conhecer e decidir será, por sua vez, o ponto central da hermenêutica jurídica bettiana, que se transforma em hermenêutica geral⁶, aplicável a todos os campos do saber.

No entanto, suspendendo, por assim dizer, o problema do método como questão central da polêmica sobre a ideia de uma teoria geral hermenêutica, no plano da hermenêutica eminentemente jurídica existe um ponto teórico de forte contato entre Betti e Gadamer que deve, neste contexto, ser enfatizado.

Gadamer reconhece, assim como Betti, que a história e a filologia (mas sobretudo, como explicará Betti partindo do direito, o direito e a teologia) nunca têm um papel meramente de reconhecimento. Nelas, a função aplicativa⁷ é sempre muito forte e emergente. O reconhecimento do que é significativo e que realmente é significativo, por ser dotado de sentido⁸ desde o início, em Gadamer, possui uma eficácia automaticamente normativa e decisiva.

Nesse sentido, Gadamer, como bem foi explicado⁹, vê no direito e na teologia os verdadeiros modelos da ontologia hermenêutica, pois incluem de forma decisiva uma *Applikation*. É justamente a *Applikation* que a hermenêutica filosófica de Gadamer, em sua complexidade, não consegue justificar plenamente, pois, na ausência de método, ela deve recorrer a esse

⁶ BIANCO, F. La teoria dell'interpretazione di Emilio Betti nel dibattito ermeneutico contemporaneo. **Rivista di filosofia**, n. 3, 1993, p. 304 ss; BIANCO, F. Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere: Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti. **Quaderni fiorentini**, n. 7, 1978, p. 13 ss.

⁷ BRETONNE, M. **Il paradosso di una polemica**. Milão: Giuffrè, 1979, pp. 116-118.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

“milagre da compreensão”¹⁰, que nada mais é do que uma unidade com a continuidade histórica do pensamento humano.

Esse “milagre da compreensão” não é, no entanto, uma peça indispensável da hermenêutica jurídica que, por si só, aplica e, portanto, decide, e que, em relação à teológica, não sofre, como foi bem escrito, aliás, seguindo os passos de Gadamer, “a redução objetivista a que o historicismo romântico submeteu a segunda”¹¹.

Mas se a *Applikation* diz respeito à filologia, à história, ao direito e à teologia, por que recorrer ao expediente do “milagre da compreensão” quando existe uma ciência na qual se compreende especificamente para aplicar, para decidir, ou seja, a ciência da interpretação jurídica, que é um componente e uma característica da ciência jurídica como um todo?

Essa é a questão de Betti diante da filosofia de Gadamer, mas é, sobretudo, a questão do jurista diante das ciências do conhecimento que pensam poder proceder em relação ao objeto a ser compreendido como se fosse possível prescindir da contribuição do sujeito conhecedor, uma contribuição que, se não for de natureza decisória-aplicativa, é, no mínimo, de natureza modificativa-aplicativa do conteúdo linguístico original do documento ou monumento.

O “milagre” gadameriano é, aos olhos do jurista Betti, portanto, e não poderia ser diferente, um “escândalo”¹².

É um escândalo porque, ao proceder à maneira gadameriana, privando-a de seu caráter transcendente, a hermenêutica perde sua cientificidade e, sobretudo, um possível método científico. Na prática, priva-se a hermenêutica, como ciência do conhecimento, do requisito indispensável da vontade do sujeito interpretante, que deseja conhecer e deve querer decidir conforme suas capacidades gnoseológicas.

¹⁰ *Ibidem*, p. 116.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 117.

Ironia do destino ou do caráter multifacetado dos resultados da pesquisa científica, a polêmica entre Betti e Gadamer encontra justamente no ponto de maior contato entre as teorias dos dois pensadores, a saber, a *Applikation*¹³ gadameriana, tão próxima da interpretação em função normativa de Betti, o momento de maior distanciamento, ou seja: a metodologia.

O círculo da compreensão gadameriana, ainda que inclua a *Applikation*, “não é de forma alguma um círculo metódico”¹⁴. Isso é evidente desde a hipótese original de trabalho do filósofo alemão.

As “condições dentro das quais a compreensão ocorre”¹⁵ não são, para Gadamer, condições pré-determinadas ou passíveis de pré-determinação, pois, segundo Gadamer, na ontologia não existem momentos possíveis de serem pré-determinados. Se determinássemos previamente as condições dentro das quais a compreensão ocorre, transformaríamos a ontologia da compreensão em um método de compreensão, nosso fazer cognitivo, inserido na história, em um dever fazer ou em um querer fazer. Mas a hermenêutica, para Gadamer, consiste justamente em entender e estudar

¹³ Além disso, deve considerar-se como estabelecido, do ponto de vista científico, como bem escrito, que a *Applikation* Gadameriana ainda provém do mundo jurídico, cf. GRIFÒ, G. Il problema dell’ “interpretativo”. **Labeo**, n. 34, 1988, p. 218, em que o autor escreve: “*Ora, che noi si continui a ignorare tutto questo quando il discorso dell’applicazione di Gadamer viene dal mondo giuridico è abbastanza strano, perché in questo modo il quadro reale dei problemi e delle differenze viene a mio avviso eccessivamente semplificato. In alcuni casi problemi che esistono da sempre dentro una certa logica e una certa esperienza vengono datati in avanti e vengono in questo modo in parte alterati*”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: “Ora, é bastante estranho o fato de continuarmos a ignorar tudo isto quando a discussão da aplicação de Gadamer vem do mundo jurídico, porque desta forma o quadro real dos problemas e diferenças fica, na minha opinião, excessivamente simplificado. Em alguns casos, problemas que sempre existiram dentro de uma certa lógica e de uma certa experiência são datados e, portanto, parcialmente alterados”.

¹⁴ GADAMER, H. **Wahrheit und Methode** (1960). IV ed. Tübingen, 1975, pp. 274-275.

¹⁵ *Ibidem*, p. 275.

que “o que acontece através de nós, além da nossa vontade e do nosso fazer, constitui o problema”¹⁶.

A chave que abre a porta para a solução da questão está, provavelmente, na relação com as raízes do pensamento existencialista alemão, que se intensifica cada vez mais na conceitualização gadameriana, definindo-se. Ou seja, no fato de que, em última análise, Gadamer não consegue completamente, embora deseje, ao ir além do pensamento de Martin Heidegger, unir perfeitamente as ciências do espírito e as ciências da natureza, pelo menos no sentido de que não se deve considerar uma rígida oposição entre as duas¹⁷, de modo que seja necessária uma mediação, por exemplo, metodológica.

Para Gadamer, o erro de Betti reside na busca dessa mediação, mas, sobretudo, em situar, por parte deste último, o conceito de pré-compreensão no âmbito do método.

Betti não compreendeu, segundo Gadamer, “que a pré-compreensão não é um conceito metodológico”¹⁸.

Desse modo, é evidente que a abordagem ontológica, à qual Gadamer se refere constantemente, acaba por ser esvaziada de pelo menos dois momentos altamente significativos para uma dimensão da compreensão que se queira decididamente e puramente posicionada no ser:

- a) o momento necessário do querer compreender do ser, que caracterizou a filosofia ocidental, até mesmo pré-platônica;
- b) a necessidade de que o ser, como espírito interpretante, encontre um espaço próprio, por exemplo, metodológico, dentro da natureza interpretada.

É essa abordagem que, ao se analisar com atenção, faz com que a hermenêutica gadameriana, juntamente com a heideggeriana, caia em uma

¹⁶ Cf. GADAMER, H. **Wahrheit und Methode** (1960). IV ed. Tübingen, 1975, p. XIV da Introdução; e em particular BRETONE, M. **Il paradosso di una polemica**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 120.

¹⁷ Cf. GADAMER, H. **Wahrheit und Methode** (1960). IV ed. Tübingen, 1975, p. 19.

¹⁸ Ibidem, pp. 484 e 495, nota 2.

dimensão que, nascida das conclusões da filosofia nietzschiana, corretamente só pode ser definida como uma “vocação niilista da hermenêutica”¹⁹.

É precisamente nesse contexto que surge o problema do “quid de jure agit debeat”²⁰, ou seja, a “quaestio juris relativa à legitimidade dos procedimentos seguidos pelo intérprete”²¹, que Betti utiliza para contra-argumentar Gadamer.

Camerte, de fato, faz referência a uma *quaestio juris* para reafirmar sua perspectiva fortemente jurídica da hermenêutica, mas a dúvida, como claramente emerge, é filosófica e mais precisamente interna à filosofia kantiana²².

Ela pode ser colocada da seguinte forma: “*a ciência pura da natureza tem ou não tem a possibilidade do transcendente em si mesma, ou seja, pode ir além do que deveria ser em virtude de leis pré-estabelecidas?*”.

Para Gadamer, sim²³.

Para Betti, assim como para a hermenêutica romântica, as ciências do espírito também têm, como as ciências naturais, a possibilidade de estabelecer leis para si mesmas, ou pelo menos de seguir critérios pré-estabelecidos que garantam uma verificação epistemológica confiável.

E o *habitus* jurídico baratoniano-bettiano²⁴, além da disputa com Gadamer, vai ainda mais longe. Ele se move em um território mais amplo, certamente mais complexo ou pelo menos mais fragmentado, em comparação com o da hermenêutica romântica. Esse *habitus*, essa pré-compreensão, não busca a verdade nas ciências do espírito, mas procura fazer da atividade do espírito

¹⁹ VATTIMO, G. **Oltre l'interpretazione**. Roma-Bari: Laterza, 1994.

²⁰ BETTI, E. L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere. In: **Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari**, XVI, 1962, p. 27, nota 16.

²¹ MENGONI, L. La polemica di Betti con Gadamer. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, 1978, p. 128.

²² Cf. KANT, I. Kritik der reinen Vernunft, I, 2, § 13.

²³ GADAMER, H. **Wahrheit und Methode** (1960). IV ed. Tübingen, 1975, p. 484.

²⁴ Sobre a relação entre Baratonio e Betti ver, em particular, acima, a nota 63

uma ciência confiável com seu objeto específico e seus procedimentos e critérios próprios.

Tais procedimentos e critérios não são nada mais do que a estrutura dessa ciência jurídica civilista da qual se parte para adentrar com segurança em todas as ciências do espírito, uma ciência jurídica evidentemente impregnada da perspectiva culta da *hermeneutica juris* tardo-medieval e humanista-renascentista.

Com o auxílio da metodologia jurídica, Betti supera, sem negá-la, a canonística romântica e supera aquela contradição, apontada por Gadamer, segundo a qual, como bem se destacou²⁵, as ciências histórico-hermenêuticas, se por um lado se reduzem ao iluminismo, por outro se caracterizam pelos impulsos da restauração romântica.

E, assim, ele apreende também o problema complexo e obscuro de toda a tradição jurídico-hermenêutica humanista, mas já presente na tradição romanista, da qual, em relação a Gadamer, o jurista de Camerino sabe considerar devidamente: o problema do mito.

Foi corretamente sustentado o quanto é relevante o fato de que Gadamer não consegue superar, em *Verdade e Método*, a questão da relação entre razão histórica e essência mitológica da história²⁶, não consegue apreender, com sua abordagem deliberadamente não metodológica, ou, pode-se afirmar mais decididamente, não jurídica, a coincidência entre “atemporalidade e tempo”²⁷, que pode realizar, de fato, o terrível ídolo do presente contínuo²⁸, mas que garante, em qualquer caso, se “manipulada” por um intérprete experiente, a explicação da transformação contínua do

²⁵ Cf. BREONE, M. **Il paradosso di una polemica**. Milão: Giuffré, 1979, p. 124, e há notas 30 e 31, onde o autor cita a réplica de Gadamer à polêmica sobre a visão da história que lhe foi dirigida por J. Harbermas, em GADAMER, H. Replik. **Hermeneutik und Ideologiekritik**. Frankfurt am Main, 1971, pp. 229-300.

²⁶ Conforme nota 32, em que o autor cita GADAMER, H. Das problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie. **Kleine Schriften**, I, 194, pp. 9-10.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Conforme nota 32, em que o autor cita ADORNO, T. H. **Negative Dialektik**. Frankfurt am Main, 1966, pp. 61-62, trad. it. Torino: Einaudi, 1970.

presente, justamente pelas contínuas possibilidades interpretativas que o presente pode oferecer de si mesmo.

A coincidência entre atemporalidade e tempo, por outro lado, não escapa à relação forma/substância da norma jurídica e à sua essência de predeterminação de comportamentos ainda não concretizados nos fatos históricos. Ela não escapa ao jurista de Camerino, que, usufruindo da experiência jurídica romana e medieval-humanista, tem em suas mãos, *ab initio*, a solução da questão. Pois o pensamento hermenêutico é seguramente, e ainda assim, uma relação entre querer ser e dever ser, entre razão histórica e realidade vinculante, entre história e mito; e é justamente a ciência jurídica que contém em si o sentido e as razões, a forma estrutural e o conteúdo de uma hermenêutica geral, aplicável a todos os campos do saber.

4 Mito e símbolo nas relações entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica filosófica. Mudança de perspectiva na interpretação das influências mútuas entre os dois

É fundamental observar, pelo menos por razões de completude da argumentação, no âmbito da identificação das peculiaridades da perspectiva bettiana da hermenêutica jurídica que se torna hermenêutica para todos os campos do saber, que quem parte da filosofia, considerando que a hermenêutica jurídica é apenas um momento da hermenêutica filosófica, acaba, em qualquer caso, por reconhecer à hermenêutica jurídica sua forte dimensão de: conhecimento de significados contínuos que evoluem no tempo, tomando como ponto de partida princípios reguladores estabelecidos.

Deve-se, entretanto, destacar de imediato que diferente é a maneira como se chega a esse mesmo resultado e diferentes são as consequências teóricas. As influências que a filosofia de Martin Heidegger exerce sobre a filosofia hermenêutica de Hans Georg Gadamer arraigam nos estudiosos a convicção

de que a epistemologia hermenêutica nada mais é do que a ciência cujo objeto é a sinergia entre historicidade e linguagem, ou seja, o estudo da trajetória de significados linguísticos contínuos em transformação no tempo histórico²⁹.

Nesse ponto, a obra fundamental de Heidegger não é a mais conhecida *Sein und Zeit*, mas sim a obra que trata do problema da busca da essência da verdade, a saber: *Vom Wesen der Wahrheit*³⁰, que, vale destacar, traz como subtítulo: *Sobre o mito da caverna e sobre o Teeteto de Platão*, uma obra posterior a *Ser e Tempo* e que inclui as aulas que Heidegger ministrou em Friburgo no semestre de inverno entre 1931 e 1932.

Existem duas razões fundamentais pelas quais essa obra ganha ampla relevância no contexto do percurso de pesquisa que está sendo seguido:

- a) Porque é a obra que estabelece com clareza a base indispensável que o relacionamento conceitual entre a gnoseologia clássica e a gnoseologia pós-cristã e moderna confere à hermenêutica filosófica;
- b) Porque nesta obra, com grande clareza, o filósofo alemão, e o fará novamente em 1940, com o ensaio intitulado *A Doutrina Platônica da Verdade*, dá um destaque decisivo ao mito platônico como fonte originária da gnoseologia moderna e contemporânea.

Em *A Essência da Verdade*, Heidegger, de fato, assim como fará mais tarde Gadamer, não se confronta tanto com o problema gnoseológico, ou seja, com o método de conhecimento, mas sim com a ontologia, ou seja, a ciência do ser que fundamenta o conhecimento. Heidegger condena o Mito da Caverna de Platão, como se sabe, e o faz enquanto *Sinn-bild*, símbolo ao qual Sócrates recorre para explicar o problema da verdade, porque o uso do mito, em sua visão, serve a Platão para transformar o conceito de verdade de um momento que envolve o próprio ser em um momento instrumental

²⁹ Cf. as últimas páginas do capítulo anterior sobre a relação entre tempo, história e mito.

³⁰ HEIDEGGER, M. **Vom Wesen der Wahrheit**. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, trad. it. de Franco Volpi, Milão: Adelphi, 1997.

do ser. O *tò aletés*, ou seja, o desvelado, mas também o desvelar-se e o desvelar, que não se distingue do que está velado, com o qual coexiste, é gradualmente transformado, pela leitura do mito, em *ortòtes*: a correção da visão, a correção do julgamento.

Se a *ortòtes* é fixada na capacidade dogmática do sujeito que constrói seu mundo, o *tò aletés* é temporal, ligado às diversas mudanças do tempo e da história.

A busca da verdade, como resultado do julgamento oposto à falsidade, na *ortòtes*, é, segundo Heidegger, apenas uma concepção limitada. Em vez de se limitar ao aspecto do resultado, é necessário ser imerso, com o risco coimplicado de cair, de errar, no evento global do julgamento.

A busca, ao contrário, de uma verdade³¹ que é contínuo desvelamento em relação com o tempo, garante a possibilidade continuamente adaptativa do objeto interpretado à história e, sobretudo, aos conteúdos linguísticos de expressão cognitiva que se formam ao longo da história. Mas, justamente quando se percebe a necessidade de estabelecer a diferença entre verdade ontológica e gnoseológica em Heidegger primeiro e Gadamer depois, a escolha de se precipitar no julgamento, de viver o evento do julgamento³², independentemente do aspecto do resultado do julgamento, ainda assim

³¹ FOUCAULT, M. **La verità e le forme giuridiche**. Trad. it. de L. Alessandro. Napoli: Arte tipográfica: 1991. O volume contém, traduzido para o italiano, as cinco conferências proferidas por Michel Foucault entre 21 e 25 de maio de 1973 na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Nas conferências o problema da verdade é visto, de forma interessante como apoiado no texto, como um jogo de teste e identificação na relação entre conhecimento e vontade, poder/saber, determinado pelo fato de: “*Dietro la conoscenza c’è una volontà senza dubbio oscura, non di attrarre l’oggetto verso di sé, di somigliargli, ma al contrario di allontanarsi da esso e di distruggerlo: radicale cattiveria della conoscenza*” (*ibidem*, p. 33). Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “Por trás do conhecimento há uma vontade obscurece sem dúvida, não de atrair o objeto para si, de se assemelhar a ele, mas, pelo contrário, de se afastar dele e de destruí-lo: mal radical do conhecimento”. Das lições de Foucault emerge claramente o drama nietzschiano e heideggeriano do niilismo ao qual a hermenêutica filosófica pode conduzir sem uma metodologia que o garanta, drama do qual Betti tem consciência e que tenta resolver com a sua metodologia jurídico-hermenêutica. Para o jurista, diante do drama da decisão acertada, que permite a continuidade da convivência social, o niilismo não pode ser concedido.

³² *Ibidem*, pp. 21-25.

não permite um retorno à ontologia, um retorno ao ser interpretativo que envolve sujeito e objeto da interpretação.

Ao se precipitar no julgamento, não há apenas a direção de sentido que caracteriza o Heidegger de *Ser e Tempo*, mas sim, mais propriamente, o Heidegger existencialista que separa o existir do ser e, conseqüentemente, conduz o conhecimento para fora do ser. Na prática, ocorre que o Mito da Caverna de Platão e o desvelamento apenas parcial das imagens da caverna deixam de se caracterizar por sua exigência ontológica originária, ou seja, a busca pela reunião com o ser, mas sim pela fragmentação ontológica que resulta da busca por um evento que é precipitado na história.

Pode-se usar, para explicar sinteticamente a questão, a seguinte expressão aforismática: o *Dasein*, no pensamento heideggeriano primeiro, e gadameriano depois, esquece o ser que deseja.

O conhecimento, na filosofia hermenêutica heideggeriana e gadameriana, torna-se uma pré-compreensão contínua entre o sujeito interpretante e o objeto interpretado, que, em sua circularidade, não é mais capaz de encontrar o ser, ou seja, o sujeito interpretante subjetivo e não subjetivo³³, que quer que seja desejado. Principalmente porque, vale notar, essa gnoseologia já não necessita do ser, dada a autossuficiência do conhecimento hermenêutico na contínua evolução das linguagens ao longo do tempo histórico.

Ao transferir o raciocínio para o terreno da juridicidade, é fácil constatar que essa hermenêutica filosófico-gnoseológica gera resultados análogos quanto ao relacionamento entre sujeito e objeto da interpretação jurídica, mas, como já foi sustentado, a relação entre interpretação e história, interpretação e temporalidade, se coloca de forma diferente nela. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica permanece impregnada de história,

³³ Para um conceito de subjetividade, como posição supra partes do sujeito julgador que se libertou do desperdício de interesse subjetivo particular típico da subjetividade partidária, conferir CHIODI, G. M. **Equità**: La regola costitutiva del diritto, Torino: Giappichelli, 2000.

entendida como ideia coletiva, costumes, cultura ou, em um limite, mas já é mais difícil de se imaginar, com a ideia de história entendida como momento de consciência, espiritual, individual, mas não consegue garantir um vínculo com o tempo natural que permita à interpretação desvincular-se diacronicamente da subsunção normativa sincronizada e formal.

A norma a ser interpretada, portanto, permanece ligada à sua história, ou melhor, segundo a tradicional perspectiva jusfilosófica, ao seu legislador (mesmo que entendido como síntese suprema de valores), ou ao intérprete daquele legislador, à lei e ao conceito de lei, ou a uma interpretação funcional a essa lei.

Na metodologia hermenêutica, que nasce como superação da interpretação jurídica, ou seja, na hermenêutica de Emilio Betti, o vínculo entre sujeito interpretante e história entendida como conjunto de ideias, costumes, cultura ou como momento de consciência, espiritual, individual, é menos forte.

Isso pode ser bem compreendido a partir da interpretação do mito, que, em vez de ser um momento de separação entre história e ser, como ocorre na perspectiva heideggeriana, no pensamento bettiano, torna-se o momento que age como cola entre tempo e ser, permitindo a realização da interpretação filológica, que é uma interpretação desveladora da realidade simbólica. Não por acaso, a forte diferença entre a hermenêutica de Heidegger e a de Betti pode ser observada justamente na distinta interpretação que os dois autores propõem para o que é o simbólico.

Certamente tem sido pouco considerado, mesmo no âmbito dos estudos sobre a já mencionada polêmica com Gadamer, o enfoque que a hermenêutica jurídica, fundamento da hermenêutica filosófica de Betti, tem com o problema do relacionamento entre interpretação jurídica, por um lado, e símbolo, mito e história, por outro.

Seria, sem dúvida, uma grave omissão excluir o nome de Emilio Betti de uma bibliografia sobre uma simbólica jurídica que se pretende rigorosamente científica. Isso porque, ao estudar a relação entre a

interpretação jurídica, o mito, o símbolo e a história, o jurista de Camerino percebe a contraposição entre a diacronia hermenêutica, como a sucessão de eventos linguísticos no tempo, mesmo que desprovidos de direção de sentido, e a história entendida como tempo que leva a um fim coletivo ou que se coloca como um fim individualista.

Por essa sua fundamental caracterização, a metodologia hermenêutica jurídica é constantemente obrigada a se confrontar com o símbolo, o mito, o tempo e a história, sendo que é justamente nesse confronto que se podem encontrar as raízes fundadoras de uma hermenêutica aplicável a todos os campos do saber.

É a *Teoria Geral da Interpretação*, como obra fundamentalmente filosófica, que aborda a questão da relação entre interpretação jurídica, mito e símbolo. Nela, a interpretação do mito e do símbolo é claramente contraposta à interpretação histórica, sendo posicionada no âmbito da interpretação filológica, de uma peculiar interpretação filológica³⁴.

O mito, como resposta a uma demanda suprassensível do ser humano e como: “coação mágica do futuro a delinear-se e revelar-se”³⁵, não deve ser considerado um antecedente de formas mais modernas (por exemplo, um precursor do conhecimento científico), nem uma revelação da natureza delineada antropomorficamente. Concretamente, “do *mythos*, que é confissão e crença significativa, ao *logos*, que é conhecimento raciocinado, não há transição”³⁶.

Aqui, na explicação do sentido do *Mythos*, encontra-se uma forte raiz da metodologia hermenêutica de Betti, de toda a ciência hermenêutica contemporânea e da relação desta última com a temporalidade.

Mythos e *logos* não se sucedem de forma alguma na ordem do tempo, mas estão sempre um ao lado do outro: “como os filhos do rei na canção, separados por uma água profunda que os impede de se reunir, em contraste

³⁴ BETTI, E. **Teoria generale dell'interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1990, pp. 350-390.

³⁵ *Ibidem*, p. 387.

³⁶ *Ibidem*.

e nostalgia recorrentes, embora frequentemente se integrem, como no mito platônico”³⁷. Eles são: “dois graus históricos e momentos dialéticos do pensamento humano, que, longe de serem pura negação um do outro, contêm cada um elemento do outro, alternam-se e passam um ao outro em um processo que nunca pode ser considerado fechado”³⁸.

Nessa perspectiva, evidentemente, o processo histórico não tem mais um fim unidirecional. O tempo permanece como um caminho necessário para o indivíduo contemporâneo, mesmo que não seja mais um caminho que leva a uma meta predeterminada, certa.

Essa meta não será nem o resultado de uma demanda coletiva, nem propriamente o resultado de uma demanda individualista – consciencial – espiritual, mas sim o resultado de uma demanda individual, dessa individualidade coletiva que é própria da decisão imediata de cada julgamento individual, dessa consciência individual que só tem sentido enquanto determinada pela convergência nela de uma consciência coletiva³⁹.

A coexistência de *mythos* e *logos* realiza, assim como em Heidegger, a essência do fenômeno simbólico.

Mas Betti inverte completamente o modo de interpretação do símbolo em relação a Heidegger e, enquanto Heidegger propõe um precipitar-se na *Sinn-Bild*, para dividir o símbolo e captar seus significados mais essenciais,

³⁷ *Ibidem*, p. 388.

³⁸ *Ibidem*, p. 389.

³⁹ Sobre o conceito de pessoa como consciência coletiva, trazido pelo personalismo francês, do qual Betti não parece estar totalmente livre, embora mencione Emmanuel Mounier apenas uma vez na Teoria Geral (BETTI, E. **Teoria generale dell’interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1990, p. 425), como me refiro em outras citações, embora muitas vezes se refira à consciência da filosofia dos valores, que na realidade ela refuta no que diz respeito ao momento atual da interpretação, cf. LIMONE, G. **Tempo della persona e sapienza del possibile**: Valori, politica, diritto in Emmanuel Mounier. Napoli: Esi, 1988; LIMONE, G. **Dimensioni del simbolo**. Napoli: Arte Tipografica, 1997, p. 119 e ss; e por último LIMONE, G. **Il sacro come la contraddizione rubata**. Napoli: Jovene, 2001.

Betti, como jurista e especialmente como jusromanista, faz do símbolo um caso de “excesso de conteúdo em relação à forma”⁴⁰.

O símbolo é uma imagem, um signo, um evento que representa e alude a algo além de si, embora não se expresse como uma realidade transcendente. Sua característica, do ponto de vista interpretativo, é que, para interpretá-lo, é necessário um duplo modo de apreciação.

Nesse momento da argumentação, é expresso um conceito particularmente fascinante: o objetivo da interpretação se apresenta como nada mais do que uma “expansão do símbolo”⁴¹, ou seja, não se ater, por parte do intérprete, à sua manifestação exterior. Agindo dessa forma, interpretaria-se a significância, não o significado.

“Em vez de reduzir o símbolo, atribuindo-lhe um significado literal na ilusória convicção de assim chegar a uma espécie de experiência pura, trata-se de potencializar e enriquecer sua linguagem, expandindo e não limitando sua força alusiva”⁴². Isso significa que, para Betti, justamente não tomando o símbolo ao pé da letra, pode-se captar sua extensão ontológica.

De fato, também o símbolo, em sua relação sinérgica com o tempo que, na prática, já no sentido etimológico, ele mantém unido, não permanece fora da diacronia hermenêutica, mas se torna um modo adicional de comunicação de significados na sucessão dos eventos temporais.

A hermenêutica, primeiro como ciência da interpretação jurídica e depois filosófica, abandona, assim, o positivismo lógico, o historicismo e o individualismo dos modelos de experiência de valor, mas não abandona a ideia de individualidade como parte da generalidade, a ideia de consciência individual que é tal porque é coletiva. Permanece, portanto, presente, nesta hermenêutica, e até mesmo absolutamente determinante, a subjetividade-interpretante, que é ao mesmo tempo o meio e o fim do processo

⁴⁰ BETTI, E. **Teoria generale dell’interpretazione**. Milão: Giuffré, 1990, pp. 383-386.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

interpretativo, porque, ontologicamente, não tem interesses e fins diferentes da subjetividade interpretada.

Mas a ciência que se interessa pela interpretação de demandas de subjetividade e não apenas de objetos, ou seja, de documentos ou monumentos, é precisamente a ciência jurídica. Somente esta ciência contém em si as bases metodológicas de uma possível hermenêutica válida para todos os campos do saber.

No âmbito da juridicidade, de fato, não se interpreta para alguém que está além do sujeito interpretante, nem se interpreta por algo. O sujeito interpretante é o *Vorverstehen*, aquele que já conhece e vive de sua necessidade de conhecer para melhor decidir, aquele que dá sentido à circularidade hermenêutica entre sujeito interpretante e objeto interpretado (que é o sujeito que solicita o julgamento), uma circularidade que é eminentemente temporal, que se preenche de tempo e não é nem sincrônica, em que o tempo pode estar todo contido no objeto a ser interpretado, nem historicista, em que o tempo só faz sentido em função de um fim determinado, mas é, antes, diacrônica, no sentido de que a sucessão dos eventos se torna uma sucessão circular de significados linguísticos em transformação no tempo. Dentro da temporalidade jurídica da decisão do julgamento, que só pode se apresentar, após as avaliações gnoseológicas, de forma imediata e instantânea como ato de vontade, vivem, de fato, o sujeito que interpreta e o sujeito que solicita a interpretação como solução do próprio julgamento.

Mito, logo, símbolo e tempo diacrônico, entendido como sucessão contínua dos eventos da interpretação, são precisamente os termos que dão conteúdo à juridicidade e, na trajetória da hermenêutica contemporânea, fazem da metodologia hermenêutica jurídica o elemento constitutivo e originário da hermenêutica filosófica, oferecendo a esta última a possibilidade de se mostrar como uma epistemologia fenomenológica livre da prisão em que seria encerrada pelo subjetivismo historicista ou pelo objetivismo sociológico.

Em suma, se não se discute a paternidade da hermenêutica contemporânea como ciência do espírito e *species* do *genus* filosofia na obra de Hans Georg Gadamer e, antes ainda, de Martin Heidegger, é também verdade que a hermenêutica jurídica de Emilio Betti tira pouquíssimos elementos dessas fontes alemãs da hermenêutica jurídica.

Em Betti, desde as premissas da construção⁴³ de seu método de interpretação, há um interesse específico pela juridicidade e uma delimitação precisa do conteúdo da pesquisa a ser realizada.

Pode-se, assim, afirmar que, enquanto no pensamento de Gadamer o *genus* filosofia se transforma na *species* hermenêutica e se propõe como ciência universal do espírito aplicável a qualquer objeto possível, entre os quais se pode incluir o direito, na hermenêutica bettiana o método interpretativo nasce para um objeto bem determinado, o direito, mas depois se estende a outros objetos possíveis, na perspectiva da universalidade do espírito interpretante. A particularidade da posição desse espírito reside no fato de que ele interpreta não para outros espíritos, mas para si próprio justamente porque interpreta para todos os outros, já que ele e os outros, juntos, pertencem à mesma espiritualidade universal, que, apenas no momento em que se decide o julgamento, vive a individualidade imanente e temporária da partilha do conceito geral e universal de justiça no momento particular. Tudo o que foi exposto implica que, embora os pontos de partida e os conteúdos das pesquisas realizadas sejam diferentes e fique claramente evidente que, enquanto em Hans Gadamer e Martin Heidegger o interesse é eminentemente filosófico, em Emilio Betti o interesse originário é eminentemente jurídico, ninguém poderá afirmar que este último prescinde totalmente de uma filosofia.

Aliás, o próprio Gadamer, que desejava a admissão por parte de Betti de uma comunhão no trabalho conduzido por ambos, reconhece

⁴³ BETTI, E. **Teoria generale dell'interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1990, p. 304.

expressamente que Betti jamais fez tal admissão, contrariando a perspectiva não apenas gadameriana e heideggeriana, mas também bultmanniana⁴⁴. Essa particular perspectiva de uma hermenêutica jurídica, como método válido para a compreensão de todos os campos do saber, devido ao seu peculiar relacionamento entre direito e a filosofia italiana neoidealista e atualista, encontra, ao se observar atentamente, uma forte germinação na cultura italiana, que certamente explica, em seu aprofundamento, de maneira mais completa, o sentido do problema filosófico-hermenêutico nos estudos jurídicos de Betti.

5 A hermenêutica jurídica bettiana na especificidade jurídico-filosófica italiana da segunda metade do século XX. A fonte filosófica idealista e neoidealista

Os estudiosos da densa matéria que caracterizou a crítica à produção de Emilio Betti, sempre em busca das conexões e do verdadeiro sentido de sua ampla atividade científica, devem concordar em um ponto. E precisamente no fato de que são as “Notas para uma pesquisa”⁴⁵ de Giuliano Crifò que marcam o início de uma nova era nos estudos bettianos. Uma nova era capaz de definir, finalmente, a distância entre a metodologia hermenêutica de Betti e a pandectística alemã, no âmbito dos estudos histórico-jurídicos; entre a hermenêutica de Betti e a gadameriana, no âmbito dos estudos filosóficos; e entre a estrutura substancial do conceito jurídico e a força da ação processual, no âmbito dos estudos de direito positivo.

Mas, sobretudo, na perspectiva de uma necessária e quase totalmente ausente clarificação do percurso filosófico das categorias teóricas que caracterizam o pano de fundo cultural, a *Bildung*, de muitos juristas do início do século XX, grande importância deve ser atribuída ao apêndice das

⁴⁴ GADAMER, H. G. Emilio Betti und das idealistische Erbe. **Quaderni fiorentini**, n. 7, 1978, pp. 5-11, em particular, p. 5.

⁴⁵ GRIFÒ, G. E. Betti, Note per una ricerca. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978.

referidas “Notas”: os apontamentos inéditos de 1916, intitulados “Para uma nova filosofia idealista do direito e da cultura”⁴⁶.

As poucas páginas de apontamentos inéditos oferecem, de fato, um ponto de partida forte para a já necessária reflexão sobre o substrato filosófico de grande parte da cultura jurídica do século XX italiano, uma cultura que não só não prescinde de uma filosofia, mas que, ao contrário, é repleta de conteúdos filosóficos.

A cultura italiana dos primeiros anos da década de 1920, inteiramente impregnada pelo idealismo, não evitava, de forma alguma, envolver os estudiosos das questões jurídicas em temáticas idealistas. O resultado desse envolvimento foi justamente a construção de uma conceituação nomenclatural da juridicidade, preenchida, em suas linhas fundamentais, pela *weltanschauung* do neoidealismo italiano. É importante destacar que o neoidealismo recebe essa denominação de novidade porque não se vincula ao idealismo historicista, mas parte da crítica à dialética hegeliana de Bertrando Spaventa, que transforma o não-ser estático de Hegel em pensamento volitivo e determinativo, um pensamento que deseja ser o ser, encontrando seu epílogo natural na reforma da reforma realizada pelo atualismo gentiliano⁴⁷.

Giuliano Crifò deixa as quatro páginas bettianas em apêndice ao seu ensaio como separadas de seu trabalho, mas ao mesmo tempo com a consciência de quem sabe ter lançado uma pedra no lago que poderá criar múltiplos círculos concêntricos de diâmetro crescente, justamente com o propósito de explicitar uma pesquisa suficientemente exaustiva sobre o pensamento do teórico geral da interpretação.

⁴⁶ BETTI, E. Per una nuova filosofia del diritto e della cultura. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978

⁴⁷ SPAVENTA, B. Scritti filosofici e Principi di ética. In: **Opere**, vol. 1 e 2, Firenze: Sansoni, 1972; GENTILE, G. La riforma della dialettica hegeliana. In: **Opere**, vol. 27, Firenze: Sansoni, 1954.

De fato, o problema da relação entre Betti e a filosofia neoidealista e, de forma mais ampla, entre os juristas italianos da primeira metade do século XX e a filosofia neoidealista, não surge tanto da necessidade de investigar o que, na estruturação dos conteúdos da ciência jurídica italiana do início do século XX, há de Vico, Hegel, Croce ou Gentile, mas da necessidade de verificar, finalmente sem preconceitos ideológico-políticos ou partidários, quais são as contribuições filosóficas do neoidealismo que caracterizam aqueles institutos jurídicos que ainda hoje permanecem presentes e vigentes nos códigos de direito positivo promulgados na época.

Deve-se destacar que no apêndice das “Notas” de Crifò, há um Betti vichiano, um Betti hegeliano e um Betti crociano, mas há sobretudo, embora o próprio estudioso camerte pareça omitir isso teimosamente, pela ausência de citações frequentes das obras de Giovanni Gentile, um Betti gentiliano, neoidealista, mais do que idealista; atualista, mais do que neoidealista.

Essa ênfase, por sua vez, adquire grande importância e, por si só, garante o sentido de um percurso de pesquisa, pois a análise do quanto a filosofia que encontra em Giovanni Gentile seu maior expoente contribuiu para a ciência jurídica, permite definir o grau de independência e autonomia da ciência jurídica italiana em relação às construções jurídicas em matéria de interpretação concebidas no início do século XX em outros países europeus, sobretudo Alemanha e França.

Aliás, já na marca deixada por Bertrando Spaventa, o neoidealismo italiano, mesmo sendo proposto como uma crítica e reforma da filosofia hegeliana, reivindicava claramente, na perspectiva da circulação das ideias no pensamento europeu⁴⁸, uma origem eminentemente nacional.

Essa origem, que seguia uma linha de continuidade de Valla a Maquiavel e Vico, para então se estender além dos Alpes até a filosofia de Hegel, não poderia deixar de influenciar também a construção teórica dos principais

⁴⁸ Ver, apenas a título de exemplo, porque a bibliografia sobre este ponto poderia exigir rios de tinta: SPAVENTA, B. *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, In: **Opere**, vol. 1, Firenze: Sansoni, 1972; NATOLI, S. **Giovanni Gentile filosofo europeo**, Torino: Bollati Boringhieri, 1989.

institutos jurídicos elaborados teoricamente pelos juristas italianos daquela época, a menos que se escolha deliberadamente ignorar que pouquíssimos juristas da primeira metade do século XX não tiveram contato com o neoidealismo, ainda que apenas no âmbito da familiarização com os textos da escola de pensamento dominante nos liceus e universidades.

A questão torna-se ainda mais intrigante ao se considerar, por fim, que o neoidealismo ou, em sua formulação mais completa do ponto de vista teórico, o atualismo, em si mesmo, não era desprovido, como portador de uma ideia abrangente de mundo, de uma visão específica e autônoma do direito, entendida tanto como construção filosófica do conteúdo quanto da forma da juridicidade.

O conjunto desses fatores inevitavelmente leva, hoje, no início do novo século, o filósofo e o jurista, livres de influências ideológicas, a verificarem, por um lado, o peso, na ciência jurídica italiana, de uma filosofia que reivindica uma matriz de pensamento eminentemente nacional, que constrói e teoriza também as formas e o conteúdo do direito, e, por outro lado, a autonomia conceitual em relação às perspectivas jurídicas sobretudo francesas e alemãs, que uma filosofia jurídica eminentemente nacional permitia aos juristas italianos. Justamente naquela época, eles se preparavam para redefinir o ordenamento jurídico civil e penal, e alguns anos depois teriam de redesenhar o conjunto da estrutura constitucional do Estado, para favorecer a reconstrução do país após o conflito bélico, ainda não plenamente qualificável como uma nação.

O problema se delinea com clareza nos estudos de Betti, tanto pela sua tradicional aspiração “a manter o contato entre a história do direito e a história geral da civilização e das ideias”⁴⁹, quanto pela sua sempre presente necessidade de considerar, no estudo da história e do direito positivo, a filosofia como uma visão geral do mundo e do pensamento pensante; razão

⁴⁹ GRIFÒ, G. Note per una ricerca. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978, p. 234, nota 278, que faz referência expressa à passagem bettiana.

pela qual não se pode estudar o direito como prática e/ou técnica sem estudá-lo como gnoseologia. Isso porque, segundo o jurista de Camerino, a relação entre gnoseologia e prática é uma questão interna à própria filosofia, que não permite que o direito seja estudado sem antes resolver essa questão no seio da filosofia.

Os apontamentos inéditos: *Por uma nova filosofia idealista do direito e da cultura*⁵⁰ destacam-se, em primeiro lugar, sobretudo porque permitem compreender que a questão não é, ou melhor, não é apenas, aquela do relacionamento com o historicismo crociano.

Betti, em sua obra como um todo, cita repetidamente Benedetto Croce, dialoga com ele, assim como Croce dialogará com Betti⁵¹, faz referência a Croce e atribui a ele muitos dos problemas típicos que se conectam à confluência histórico-cultural, filosófica e jurídica em que vive⁵², incluindo os problemas teóricos do neoidealismo italiano que se relacionam, além da história⁵³, ao direito.

Mas, neste contexto, deve-se destacar que um problema é o da relação entre história e dogma e do sentido do dogma na história, sobre o qual Emilio Betti, Benedetto Croce, Vincenzo Arangio Ruiz, Pietro De Francisci e outros

⁵⁰ BETTI, E. Per una nuova filosofia del diritto e della cultura. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978.

⁵¹ Por exemplo: CROCE, B. **Conversazioni critiche**, serie IV, II ed. riv., Bari: Laterza, 1951, pp. 183-186.

⁵² Cf. SCHIAVONE, A. "Il nome" e "la cosa". **Quaderni fiorentini**, n. 7, 1978, pp. 293-310, em particular a p. 297, em que o autor, azendo referência expressa ao "clima cultural das primeiras décadas do século XX", fornece uma bibliografia útil que não ignora, mas antes destaca claramente a presença cultural da figura de Betti na Itália, uma bibliografia que é retomado aqui e se expande. Ver: GARIN, E. **Cronache di filosofia italiana**, I, Bari: Laterza, 1966, p. 21 ss., p. 81 ss. e p. 171 ss; GARIN, E. **Intelletuali italiani del XX secolo**. Roma: Editori riuniti, 1974, p. 88 e ss; ROSSI, P. **La storiografia filosofica del neoidealismo italiano, in Storia e filosofia**. Torino: Einaudi, 1969, p. 17 ss; Imprescindível o volume de CAIANI, L. **La filosofia dei giuristi italiani**. Padova: Cedam, 1955, p. 166 e ss; CESARINI SFORZA, W. **Giuristi o filosofi?** In Vecchie e nuove pagine di filosofia, in *Storia e diritto*, I. Milão: Giuffrè, 1967, p. 393 e ss; CALOGERO, G. Croce e la scienza giuridica. **RISG**, 1952-53, I, pp. 59-60.

⁵³ GRIFÒ, G. Note per una ricerca. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978, pp. 204-208, em particular as notas 139-151.

entram em aberta e controversa discussão, um problema sobre o qual já se escreveu de forma exaustiva⁵⁴. Outro problema, mais diretamente pertinente ao nosso discurso, é o estudo de uma cultura filosófica que permeia e determina transformações relevantes na ciência do direito, das quais o jurista Betti jamais se distanciará na estruturação de sua metodologia. Esta é a floresta ainda não totalmente explorada, o problema não resolvido. E, convém observar, o problema persiste justamente porque “o discurso da aplicação de Gadamer vem do mundo jurídico”⁵⁵.

Aprofundar o conteúdo filosófico da questão hermenêutica nos estudos jurídicos de Betti significa, de fato e concretamente, dar à problematização da argumentação, como conduzida até agora, uma direção diferente. Isto é, não se limitar a captar o significado da diferença entre uma hermenêutica jurídica que se torna filosófica e uma hermenêutica filosófica que deixa espaço, atribuindo-lhe importância e especificidade, à hermenêutica jurídica, mas sim buscar identificar exclusivamente os conteúdos teóricos mais significativos da metodologia jurídico-hermenêutica concebida e estruturada pelo jurista de Camerino.

O que se destaca nos apontamentos juvenis de Betti⁵⁶ é o que se pode definir como a tentativa de negar radicalmente a desvalorização da *Lógica* crociana do jurídico como momento filosófico, em razão de ser um momento do econômico.

⁵⁴ *Ibidem*, e ver: GRIFÒ, G. Il problema dell’ “interpretativo”. **Labeo**, n. 34, 1988; GRIFÒ, G. Problemi dell’interpretazione. In: CASSESE, S. et al (eds). **L’unità del diritto**: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica, Bologna: Il Mulino, 1994; GRIFÒ, G. Emilio Betti und die juristische Hermeneutik. In: ADRIAANSE, H. J.; ENSKAT, R. (eds). **Fremdheit und Vertrautheit**: Hermeneutik im europäischen Kontext. Leuven: Peeters, 2000; nesse ponto também se destaca em particular Antonio De Genaro. Ver: DE GENNARO, A. **L’ermeneutica idealística**: Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione. Napoli: Esi, 1993; DE GENNARO, A. Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all’ermeneutica. **Quaderni fiorentini**, n. 7, 1978.

⁵⁵ GRIFÒ, G. Il problema dell’ “interpretativo”. **Labeo**, n. 34, 1988, p. 218, nota 45.

⁵⁶ BETTI, E. Per una nuova filosofia del diritto e della cultura. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978, pp. 288-292.

A questão é não só típica, mas central, não apenas da ciência filosófica *tout court*, mas propriamente da filosofia do direito italiana, dentro da qual, abordando o problema, o romanista Betti se posiciona claramente como um jurista que considera a filosofia do direito uma ciência digna de reconhecimento em sua autonomia e peculiaridade.

Dada a temática, parece até redundante e retórico enfatizar a importância que o esforço do jovem Betti e as fases subsequentes de sua obra devem ser reconhecidos na história da filosofia do direito italiana, sobre a qual a desvalorização crociana teve tanto peso.

Mas é conveniente proceder com ordem e começar pelo texto juvenil de Betti.

Primeiramente, o jovem Betti percebe, ao ler Vico e Bergson, a não aceitabilidade da perspectiva crociana do erro como ato meramente prático⁵⁷. “O erro não é exclusivamente um ato prático, mas algo muito mais complexo”⁵⁸.

É necessário reconhecer a força histórico-evolutiva da dialética da verdade, que está em constante superação e, portanto, direcionada para o objetivo final de sua missão. Por essa mesma razão, não se pode considerar o erro apenas como um momento de desvio, contradição ou obscurecimento da verdade, mas nunca como um momento prático em si mesmo.

⁵⁷ Ibidem, p. 288.

⁵⁸ Ver: Ibidem, pp. 288-289, onde o autor escreve: “*Nel processo conoscitivo interviene bensì un perturbamento dovuto a un atto pratico: l'errore è una conclusione affrettata o una degenerazione del processo conoscitivo. La concezione dell'errore come null'altro che atto pratico è in contraddizione con la condizionalità storica del progresso verso la verità, nel qual progresso un errore determinato segna grado inferiore e preparazione di un grado superiore che sarà verità rispetto ad esso che forse sarà scoperto a sua volta come errore da un grado ancora superiore ...*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “No processo cognitivo ocorre uma perturbação devido a um ato prático: o erro é uma conclusão precipitada ou uma degeneração do processo cognitivo. A concepção do erro como nada mais do que um ato prático está em contradição com a condicionalidade histórica do progresso em direção à verdade, na qual o progresso de um erro específico marca um nível inferior e a preparação para um nível superior que será a verdade em relação a ele, que talvez ser descoberto, por sua vez, como um erro de um grau ainda mais elevado...”.

Segundo Betti, e aqui está o cerne da questão, a aporia crociana foi bem compreendida por “Weber, Gentile, De Ruggero”⁵⁹. Mas, ainda mais, pela capacidade que Vico, Bergson e, sobretudo, Nietzsche tiveram de compreender, antes e melhor que Croce, como cultura e vida são “exceções singulares ao persistente estado geral de incultura e materialidade”⁶⁰.

É fundamental, em particular, enfatizar como Betti afirma: “Eu adotei a concepção de Nietzsche e a apliquei às formações políticas antigas (polis, res publica) bem como às formações jurídicas mais refinadas (por exemplo, a *iudicatio* do terceiro árbitro... a *obligatio* como suspensão da *vindicatio* da pessoa)”⁶¹.

A crítica à concepção crociana do erro prático, que é uma crítica tanto à Lógica de Croce quanto à Ética crociana, é sobretudo um esforço teórico do jovem estudioso de filosofia e direito para se libertar do peso de Croce e encontrar o estímulo adequado para permitir um estudo do direito que não veja este último relegado fora das ciências humanas e, sobretudo, fora das ciências da vida e da cultura.

Para o jovem estudioso de Camerino, uma ciência jurídica sem um fundamento cultural é, na prática, impensável.

A escolha por Gentile, Bergson, Vico, Nietzsche torna-se, portanto, do ponto de vista teórico, uma escolha decisiva, um posicionamento fora do território seguro de um direito que é mero fato prático, ligado ao útil e ao econômico, fixado em poucas regras tipificadas, mas sim um mergulho no vasto mar da juridicidade, entendida em seu significado cultural mais amplo, e uma escolha dentro desta última da complexa dimensão da relação entre liberdade e lógica, história e ontologia.

As bases filosóficas do pensamento do jovem futuro jurista encontram-se, portanto, nas linhas de pensamento que influenciam os juristas do início do século XX na Itália. Elas estão nas obras de Kant e Bergson, de Hegel e

⁵⁹ *Ibidem*, p. 289.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

Nietzsche, de Weber e Fichte⁶². Mas o que é relevante para nossa discussão e que precisa ser esclarecido é que elas estão na participação na confluência cultural que caracteriza o neoidealismo italiano.

Betti se mostra, considerando suas fontes, um homem do seu tempo e, mais ainda, um jurista de seu tempo.

É necessário esclarecer, porém, que, nessa confluência do neoidealismo italiano, ele não escolhe, como jurista, a “ciência do que deve ser”⁶³, ou seja, o kantismo e o neokantismo⁶⁴, no máximo mediado pela filosofia dos

⁶² *Ibidem*, p. 290.

⁶³ *Ibidem*, onde o autor escreve: “È in sostanza la medesima questione gnoseologica quella che sta alla base della controversia “se l’essenza del concetto (o l’essere razionale) importi la sua esistenza o realtà” (così detta prova dell’esistenza di Dio, dopo Kant controversia dei “cento talleri” e quella che sta alla base della controversia se la filosofia (scienza del concetto o del razionale) sia scienza di ciò che è (così Hegel, Gentile, Croce: onde l’identificazione con la storia) o soltanto scienza di ciò che deve essere (così Kant, i neokantiani, gli esangui “filosofi del diritto” italiani di oggi, Bartolomei, Ravà e compagni, Windelband e la filosofia dei valori, indice della decadenza intellettuale della Germania odierna): scienza dell’immanente o scienza normativa, cioè pratica”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “É essencialmente a mesma questão epistemológica que está na base da controvérsia “se a essência do conceito (ou do ser racional) impõe a sua existência ou realidade” (a chamada prova da existência de Deus, depois da controvérsia de Kant sobre “cem táleres” e aquilo que está na base da controvérsia se a filosofia (ciência do conceito ou do racional) é a ciência do que é (portanto, Hegel, Gentile, Croce: dá a identificação com a história) ou apenas a ciência do que é. deve ser (então Kant, eu neo-kantianos, os exangues “filósofos do direito” italianos de hoje, Bartolomei, Ravà e companheiros, Windelband e a filosofia dos valores, indicativos da decadência intelectual da Alemanha de hoje): ciência da ciência imanente ou normativa, isto é, prática”.

⁶⁴ Na verdade, não se pode concordar com aqueles que consideraram a hermenêutica de Betti como uma filosofia de valores de natureza fenomenológica kantiana ou neokantiana (ver GRIFFERO, T. **Interpretare**: La teoria di Emilio Betti e il suo contesto. Torino: Rosenberg & Sellier, 1988, p. 56). A filosofia bettiana que permeia a metodologia jurídico-hermenêutica nunca pode ser considerada inteiramente, na verdade, uma filosofia que intervém nos valores, como objetividade ideal, como o próprio A. apreende, ainda que negligencie a contribuição neoidealista, que no texto é, em vez disso, decisivo para a formação da teoria geral de Betti. Referimo-nos obviamente a um neo-idealismo que, embora não tenha lido a fundo a Lógica de Hegel, conhecia a fundo a Fenomenologia do filósofo alemão e, em todo o caso, se construiu mais sobre a filosofia de Fichte do que sobre a filosofia kantiana.

valores, preferido por Bartolomei, Brunetti, Ravà, “os anêmicos filósofos do direito italianos de hoje”⁶⁵.

E não só.

Dentro da “ciência do que é”⁶⁶, a qual identifica existência e realidade com a história, dos pensadores Hegel, Spaventa, Gentile e Croce, Betti não escolhe Croce.

A explicação está, ao se observar bem, *in re ipsa*. Dentro da ciência do que é, o jurista de Camerino não escolhe Croce porque a desvalorização crociana do direito coincide com aquele certo kantismo ou neokantismo e com a “filosofia dos valores, índice da decadência intelectual da Alemanha atual”⁶⁷ ao fazer da “ciência do que deve ser... – uma – ...ciência do imanente ou ciência normativa, ou seja, prática”⁶⁸.

Mas não é só isso. No jovem Betti, já é clara a escolha de posicionamento, dentro do idealismo italiano e do próprio neoidealismo, por aquele neoidealismo, que é mais bem definido como atualismo, que, tocado apenas pela historiografia crociana, vai de Spaventa a Gentile, e no qual: “querer é – ao mesmo tempo – poder – como foi bem dito; não poder é, ao mesmo tempo, – por uma adesão do espírito à situação considerada como impossibilidade – não querer: sempre que se entenda querer no sentido atualista como agir efetivo”⁶⁹.

⁶⁵ BETTI, E. Per una nuova filosofia del diritto e della cultura. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978, pp. 288-292.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 291, em que o autor escreve: “*La questione veramente pregiudiziale a quella della esistenza di scienze pratiche o normative è la questione della esistenza di giudizi pratici o di valore precedenti anziché susseguenti all’azione. La soluzione che di quest’ultima dà il Croce (Pratica, pp. 27-73) negando tali giudizi e riducendoli a giudizi storici (su l’azione passata) è perfettamente conforme alla negazione che Hegel fa del carattere normativo della filosofia (... l’uccello di Minerva esce soltanto verso sera, la filosofia dopo la storia). L’una negazione è un corollario dell’altra e sta e cade con essa, come con la prova ontologica e con la concezione immanentistica (storicistica in questo senso) della realtà. Un’altra forma del dualismo medesimo, parallela a quella di essere e dover essere è il dualismo di intenzione (o volizione) e azione: dualismo che presta i mezzi all’ipocrisia. Un dualismo tra*

Portanto, “o ato de parte que se enquadra em uma norma de lei – negócio jurídico ou delito (ambos atos jurídicos) – não é uma vontade de algo querido ou comandado por uma norma... É irrelevante que a parte contratante, ao agir, queira conscientemente aquele efeito jurídico que a lei quer a seu favor por agir; e o delinquente, por sua vez, nunca quer realmente tal efeito, que é a pena, aquilo que Hegel chama de seu direito”⁷⁰.

A ideia de uma liberdade de querer que deseja ser o ser, substituindo o não-ser⁷¹ hegeliano que encontra em Bertrando Spaventa o precursor do atualismo italiano e em Giovanni Gentile o pai de uma teoria da vontade que se torna vontade do Estado e, ao mesmo tempo, vontade do indivíduo, revela-se, ao se estudar a questão a fundo, como a verdadeira chave de leitura dos fundamentos filosóficos da hermenêutica jurídica de Betti.

Em seus *Apontamentos* de 1916, na prática, o jovem Betti intui, ou talvez já tenha lido ou ouvido, as questões cruciais do atualismo jurídico e das

volere e potere non ha riscontro nella realtà effettuale se non ove – rettificando – venga determinato come distinzione di azione e accadimento (potere = far accadere, effettuare nella realtà superindividuale). Altrimenti quel dualismo non sussiste: ciò che non si può non si vuole neanche sul serio ..., non si vuole l'impossibile, e viveversa ciò che si vuole effettivamente e sul serio si può anche, ché altrimenti non si vorrebbe sul serio”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “A questão verdadeiramente prejudicial à existência de ciências práticas ou normativas é a questão da existência de juízos práticos ou de valor anteriores e não posteriores à acção. A solução para este último que Croce dá (Pratica, pp. 27-73) ao negar tais julgamentos e reduzi-los a julgamentos históricos (sobre ações passadas) é perfeitamente compatível com a negação de Hegel do caráter normativo da filosofia (... o pássaro de Minerva só sai à noite, a filosofia depois da história). Uma negação é um corolário da outra e permanece e cai com ela, como acontece com a prova ontológica e com a concepção imanentista (historicista, neste sentido) da realidade. Outra forma do mesmo dualismo, paralelo ao ser e ao ter que ser, é o dualismo da intenção (ou volição) e da acção: dualismo que empresta os meios à hipocrisia. Um dualismo entre vontade e poder não tem contrapartida na realidade real, a menos que – por retificação – seja determinado como uma distinção entre ação e ocorrência (poder = fazer acontecer, efetuar na realidade superindividual). Caso contrário, esse dualismo não existe: o que não é possível nem sequer é seriamente desejado..., não se quer o impossível, e é o oposto daquilo que realmente se quer e também é seriamente capaz de fazer, porque de outra forma não se conseguiria quero seriamente”.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Nesse ponto, me permito remeter o leitor à minha obra: PETRILLO, F. **Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile**. Torino: Giappichelli, 1997, pp. 28-43 e 57-99.

conexões entre direito, filosofia do direito e atualismo que, no mesmo ano, Gentile aprofunda em suas aulas de filosofia do direito em Pisa⁷².

O que será apropriadamente definido como: *O problema do direito no pensamento de Giovanni Gentile*⁷³ ou, o que é o mesmo, no atualismo, torna-se, para o autor da *Teoria geral da interpretação*, um momento central da construção jurídico-metodológica-hermenêutica.

E a argumentação se mostra ainda mais interessante quando se leva em conta que o problema da juridicidade no atualismo filosófico é resolvido justamente no estudo da relação entre direito e filosofia do direito⁷⁴.

Estudando essa relação, pode-se perceber, de fato, no atualismo, aquela distinção que será claríssima na metodologia jurídico-hermenêutica, entre um direito como categoria e um direito como fenômeno, dentro da qual se faz necessário isolar um conceito adicional, o de direito empírico⁷⁵.

Giovanni Gentile, pai do atualismo, havia, em última instância, escrito seus *Fundamentos da filosofia do direito* justamente para encerrar uma disputa entre juristas positivistas que envolvia nada menos que a relação entre direito e filosofia do direito⁷⁶.

A *occasio* dos *Fundamentos* é, por reconhecimento do próprio Gentile, a controvérsia doutrinária, mas também técnico-prática, acerca da possibilidade ou não de se pensar uma filosofia do direito de forma distinta da teoria do direito.

⁷² GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916. Será feita aqui referência à edição de 1937, Florença: Sansoni, 1955. Em particular, cf. pp. 68-79.

⁷³ MAGGIORE, G. Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile. In: **Giovanni Gentile: La vita e il pensiero**, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 231-244.

⁷⁴ VOLPICELLI, A. La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile. In: **Giovanni Gentile: La vita e il pensiero**, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 363-379.

⁷⁵ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Florença: Sansoni, 1937, p. 77.

⁷⁶ VOLPICELLI, A. La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile. In: **Giovanni Gentile: La vita e il pensiero**, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 363-379, em particular o apêndice.

A disputa ocorreu entre Miceli e Di Carlo, dois juristas, por sinal.

Segundo Miceli, que criticará expressamente Gentile, mais tarde, em um escrito dos anos 20⁷⁷, “A filosofia não pode fazer o impossível... – ou seja – transformar em um conceito universal e absoluto o que é um produto histórico, uma formação social, determinada por certas necessidades da vida comum”⁷⁸.

Na *Apêndice* dos seus *Fundamentos da filosofia do direito*, edição de 1937, Gentile contesta a posição de Miceli tanto em relação ao direito quanto em relação ao Estado, e distingue com clareza o Estado histórico e o direito técnico, do direito como vontade e do Estado como *status in interiore homine*, explicando que: “... quando se sobe à consideração especulativa pela qual o direito, assim como o Estado, se torna uma determinação interna da vontade, não é que se suprima a exterioridade, mas se descobre o limite que, por virtude intrínseca, a vontade impõe a si mesma... De qualquer forma, para excluir o direito do domínio da filosofia demonstrando sua íntima relação com o Estado, seria necessário provar que o Estado, por sua vez, não é matéria de reflexão filosófica. O que não se pode pensar, exceto parando em uma simples representação particular do Estado”⁷⁹.

Na verdade, o problema da relação entre direito e filosofia do direito tornou-se, para o atualismo, um problema a ser superado dentro da teoria geral neoidealista. Ele se desdobrava nos seguintes questionamentos, que certamente caracterizaram toda a filosofia jurídica italiana do século XX:

1. É possível pensar em uma teoria do direito que não seja filosofia do direito?
2. É possível pensar em um direito que não seja também filosofia do direito?
3. É possível pensar em uma filosofia do direito sem o direito?

⁷⁷ MICELI, V. **Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile**: Nota critica. Pisa: Mariotti, 1920.

⁷⁸ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Florença: Sansoni, 1937, p. 135.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 137-38.

A resposta da filosofia atualista a essas questões é simplesmente que, na relação pensamento/ação, a distinção não se coloca.

Quando se estuda o objeto desejado (as leis positivas), independentemente do sujeito desejante (o legislador), estuda-se o direito que deriva da autoridade, ou seja, da transposição direta da teoria para a vida prática, mas que, até que seja modificado, “permanece”⁸⁰, em sua dimensão de fenômeno empírico.

O estudo do direito empírico é o estudo da lei que “permanece” até que seja modificada. O direito empírico, de fato, nada mais é que o conjunto das “leis”⁸¹ do Estado.

O conceito de lei no atualismo italiano está, portanto, intimamente ligado ao conceito de sociedade estatal⁸². Na filosofia prática atualista, o “direito” está presente enquanto a sociedade se forma como Estado; as “leis” existem apenas quando o Estado já existe⁸³.

Por essa razão, o direito empírico não é nada eterno, estando estritamente ligado ao Estado e à existência do Estado historicizado.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 77, em que o autor escreve: “*Così, in uno Stato c'è una legge costitutiva, che conferisce a certi organi la facoltà di legiferare; e ci sono leggi particolari, in cui questa facoltà si spiega; le quali possono abrogarsi così come sono promulgate, e lo stato resta, e deve restare perché abbia valore l'abrogazione, come ne ebbe la promulgazione*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “Assim, num Estado existe uma lei constitutiva, que confere a determinados órgãos o poder de legislar; e existem leis particulares nas quais esta faculdade é explicada; que podem ser revogados à medida que são promulgados, e o estado permanece, e deve permanecer para que a revogação seja válida, como sua promulgação foi”.

⁸¹ *Ibidem*, p. 77.

⁸² *Ibidem*, p. 76, em que o autor escreve: “*Chi dice società, dice autorità, volontà superiore che disciplini le volontà associate, unificandole in una legge comune ... Il corpo politico, lo Stato, come popolo o insieme dei cittadini è, agli occhi del Rousseau, qualche cosa di passivo. La forza, l'attività sua è nel sovrano*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “Quem diz sociedade, diz autoridade, uma vontade superior que disciplina as vontades associadas, unificando-as num direito comum... O corpo político, o Estado, enquanto povo ou grupo de cidadãos é, aos olhos de Rousseau, algo passivo. A sua força, a sua actividade, está no soberano”.

⁸³ *Ibidem*, p. 77, em que o autor escreve: “*Le leggi ... possono abrogarsi così come sono promulgate, e lo Stato resta, e deve restare perché abbia valore l'abrogazione, come ne ebbe la promulgazione*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “As leis... podem ser revogadas à medida que são promulgadas, e o Estado permanece, e deve permanecer para que a revogação tenha valor, como teve a sua promulgação”.

As “leis” coincidem, portanto, estritamente, no atualismo, com o conceito de lei positiva estatal. Uma lei não promulgada pelo Estado não é modificável, nem revogável. Não é concebível nem de forma negativa, nem positiva.

Quando, porém, o Estado chega ao fim, cessam as leis e o direito reaparece como desenvolvimento moral, primeiramente subjetivo e particular, depois objetivo e universal. Esse direito forma e molda a vontade estatal que coincide com a individual.

Na filosofia prática atualista, portanto, o estudo do desenvolvimento moral, ou seja, a filosofia do direito, precede o Estado e certamente está fora do Estado. Não se trata, assim, de um estudo que aborde a vida contingente do Estado historicizado e das leis desse mesmo Estado.

Quando se estudam essas leis do Estado, entendidas de forma contingente, estuda-se apenas “o fenômeno das leis, e não a categoria do direito”⁸⁴.

Estudado em sua essência, como fenômeno de direito, o direito empírico, no atualismo, não deixa qualquer espaço para a filosofia do direito e menos ainda para a filosofia teórica. O estudo do direito empírico, para a filosofia atualista, é o estudo das leis do Estado que “existem” na medida em que o Estado “existe”⁸⁵.

Se quisermos propor uma comparação, a ciência do direito positivo pensada pelo atualismo acaba por se mostrar ainda mais rígida, pelo menos à primeira vista, do que a doutrina pura do direito concebida e desenvolvida por Hans Kelsen⁸⁶.

A proposta que o atualismo faz aos estudiosos do direito positivo, ou seja, da técnica jurídica, não é a de elaborar uma nova ciência, entendida como uma atividade que questiona um objeto a ser definido ou determinado, mas sim de estudar um objeto específico já existente na realidade histórico-

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37, em que o autor coloca claramente a distinção.

⁸⁵ GENTILE, G. **Genesi e struttura della società**: Saggio di filosofia pratica. Firenze: Sansoni, 1946, pp. 89-90.

⁸⁶ KELSEN, H. **Reine Rechtslehre** (1934), trad. it. de R. Treves, Torino: Einaudi, 1984.

estatal, ou seja, a lei empírica. Ao técnico do direito, o atualismo não deixa outra opção senão a de estudar as leis do Estado e considerar em máximo grau o fato de que elas não estão de forma alguma impregnadas e protegidas pela casca de eticidade na qual o Estado hegeliano as havia concebido⁸⁷. Conforme desejado⁸⁸, as leis são um mero fenômeno empírico, incapaz de escapar à transitoriedade da realidade e destinadas a desaparecer, ainda que, enquanto existirem, devam ser consideradas vinculantes e imperativas. Por isso, na reconstrução histórico-teórico-jurídica de nosso conturbado e ideológico pós-guerra, observa-se cada vez mais os fortes vínculos que caracterizam o estreito encontro entre o kelsenismo e o atualismo na Itália, um encontro entre dois claros “monismos jurídicos”⁸⁹. E não deve surpreender que tais vínculos se tenham revelado tão complexos a ponto de serem considerados extensíveis a todo o neoidealismo italiano⁹⁰, considerando que os dois monismos jurídicos, aliás, acabaram por construir um terceiro, resultante de sua sobreposição e fusão, ainda mais absorvente e monopolizante, que prevaleceu por um longo período na ciência jurídica italiana do pós-guerra.

Entretanto, o aspecto problemático do estudo do direito no neoidealismo italiano não foi totalmente apagado das páginas evolutivas da cultura jurídica nacional e europeia.

Se é verdade que, por um lado, “a absorção no monismo jurídico kelseniano”⁹¹, além das questões políticas ligadas ao período fascista, foi certamente prejudicial à sobrevivência do atualismo como doutrina teórica

⁸⁷ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916.

⁸⁸ Sobre a lei como “querido sem querer”, ou como força sem liberdade, ver: MAGGIORE, G. Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile. In: **Giovanni Gentile: La vita e il pensiero**, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 231-244.

⁸⁹ IRTI, N. **Società civile: Elementi per un’analisi del diritto privato**. Milão: Guiffrè, 1992, em particular a p. 57.

⁹⁰ DE GENNARO, A. **L’ermeneutica idealística: Filosofia politica neoidealística italiana e interpretazione**. Napoli: Esi, 1993.

⁹¹ IRTI, N. **Società civile: Elementi per un’analisi del diritto privato**. Milão: Guiffrè, 1992, p. 57.

do direito e edificadora de uma substancial filosofia do direito, uma vez que a teorização jurídica derivava do problema filosófico, também é verdade, por outro lado, que a justamente chamada “doutrina do direito de clara estruturação e de elaborados conteúdos metodológicos”⁹² sobreviveu precisamente na construção metodológico-hermenêutica de Betti.

Se a resposta à pergunta que fundamenta a argumentação apresentada está correta, a questão ainda a ser aprofundada pode ser formulada em um último questionamento: de quais aspectos da teoria atualista a hermenêutica jurídica bettiana definitivamente não prescinde e, ao contrário, se enriquece?

Para responder à questão, frequentemente ignorada pela literatura sobre a filosofia de Betti, mas também por aquela que trata da ciência jurídica bettiana, e isso não pode ser omitido aqui, dado que Betti cita muito pouco Gentile e com muito mais frequência Croce⁹³, convém retomar a filosofia jurídica atualista, conforme proposta por Gentile.

Na filosofia atualista, uma vez esclarecida a questão da “dádiva do fenômeno das leis”⁹⁴, é necessário considerar, contudo, que, sob a perspectiva do espírito, as leis do Estado são sempre envolvidas pela esfera da moralidade em constante desenvolvimento e, por força dela, podem ser sempre

⁹² CARCATERRA, G. L'attuale filosofia del diritto in Italia e i suoi problemi. In: **Saggi di filosofia del diritto**. Bulzoni, 1989, pp. 19-20, em particular aonde o autor escreve: “*In realtà, già ne I fondamenti della filosofia del diritto di Gentile, il libro programmaticamente più metafisico della filosofia giuridica italiana è presente un nucleo essenziale e consistente di teoria generale, e ci sono intere pagine (p.e. sulla “legge fondamentale” o sul “riconoscimento dell’autorità”) che persino anticipano idee che potranno rinvenirsi in Kelsen o nel realismo postkelseniano*”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: “Na realidade, já em Os Fundamentos da Filosofia do Direito de Gentile, o livro programaticamente mais metafísico da filosofia jurídica italiana, há um núcleo essencial e consistente de teoria geral, e há páginas inteiras (por exemplo, sobre o “direito fundamental” ou sobre o “reconhecimento de autoridade”) que até antecipam ideias que podem ser encontradas em Kelsen ou no realismo pós-kelseniano”.

⁹³ Toda a literatura sobre a filosofia Bettiana trata mais ou menos da relação entre Betti e Croce. Por mera simplificação, remeto ao leitor, especificamente interessado no tema a ver: GRIFÒ, G. Note per una ricerca. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 7, 1978.

⁹⁴ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916.

modificadas. Na prática, o atualismo, ao constatar “pessimisticamente” a existência de um direito positivo, de um “direito das leis”⁹⁵, propõe em sua teoria do direito a decisiva contraposição entre as leis (direito empírico) e a lei (direito abstrato)⁹⁶.

A lei única e universal, que é “cumprir o próprio dever”⁹⁷, cria e destrói “as leis”⁹⁸ e é mais “forte” do que estas, pois não se constitui da mesma substância, mas possui uma essência distinta. Ela não é um fenômeno empírico, mas um momento da vida do espírito: o momento da autoconsciência.

Essa “lei está dentro de nós, mas de um 'nós' que se torna 'eu', que se torna um único sujeito universal, aquele sujeito que impõe todas as leis e as faz reconhecer”⁹⁹.

Portanto, é correto afirmar que o problema do direito no atualismo reside na contraposição entre “querer sem querer e querer como desejante”¹⁰⁰, que se realiza continuamente.

O querer, na transição da filosofia teórica para a filosofia prática atualista, perde momentaneamente sua espiritualidade e moralidade e permanece como o imperativo desejado pelas leis individuais. O desejado contribui certamente para determinar aquela vontade absoluta que é a vontade estatal como vontade individual, concretizando-se na teologia política atualista¹⁰¹, mas não pode deixar de ser questionado em sua validade histórico-política,

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem*, p.79.

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ MAGGIORE, G. Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile. *In: Giovanni Gentile: La vita e il pensiero*, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 231-244.

¹⁰¹ Sobre a teologia política atualista como uma síntese do Estado e da vontade individual, sou forçado a remeter o leitor à minha obra: PETRILLO, F. La teologia dello Stato di Giovanni Gentile. *In: PETRILLO, F. (ed). Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997, pp 85-104; e PETRILLO, F. La teoria dello Stato come sintesi dell'attualismo. *In: GIOVANNI, P. (ed) Giovanni Gentile: tra idealismo e antiidealismo*, Milano: Franco Angeli, 2003, pp. 389-398.

nem pode permanecer inalterado eternamente, pois, caso contrário, nunca haveria um ajuste das leis fenomênicas à lei autoconsciente do homem, que se modifica ao longo da história.

Contudo, enquanto o Estado e a lei existirem, o atualismo não é uma filosofia moral, nem é mera filosofia ou religião. Ao contrário, o atualismo reconhece a força fenomênica da lei e aspira que o direito empírico, momentâneo, transitório e insuperável, torne-se o instrumento da vontade moral identificada em uma vontade autoconsciente.

Essa vontade supera, se olharmos de perto, o dualismo entre desejante e desejado, pois é, ao mesmo tempo, a consubstanciação de indivíduo, Estado e direito como desenvolvimento moral progressivo. Moral, note-se, jamais ético.

No momento em que a forma da juridicidade se abre para seus conteúdos, o atualismo se torna uma teoria filosófico-jurídica original, profundamente conectada ao tecido cultural italiano, conseguindo, nessa fase específica, expressar plenamente todas as suas fontes rosminianas, giobertianas e, antes ainda, humanístico-renascentistas¹⁰².

Essa doutrina jurídica atualista, que na forma não possui nada da filosofia moral, mas que na substância e nos conteúdos mantém um forte vínculo com a ideia de moralidade e justiça, é bem captada, em termos de estrutura e significados, pelo deontologismo, como “senso fundamental de qualificação jurídica”¹⁰³ de A.E. Cammarata¹⁰⁴, que, corretamente, foi considerado axiológico e imanentista¹⁰⁵ ao mesmo tempo, pois, em uma

¹⁰² Sobre a relação entre a filosofia atualística e o Renascimento, ver, por último: SCAZZOLA, A. **Giovanni Gentile e il Rinascimento**. Istituto Italiano per gli studi filosofici. Napoli: Vivarium, 2002.

¹⁰³ SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. **La Critica gnoseologica della giurisprudenza**. Napoli: Esi, 1988, pp. 8-9; e por último, SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. Dialectica, dialogicità e formalismo in Giovanni Gentile: Considerazioni sull’idealismo attuale. In: **Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile**. Torino: Giappichelli, 1997, cit., pp. 43-83.

¹⁰⁴ CAMMARATA, A. E. **Formalismo e sapere giuridico**. Milão: Giuffrè, 1963.

¹⁰⁵ SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. **La Critica gnoseologica della giurisprudenza**. Napoli: Esi, 1988.

corajosa e declarada continuidade com o atualismo, captura o sentido jurídico do percurso filosófico atualista entre a abstração do dever ser ideal e o autoritarismo imanente da norma que formalmente vincula o comportamento.

No entanto, a transição da estrutura formal para o conteúdo intrínseco da juridicidade, no atualismo, não pode prescindir, como corretamente se observou, do sujeito autoconsciente, que vive a vida do direito e a transforma¹⁰⁶.

Na conceitualização da essência da juridicidade dentro do atualismo, surge, em um nível adicional de abstração, além da estrutura formal do direito, uma concepção com claras implicações gnoseológicas.

Não se deve ignorar que o próprio Gentile, ao se dedicar ao estudo dos conteúdos da juridicidade, decide partir da distinção entre cognição e querer: “Onde falamos de pensamento, pretendemos referir-nos tanto à cognição quanto à vontade, tanto à atividade teórica quanto à prática do espírito”¹⁰⁷. E toma esse caminho porque ele permite explicar como a vontade se relaciona com a atividade prática, enquanto a cognição se relaciona com a vontade teórica do espírito¹⁰⁸.

De fato, se, como lei, o direito é querer, como desenvolvimento moral é conhecimento.

A “crítica da razão jurídica”¹⁰⁹, que busca desenvolver as matrizes kantianas do atualismo, propiciando sua chegada às problemáticas fenomenológicas contemporâneas, embora desconsidere a distinção entre conhecer e querer, por desinteresse pela filosofia prática atualista, captura o sentido do logos no atualismo como possibilidade do direito. Identifica, nessa direção, na

¹⁰⁶ CAPOZZI, G. Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile. In: **Il pensiero di Giovanni Gentile**. Enciclopedia '76/'77, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 196, em particular, p. 191, parágrafo 21.

¹⁰⁷ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916, pp. 54-77, em particular a p. 54.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ CAPOZZI, G. Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile. In: **Il pensiero di Giovanni Gentile**. Enciclopedia '76/'77, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 193, parágrafo 11.

filosofia do direito gentiliana, chegando até a reduzi-la a essa, uma “categoria jurídica”¹¹⁰ cognitiva de derivação kantiana.

Mas além da categoria cognitiva de tipo kantiano, no atualismo surge preponderantemente um “eu” que, antes de se conhecer e conhecer, se coloca como vontade e só após se colocar como vontade, pode se conhecer.

O “eu” sujeito particular é verdadeiramente “eu” sujeito universal apenas enquanto “eu que se coloca conhecendo-se”¹¹¹. Por isso, o atualismo distingue claramente, antes de encontrar o nexos no desenvolvimento do espírito, “cognição e querer”¹¹².

O atualismo, portanto, primeiro observa a realidade de fora, ativando um processo volitivo¹¹³. Somente em um momento posterior passa a observar a realidade de dentro. E observar a realidade de dentro significa, para o atualista, ativar um processo cognitivo, indispensável, mas, note-se, posterior. Somente quando esses processos se realizam: volitivo externo e cognitivo interno, o “eu” se coloca conhecendo-se, ou seja, consciência e vontade se conjugam.

A juridicidade atualista é, portanto, ao mesmo tempo vontade e cognição, como bem demonstra, por exemplo, a construção gentiliana do contrato de compra e venda.

Nele, “a vontade é a posição de si mesma, assim como o conhecimento é autoconsciência, posição de si (entende-se diante de si). Querer algo ... nunca significa dirigir-se a uma coisa realizada: por exemplo, a um objeto já à venda, mas, para manter o mesmo exemplo, ao ato de adquirir o próprio objeto. E o termo do querer é sempre o ato: comprar, vender, cultivar, cuidar”¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 186-189.

¹¹¹ GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916, p. 62, parágrafo 11.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 61

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

Construído dessa forma, o contrato deixa claro que, na concepção atualista, não será enfatizado o status do objeto, mas sempre o motus do sujeito, ou melhor, segundo a universalidade subjetiva gentiliana¹¹⁵, o motus dos sujeitos. Ou seja, nunca será relevante o objeto do contrato, mas sim a modificação da situação jurídica subjetiva, de acordo com o conhecimento que o sujeito tem ou deseja ter do objeto. Daí a possibilidade de uma infinita propositura de negócios jurídicos, pois o sujeito poderá vender ou comprar coisas futuras, coisas ainda inexistentes e, de qualquer forma, toda aquela infinidade de coisas que ele é capaz não apenas de conhecer, mas até mesmo de imaginar.

A juridicidade acaba se resolvendo, na prática, no atualismo, na capacidade do sujeito (legislador, juiz ou cidadão) de poder querer conhecer infinitamente os modos de regulação da própria existência associada e de querer infinitamente realizá-los. Toda a experiência jurídica torna-se nada além de uma experiência subjetiva, internalizada nos significados do querer e do conhecer, ou seja, um momento de compreensão subjetiva da realidade, que é certamente uma possibilidade de observá-la e descrevê-la, mas também, e principalmente, uma possibilidade de pensá-la e criá-la infinitamente.

¹¹⁵ As fontes teóricas da capacidade do sujeito atualista de criar-compreender foram bem compreendidas por CICALÉSE, M. L. **La formazione del pensiero politico di Giovanni Gentile (1869-1919)**. Milão: Giuffrè, 1972, na p. 32, aonde escreve: “*Infatti, per il Gentile, l'unico modo di fare scienza, cioè filosofia, è di affidarsi a un hegelismo la cui Logica, alla luce della Fenomenologia, prosegue dopo Kant il processo di soggettivazione e umanizzazione delle scienze, evitando ogni forma di platonismo. Perciò padronissimo Marx di costruire la sua filosofia della storia, ma, avendola egli concepita come tale, doveva porle a fondamento l'intuizione dell'essenza della storia, cioè del reale, che quale universale astratto, per il Gentile, non può essere che mente, ragione, soggetto*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “Na verdade, para Gentile, a única forma de fazer ciência, isto é, filosofia, é apoiar-se num Hegelianismo cuja Lógica, à luz da Fenomenologia, dá continuidade ao processo de subjetivação e humanização das ciências depois de Kant, evitando qualquer forma de platonismo. Portanto, Marx foi perfeitamente livre para construir a sua filosofia da história, mas, tendo-a concebido como tal, teve que baseá-la na intuição da essência da história, isto é, do real, que como universal abstrato, para Gentile, só pode ser mente, razão, sujeito”.

Nessas perspectivas, o conteúdo da juridicidade no atualismo não pode senão se resolver em um problema hermenêutico e, de resto, os vínculos e implicações entre atualismo e hermenêutica, amplamente entendida como hermenêutica filosófica, foram reiteradamente destacados¹¹⁶. Por exemplo, foram identificadas conexões entre o atualismo gentiliano e a gnoseologia existencial gadameriana, não seguindo o caminho que passa pelo pensamento heideggeriano, mas sim aquele que passa pelo pensamento hegeliano, e, ainda mais especificamente, por aquela parte do pensamento hegeliano¹¹⁷ fundamentado não tanto em uma dialética do pensado, mas em uma dialética do pensante, com claras referências ao Hegel da *Fenomenologia do Espírito*¹¹⁸, o Hegel que Betti sempre terá em mente¹¹⁹. O Camerte, aliás, é claro pelo menos quando, no Prefácio da sua *Teoria Geral da Interpretação*, faz referência expressa a uma “orientação hermenêutica de uma tradução da *Fenomenologia* e da *Lógica* de Hegel”¹²⁰. E, além disso, o percurso fenomenológico é evidente nos parágrafos da

¹¹⁶ NEGRI, A. **L'inquietudine del divenire**: Giovanni Gentile, Firenze: Le Lettere, 1992 em particular a p. 9 ss. e p. 144 ss.

¹¹⁷ Ibidem, p. 144 e ss, com particular referência a p. 146 e também às páginas 9 e 10, onde o autor faz expressa referência ao volume Gadamer (GADAMER, H. **Hegel e Hermenêutica**. Napoli: Bibliopolis, 1980) em que os fundamentos da hermenêutica como filosofia do espírito são traçados pelo próprio filósofo alemão na *Fenomenologia* do jovem Hegel.

¹¹⁸ Cf. CICALESE, M. L. **La formazione del pensiero politico di Giovanni Gentile (1869-1919)**. Milão: Giuffrè, 1972, p. 32, em que o autor especifica que, para Gentile, a única forma de fazer ciência e essa é a filosofia é ler a *Lógica* de Hegel à luz da *Fenomenologia*, e, neste ponto, também a minha obra: PETRILLO, F. **Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile**. Torino: Giappichelli, 1997, pp. 28-53.

¹¹⁹ Isso foi bem destacado por GRIFFERO, T. **Interpretare**: La teoria di Emilio Betti e il suo contesto. Torino: Rosenberg & Sellier, 1988, em particular a página 75 em que o autor escreve: “*Da Nietzsche a Hegel Betti prende soprattutto il tema dell'autonomia dello spirito come autoctisi positiva con la differenza che in Nietzsche protagonista è la persona singola, mentre in Hegel è lo spirito impersonale e universale*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “De Nietzsche a Hegel Betti retoma sobretudo o tema da autonomia do espírito como autoctisis positiva com a diferença de que em Nietzsche o protagonista é a única pessoa, enquanto em Hegel é o espírito impessoal e universal”. Note-se como o termo autoctisi aparece, certamente não por acaso, na comparação de Betti com Nietzsche e Hegel, um lexème de clara origem atualístico-gentiliana.

¹²⁰ BETTI, E. **Teoria generale dell'interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1990, prefácio, p. XIII.

Teoria Geral onde ele trata expressamente da “fenomenologia hermenêutica”¹²¹. De qualquer forma, para dissipar qualquer dúvida, em uma resenha¹²² sobre o idealismo alemão, Betti torna expressa e clara sua posição.

O erro fundamental cometido pela crítica ao idealismo alemão foi “encontrar a linha característica de desenvolvimento do idealismo alemão, de Kant a Hegel, em um progressivo fortalecimento do subjetivismo, entendido como dedução do mundo do ‘eu’”¹²³. Isso porque, da dedução kantiana das leis da natureza, ter-se-ia passado, por meio de Fichte, à dedução do mundo, do pensamento, da natureza e da história do espírito absoluto, conforme a perspectiva hegeliana.

É necessário, no entanto, “contradizer claramente essa visão” e “observar que a superação da rígida separação kantiana entre fenômeno e númeno indica, em vez disso, um fortalecimento da subjetividade com uma ligação mais estreita entre sujeito e objeto e, nesse sentido, um retorno à ontologia, que, no entanto, preserva a orientação gnoseológica kantiana”¹²⁴.

Tudo isso significa, em concreto, que a leitura gnoseológica dos epígonos kantianos não exclui o sentido ontológico da filosofia kantiana. Embora esta última deva ser considerada uma nova ontologia, uma ontologia que é “... unidade da consciência ... que reúne e organiza em sínteses representativas a multiplicidade ..., garantindo a continuidade da vida espiritual”¹²⁵.

O Kant de Betti, esse Kant cheio de implicações vichianas, perspectivas fichteanas e fenomenologia hegeliana, é, em essência, o Kant de Gentile, mas também o Kant de Capograssi¹²⁶; talvez o Kant de Husserl e, em alguma

¹²¹ *Ibidem*, pp. 925-949.

¹²² BETTI, E. *Revisione critica di Kant*, In: BETTI, E. (ed). **Diritto. Metodo. Ermeneutica**. Milão: Giuffré, 1991, pp. 451-457.

¹²³ *Ibidem*, pp. 455.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 456.

¹²⁶ Cf como é relevante para os efeitos da argumentação global que se desenvolve no texto, sobre a relação entre consciência e vontade na filosofia de Immanuel Kant: CAPOGRASSI, G. **Il problema della scienza del diritto**. Roma: Imprenta, Foro Italiano, 1937, p. 532; CAPOGRASSI, G. *Recensione a A. MESSER, Commento alla Critica della Ragion Pura di*

parte, de Heidegger, mas, como o jovem Betti fazia questão de enfatizar, não é o Kant dos juristas neokantianos italianos, nem, de modo algum, pode-se afirmar com segurança, o Kant de Gadamer.

Nesse sentido, o fundamento originário da gnoseologia atualista, localizado já na filosofia de Aristóteles¹²⁷, através da valorização de premissas paulinas e agostinianas e do percurso complexo que vai de Kant à fenomenologia transcendental, foi hipoteticamente entrelaçado com a fenomenologia existencial¹²⁸, mas não com a gnoseologia gadameriana.

A consequência direta dos percursos teóricos acima mencionados, ao se analisar detalhadamente, é justamente o forte vínculo entre atualismo e hermenêutica jurídica, e o pensamento bettiano é uma síntese perfeita dessa relação estreita.

No atualismo, de fato, à parte a lei como vontade imposta, que é “mera força”¹²⁹ exterior, dependente e derivada da vontade estatal, o direito é mais propriamente “força interior ... ou potência do espírito em sua intimidade”¹³⁰, com dois significados teóricos específicos: um significado gnoseológico enquanto moral e um significado moral enquanto gnoseológico. Não há, na prática, discrepância entre atividade moral e atividade cognitiva, mas, pelo contrário, continuidade. A atividade do espírito torna-se verdadeiramente moral apenas quando direcionada ao conhecimento.

Kant. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, IX, 1929, pp. 927-928, agora em CAPOGRASSI, G. Opere, VI, 1929, pp. 60-61.

¹²⁷ NEGRI, A. **L'inquietudine del divenire**: Giovanni Gentile, Firenze: Le Lettere, 1992; CAPOZZI, G. **Giudizio, prova e verità**: I principi della scienza nell'“Analitica di Aristotele”. Napoli: Esi, 1974.

¹²⁸ O problema sugestivo da abertura do atualismo epistemológico à fenomenologia existencial encontrou um intérprete competente em: CAPOZZI, G. **Filosofia, scienza e praxis del diritto**. Napoli: Jovene, 1982, em particular a pp. 65-108 em que o autor propõe a síntese da redução fenomenológica husserliana com primeiro a epistemologia jurídica e depois a hermenêutica jurídica, como momento chave de uma epistemologia que vai de Aristóteles, a Kant, a Hegel, fazendo do atualismo de Gentile um passo obrigatório, através de uma atitude por ele definida como “praxeológico”

¹²⁹ Sobre o desejo como força, ver: GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 83.

Se a continuidade entre atividade moral e atividade cognitiva penetra na vida prática, encontra sua força impulsiva na vontade.

“O sujeito que impõe todas as leis e as faz reconhecer”¹³¹, por exemplo, é um sujeito de qualidades morais infinitas justamente porque possui capacidades cognitivas infinitas. No atualismo, ou seja, a capacidade criativa proporcionada pela atividade potencialmente infinita do espírito, que se resolve em um sujeito criador do direito, se funde gradualmente com a conceituação de um sujeito capaz de conhecer e penetrar infinitamente a juridicidade, de forma que criar e conhecer se tornam, ao mesmo tempo, os pressupostos e os momentos constitutivos do “querente” como vontade moral, mas também do “querido” como lei.

A infinita capacidade criativa e cognitiva do sujeito como sujeito universal torna-se a única garantia contra a estagnação da lei como mero querido.

A lei que estagna, como mero querido, torna-se, de fato, obsoleta e inadequada em relação à evolução dos costumes, portanto imoral e injusta em relação aos casos concretos que deveria regular conforme a moral universal justa. Essa moral, que, por não ser ética, não é justa para um tipo específico de sociedade, mas é justa para um conceito universal de direito. A consequência lógica dessa abordagem é que a lei deve ser sustentada para ter uma dimensão empírica justificável pelo mundo do espírito, ou seja, pela atividade do sujeito (legislador, juiz ou cidadão) que resolve, no atualismo, o objeto em si, sem, contudo, ignorá-lo, na dimensão universal de espírito e

¹³¹ Ibidem, p. 77.

mundo, isto é, na nova ontologia¹³² à qual é necessário fazer referência, como visto, segundo Betti, para o mundo do direito¹³³.

Essa ontologia, portanto, encontra seu modelo metodológico precisamente na interpretação jurídica.

O sujeito infinitamente capaz de conhecer e criar, o sujeito interpretante, no atualismo torna-se, do ponto de vista filosófico, a possibilidade universal da realizabilidade de uma subjetividade moral¹³⁴, própria também de cada sujeito particular, que pode manifestar plenamente e em primeira pessoa aquela juridicidade que, nesse sentido, é sua natureza mais verdadeira, porque mais íntima¹³⁵.

Exatamente porque a moral, como dever-ser do indivíduo, necessita se reconduzir ou ao conhecimento ou à vontade criadora, é manifestamente reducionista tratar o problema do direito no atualismo como uma mera questão de ética subjetiva. Se isso fosse pensável, o sujeito moral, protagonista da vida jurídica, não seria um sujeito que encontra seu dever-ser na capacidade de conhecer e criar infinitamente.

¹³² A nova ontologia, a que se refere Betti, nada mais é do que a ontologia de N. Hartmann, com a capacidade inovadora, que a caracteriza, de abandonar a ancestralidade teológica tradicional. A nova perspectiva ontológica de Hartmann é decisiva na hermenêutica bettiana para vincular de forma adstringente o sujeito julgador ao sujeito julgado. Para as linhas fundamentais da nova ontologia de Hartmann, ver: HARTMANN, N. **Zur Grundlegung der Ontologie**, Berlin: de Gruyter, 1935; HARTMANN, N. *Neue Wege der Ontologie*. In: **Systematische Philosophie**, Stuttgart-Berlin, 1942; HARTMANN, N. **Ethik**. Berlin: de Gruyter, 1962.

¹³³ BETTI, E. *Revisione critica di Kant*, In: BETTI, E. (ed). **Diritto. Metodo. Ermeneutica**. Milão: Giuffrè, 1991, p. 456.

¹³⁴ GENTILE, G. *I fondamenti della filosofia del diritto*. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916, em particular a p. 55 e ss, aonde no cap. 3º, o autor desligando-se claramente do conceito hegeliano de ética, formula um conceito de moralidade como uma realidade subjetiva contínua em formação, que de forma alguma coincide com a consubstanciação histórica da vida associada.

¹³⁵ Sobre a intimidade moral da legalidade que, como instância moral subjetiva individual, é muito diferente do autoritarismo íntimo, que levaria G. Gentile e o atualismo à dimensão política autoritária (cf. SBARBERI, F. *Gentile politico: Un mistico dell'onnipotenza dello stato*. In: **Studi politici in onore di L. Firpo**, vol. III, Milão: Franco Angeli, 1990, em particular, pp. 825-850, em particular, p. 832) definitivamente conferir o último de Gentile (GENTILE, G. **Genesi e struttura della società**. Milano: A. Mondadori, 1954, pp. 99-100).

O conteúdo gnoseológico-universalístico desse dever-ser se manifesta, de fato, além do momento de estruturação do Estado, mas, sobretudo, além do arranjo juspublicístico, em uma hermenêutica criativa e discricionária, que será, por si só, a hermenêutica da juridicidade na perspectiva da *Teoria Geral da Interpretação*.

Deve-se esclarecer de imediato, de fato, que uma coisa é a percepção e o acolhimento, dentro da hermenêutica bettiana, da ontologia gnoseológica atualista, outra coisa é a rejeição, que de forma alguma contrasta com tal acolhimento, da perspectiva atualista, ou mais precisamente definida como tardo-atualista, estatalista-corporativista.

O corporativismo-estatalista é teorizado, de fato, mais por alguns discípulos de Giovanni Gentile, como Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli, do que pelo próprio Gentile.

A negação da ideia jurídica corporativista pelo civilista Betti está toda na consideração que Spirito e Volpicelli têm do direito privado, ou seja, no fato de que este último representaria, como bem escreveu alguém que, embora estivesse dentro do campo filosófico-jurídico atualista, compartilhava muitas ideias com Betti, “um não-direito, a negação da organização social, a morte da sociedade e do Estado”¹³⁶.

¹³⁶ CESARINI SFORZA, W. Individuo e Stato nella corporazione. In: **II Corporativismo come esperienza giuridica**. II ed. Milão: Giuffrè, 1963, pp. 165-187, na p. 167, o autor escreve: “*In fondo il problema rientra in quello del rapporto, nel corporativismo, tra l'elemento privato e l'elemento pubblico. Questione che a Spirito e Volpicelli potrà sembrare priva di senso, perché si sa che per essi agire corporativamente significa, per definizione, agire in senso pubblico, e anzi poiché questo agire in senso pubblico assorbe qualunque agire giuridico, in esso di rivelerebbe tutta quanta la realtà del diritto, il che è come dire che nessun diritto può darsi, il quale non sia corporativo o pubblico. Di fronte a questo, aggiungono Spirito e Volpicelli, il cosiddetto diritto privato rappresenta il non-diritto, la negazione dell'organizzazione sociale, la morte della società e dello Stato. Per mio conto considero questa contrapposizione tra diritto e non-diritto come antistorica...*”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: “Em última análise, o problema insere-se no da relação, no corporativismo, entre o elemento privado e o elemento público. Uma questão que pode parecer sem sentido para Spirito e Volpicelli, porque se sabe que para eles agir corporativamente significa, por definição, agir em sentido público, e de fato, como este agir em sentido público absorve qualquer ação jurídica, revelaria toda a realidade do direito, o que significa dizer que não pode existir nenhum direito que não seja corporativo ou público. Diante disso, acrescentam Spirito e Volpicelli,

A perspectiva corporativista de Spirito e Volpicelli, analisada cuidadosamente, nega toda a ciência jurídica tradicional italiana, toda a construção romanística de direito privado e até mesmo a corrente de pensamento alemã que, dentro da Pandectística, às vésperas do Nachmärz, construiu o direito público sobre a estrutura dos institutos de direito privado romano¹³⁷. Essa ciência jurídica jamais será negada pelo atualismo jurídico de Gentile e de seus discípulos mais fiéis. Entre esses últimos, destaca-se precisamente Cesarini Sforza, que sempre combaterá em Volpicelli a negação da construção científico-dogmática de um ordenamento jurídico¹³⁸, negação que se origina nas ideias de Santi Romano sobre a equivalência entre direito objetivo e instituição, uma ideia que Betti sempre contesta em seus escritos, sempre que faz referência ao fundador da teoria dos ordenamentos jurídicos¹³⁹.

Fica evidente, portanto, que a crítica bettiana ao corporativismo integral de alguns seguidores do atualismo não é suficiente, por si só, para negar a influência da filosofia jurídica atualista no pensamento de Betti. Isso porque, no mesmo campo neoidealista e atualista jurídico, a crítica radical ao corporativismo como negação da ciência do direito é forte, enquanto, dentro do atualismo jurídico, grande importância é atribuída à relação,

o chamado direito privado representa o não direito, a negação da organização social, a morte da sociedade e do Estado. Pela minha parte, considero este contraste entre direito e não-direito como anti-histórico...”.

¹³⁷ Para a construção do direito público moderno sobre a estrutura das instituições do direito privado romano pelo direito público alemão, que remonta à década de 1850, ou seja, após a Marcha Alemã de 1848, ver: FIORAVANTI, M. *Giuristi e costituzione politica nell’800 tedesco*. **Quaderni fiorentini**, n. 7, 1978; e FIORAVANTI, M. *Costituzione e stato di diritto*. **Filosofia politica**, n. 2, 1991, pp. 325-350. Também é essencial ler: GERBER, C. F. **Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts**. Leipzig, 1865 (II ed., Leipzig, 1869, III ed., Dresden, 1880), trad. it. de G. Ferri, 1936. Também parcialmente em GERBER, C. F. **Diritto pubblico**. Milão: Giuffrè, 1971.

¹³⁸ CESARINI SFORZA, W. *Individuo e Stato nella corporazione*. In: **II Corporativismo come esperienza giuridica**. II ed. Milão: Giuffrè, 1963, p. 167.

¹³⁹ Cf, por exemplo: BETTI, E. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milão: Giuffrè, 1949; BETTI, E. **Teoria generale dell’interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1990, pp. 833-836.

absolutamente significativa na nossa perspectiva, entre dogmática, ciência da legislação e ciência da interpretação¹⁴⁰.

A capacidade de conhecer e criar, que o sujeito, especialmente o sujeito jurídico, desenvolve autogenamente de seu interior, como uma emanção do desenvolvimento moral em direção ao fim ético, deve necessariamente se distinguir da mera força exterior que a lei possui em si, como vontade (e, portanto, também como estrutura corporativa), por ser uma imposição de força sobre qualquer liberdade volitiva, e caracterizar uma liberdade volitiva universal, que, conhecendo e criando infinitamente, vive da consciência de poder modificar o que foi anteriormente querido, em uma palingenesia eternamente reiterada. Nesse sentido, no atualismo, mas também na construção filosófica da metodologia bettiana, o conceito de direito, como

¹⁴⁰ CESARINI SFORZA, W. Individuo e Stato nella corporazione. In: **II Corporativismo come esperienza giuridica**. II ed. Milão: Giuffrè, 1963, p. 154, em que o autor escreve: “È una strana idea quella di concepire la realtà giuridica come svolgentesi e trasformatesi mentre i giuristi stanno a guardarla da una certa distanza, con un cannocchiale che loro serve più o meno bene. Come se quegli svolgimenti e trasformazioni non fossero pensati, e perciò realizzati, proprio in termini di scienza o per lo meno di tecnica giuridica”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “É uma ideia estranha conceber a realidade jurídica como algo que se desenvolve e se transforma enquanto os juristas a observam de uma certa distância, com um telescópio que lhes serve mais ou menos bem. Como se esses desenvolvimentos e transformações não tivessem sido pensados, e, portanto, alcançado, precisamente em termos de ciência ou pelo menos de técnica jurídica”. E novamente, *ibid.*, pp. 154-155, nota 2, o autor escreve: “Qualcuno ha detto che, posto un ordinamento giuridico, la dogmatica provvede a sistemare in un tutto unitario le norme che lo compongono. Non è così. Ogni ordinamento è già di per se stesso – almeno virtualmente – una dogmatica, cioè un sistema di principi fissi. La scienza del diritto rivela quella struttura dogmatica alla quale il legislatore e l’interprete (sia pure spesso senza sufficiente chiarezza di idee) non possono non appoggiarsi, per la semplice ragione che sono anch’essi dei giuristi. Legislazione (e applicazione della legge) da una parte e scienza giuridica dall’altra si connettono come la convessità e la concavità di una medesima curva”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “Alguém disse que, uma vez estabelecido um sistema jurídico, a dogmática organiza as normas que o compõem num único todo. Não é assim. Todo sistema jurídico já é em si – pelo menos virtualmente – um sistema dogmático, isto é, um sistema de princípios fixos. A ciência do direito revela aquela estrutura dogmática na qual o legislador e o intérprete (embora muitas vezes sem suficiente clareza de ideias) não podem deixar de confiar, pela simples razão de que também eles são juristas. A legislação (e a aplicação da lei), por um lado, e a ciência jurídica, por outro, estão conectadas como a convexidade e a concavidade da mesma curva”.

infinita possibilidade de conhecer e criar com valores morais, coincide claramente com uma ideia forte de interpretação jurídica¹⁴¹.

Nesse ponto, de maneira ainda mais clara, delinea-se, em todos os seus traços, a estrutura interna do pensamento bettiano¹⁴², uma das fontes filosófico-jurídicas mais permeantes e decisivas da construção da metodologia jurídico-hermenêutica, embora sem referências contínuas¹⁴³ a filosofia do direito de Widar Cesarini Sforza¹⁴⁴.

¹⁴¹ Para um estudo sobre a possível interligação entre interpretação e conhecimento jurídico dentro de uma perspectiva atualística não negada da legalidade, cf.: CAMMARATA, A. E. Contributo a una critica gnoseologica della giurisprudenza (1925). *In: Formalismo e sapere giuridico*. Milão: Giuffrè, 1963.

¹⁴² É de grande conforto a tese sustentada no texto, inerente à estreita relação entre a filosofia jurídica atualista de Gentile, liberta de ideologismos, e aquele momento da filosofia hermenêutico-jurídica de Bettian em que a teoria do conhecimento e a teoria da vontade estão perfeitamente vinculada, a memória, da qual um conhecido estudioso do pensamento betiano, Giuliano Crifò, queria que o escritor participasse, no constante encontro amigável e científico entre Betti e Cesarini Sforza. Na verdade, a relação fica esclarecida e definida, como se verá no texto, justamente na questão do papel jurídico-político da jurisprudência. Sobre este ponto ver: COSTA, P. Widar Cesarini Sforza: : 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza (in margine a Crocianesimo e cultura giuridica italiana di Antonio De Gennaro). **Quaderni fiorentini**, n. 5/6, 1976-1977, pp. 1031-1095.

¹⁴³ Da leitura conjunta da Interpretação da lei e dos atos jurídicos e da Teoria geral da interpretação, de fato, destaca-se apenas uma referência clara a Cesarini, onde Betti estuda a discricionariedade comparando os sistemas continental e anglo-saxão, numa página já vários momentos destacados neste trabalho. Cf. BETTI, E. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milão: Giuffrè, 1949, várias vezes referido, p. 162, nota 56.

¹⁴⁴ Ao desbastar a vasta produção de Cesarini e ater-se aos textos que mais se cruzam com a argumentação desenvolvida no texto: CESARINI SFORZA, W. Volontà privata e autonomia. **RIFD**, 1930, pp. 125 e ss; CESARINI SFORZA, W. Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto. **RIFD**, 1932, pp. 188-200; CESARINI SFORZA, W. Norma giuridica e struttura sociale. **RIFD**, 1960, pp. 127-131; CESARINI SFORZA, W. Il problema della giustizia. **RIFD**, 1961, pp. 45-54. Estas obras são, no todo ou em parte, reproduzidas em: CESARINI SFORZA, W. **Idee e problemi di filosofia giuridica**. Milão: Giuffrè, 1956; CESARINI SFORZA, W. **Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto**, voll. 2, Milão: Giuffrè, 1967 (obra póstuma). Os escritos relativos à colaboração de Cesarini com a Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche merecem destaque especial, pela importância que possuem no que diz respeito aos argumentos do texto. Ver, por exemplo: CESARINI SFORZA, W. Recensione al volume di Enrico Opocher, il Valore dell'esperienza giuridica. **RISG**, 1948, pp. 483-486; CESARINI SFORZA, W. Il diritto come arte. **RISG**, 1949, pp. 401-407; CESARINI SFORZA, W. Osservazioni sulla scienza giuridica. **RISG**, 1950, pp. 28-48. Deve-se notar, de considerável importância, que Betti publicou no RISG nesses mesmos anos. Ver: BETTI, E. Le categorie civilistiche dell'interpretazione. **RISG**, 1948, pp. 34-93; BETTI, E. Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica. **RISG**, 1951, pp. 94-134. E, novamente naqueles anos e nessa

O idealismo, para este Autor, em comparação ao positivismo e ao neocriticismo (e, nesse sentido, ele se distancia claramente da historiografia crociana), permite distinguir entre conhecimento científico e conhecimento filosófico, “dando a este último o objeto dos atos espirituais em sua universalidade e concretude”¹⁴⁵.

O problema, para Cesarini, é precisamente aquele levantado por Miceli, ou seja, a questão da possibilidade filosófica de pensar o direito como objeto de conhecimento científico. A questão, que também será um tema de grande relevância nos estudos de Betti, está na escolha entre considerar que qualquer objeto particular, como, por exemplo, o objeto “direito”, ou mais especificamente “direito dos juristas”, “pode ser pensado filosoficamente, isto é, justificado em sua necessidade espiritual”¹⁴⁶, ou, além de uma simples redução da filosofia do direito a uma mera “gnoseologia da ciência jurídica, ou seja, colocando como seu objeto não o direito, mas a ciência do direito”¹⁴⁷, reconhecer a possibilidade da abstração do objeto-específico direito e não renunciar “a distinguir entre o que é real, histórico, variável, e o que é ideal, metahistórico, modelo eterno de justiça ou virtude ou beleza, critério permanente de julgamento”¹⁴⁸.

A metahistoricidade e idealidade do direito, negadas pelo neocriticismo crociano, nunca desaparecerão completamente, mas, ao contrário, serão sempre defendidas pelo jurista Emilio Betti, entendido aqui em seu sentido mais amplo. Este último, de fato, nunca considerará que o objeto de seus estudos seja apenas a ciência jurídica, a história, ou a linguagem, independentemente do direito. Em sua metodologia, a ciência jurídica se reformula continuamente, partindo precisamente do direito, e é o direito

mesma revista, foi publicado o ensaio de Pietro De Francisci sobre o problema historicista na teoria da interpretação bettiana, cf. DE FRANCISCI, P. Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione. **RISG**, 1951, pp. 1-50.

¹⁴⁵ CESARINI SFORZA, W. Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto. **RIFD**, 1932, pp. 188-200.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 195.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 199-200.

como objeto da ciência jurídica que interessa à metodologia, não a ciência por si só como objeto direto e único de aprofundamento.

Ou seja, o pensador de Camerino nunca assumirá a postura de quem, considerando que a ciência jurídica é um todo completo em torno do direito, por exemplo, um ordenamento completo, nega que além dessa ciência, desse ordenamento, dessa norma fundamental, se possa ir além.

Dessa forma, a evidente sobreposição ocorrida entre o neoidealismo italiano e o positivismo kelseniano não é uma sobreposição entre kelsenismo e atualismo, mas entre kelsenismo e neocriticismo, como Widar Cesarini Sforza começou a perceber já nos anos trinta.

Isso se deve ao fato de que, além da relação entre o momento prático e o momento teórico do direito, “uma vez reconhecida a existência de uma função normativa do espírito, ou seja, uma forma de atividade que cria e implementa normas, é necessário explicá-la filosoficamente, isto é, enquadrá-la na atividade universal do espírito”¹⁴⁹.

Esse aspecto da juridicidade está fortemente presente como substrato filosófico nos estudos de Betti. E é essa juridicidade, capaz de se reconduzir ao conceito de justiça¹⁵⁰, que, demonstrando fortes conexões com a metodologia bettiana, Cesarini enfatiza na relação entre a necessidade coletiva e a necessidade particular de cada indivíduo, ou seja, “a paridade de cada situação jurídica com a de qualquer outro pertencente à mesma classe”¹⁵¹.

Portanto, por fim, mas não menos importante, na contextualização atualista da filosofia jurídica de Cesarini, deve-se destacar a transferência da teoria

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹⁵⁰ CESARINI SFORZA, W. Il problema della giustizia. *RIFD*, 1961, pp. 45-54.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 54, o autor continua: “*Così il rapporto tra ius e iustitia è di reciproca implicazione: nasce come identità e perciò le due nozioni, anche se divergono, non restano mai staccate l'una dall'altra e inconciliabili come se appartenessero a due mondi incongrui*”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: “Assim, a relação entre ius e iustitia é de implicação mútua: nasce como uma identidade e por isso as duas noções, mesmo que diverjam, nunca permanecem desligadas uma da outra e inconciliáveis como se pertencessem a dois mundos incongruentes”.

gentiliana da vontade para os conceitos jurídicos de vontade pública e vontade privada¹⁵².

O conceito atualista de vontade, bem explicado por Cesarini, é baseado em “uma realidade jurídica muito mais ampla do que aquela que transparece nas fórmulas pelas quais o Estado indica qual parte dela receberá o apoio de sua força coercitiva... que uma certa relação entre vontade privada e norma está na base de toda a juridicidade”¹⁵³. Assim, a vontade privada posiciona-se como um momento de autonomia do espírito dentro do sistema estatal, que ela mesma quis e criou, e somente porque está inserida na juridicidade global não há contraposição entre vontade jurídica subjetiva e objetiva¹⁵⁴.

Os conceitos de juridicidade, justiça e vontade emergem, sem necessidade de mais argumentos, claramente como pontos de contato sólidos entre a metodologia bettiana e a filosofia jurídica atualista. Contudo, é especialmente relevante como todos esses conceitos convergem para o tema abrangente do papel jurídico-político da jurisprudência, um tema sobre o qual Pietro Costa¹⁵⁵ se debruçou detalhadamente ao analisar a relação entre Widar Cesarini Sforza, Emilio Betti, Alessandro Levi e outros juristas italianos dos anos vinte aos sessenta do século XX.

O trabalho de Costa, de fato, constitui uma das chaves fundamentais para desmontar a rede ideológica que visa esvaziar as concepções jurídicas e jurisprudenciais do período em que Betti constrói sua metodologia, preferindo-se claramente o tecido cultural neocriticista, que relegava a filosofia do direito a um pseudo-conceito.

O pensamento jurídico atualista em Cesarini, e mesmo em Gentile, não se configura como negação do positivismo, mas sim como sua superação¹⁵⁶,

¹⁵² CESARINI SFORZA, W. Volontà privata e autonomia. **RIFD**, 1930, pp. 125 e ss.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 128.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 126.

¹⁵⁵ COSTA, P. Widar Cesarini Sforza: ‘illusioni’ e ‘certezze’ della giurisprudenza (in margine a Crocianesimo e cultura giuridica italiana di Antonio De Gennaro). **Quaderni fiorentini**, nn. 5/6, 1976-1977, pp. 1031-1095.

¹⁵⁶ Cf. *Ibidem*, p. 1037, em que o autor escreve: “*La scienza, dunque, produce un tipo di conoscenza determinato, vincolato al suo specifico ‘punto di vista’, ma non provvisorio, ‘inferiore’ o meramente tecnico ... Il ‘superamento’ idealistico del positivismo è realizzato*”

uma vez que, além do momento do conhecimento próprio da ciência jurídica, o atualismo reconhece o momento político da vontade, que caracteriza a autonomia, o “domínio” do sujeito decisor, um domínio que, vale destacar, em contraste com a politologia de Carl Schmitt, não se funda na força política da decisão, mas sim na força gnoseológica desta última; não se baseia no objetivo de pacificação do conflito por um fim prático, mas sim no objetivo de harmonização dos interesses em jogo para alcançar um fim ontologicamente ético e axiologicamente justo.

Por essas razões, a questão ultrapassa, e muito, a polêmica¹⁵⁷ de Cesarini com a posição “extremista”¹⁵⁸ de Arnaldo Volpicelli¹⁵⁹, uma posição que transpõe toda a problemática jurídica para o campo ideológico e que o

da Cesarini Sforza in termini del tutto peculiari. Alla scienza giuridica si demanda il compito di farsi precisa conoscenza del dato, dell'oggettività, della fenomenologia storico-istituzionale, insomma di quella 'realtà' che il miglior positivismo aveva assunto come la realtà empiricamente analizzabile: ma questa scienza giuridica (diremmo, giocando con le parole 'positiva') viene presa come tale e inserita in un organon conoscitivo che di quella scienza pretende di vedere il rovescio o il prius genético". Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: "A ciência produz, portanto, um tipo específico de conhecimento, vinculado ao seu 'ponto de vista' específico, mas não provisório, 'inferior' ou meramente técnico... A 'superação' idealista do positivismo é alcançada por Cesarini Sforza em termos inteiramente peculiares. À ciência jurídica é confiada a tarefa de obter um conhecimento preciso dos dados, da objetividade, da fenomenologia histórico-institucional, em suma, daquela "realidade" que o melhor positivismo havia assumido como a realidade empiricamente analisável: mas esta ciência jurídica (diríamos digamos, brincando com as palavras "positivo") é tomado como tal e inserido em um órgão cognitivo que afirma ver o anverso ou prius genético daquela ciência".

¹⁵⁷ CESARINI SFORZA, W. Corporativismo. In: **Enciclopedia del diritto**, vol. X, Milão: Giuffrè, 1962; CESARINI SFORZA, W. Diritto corporativo vecchio e nuovo e Corporativismo e scienza del diritto. In: **Il corporativismo come esperienza giuridica**. II ed, Milão: Giuffrè, 1963.

¹⁵⁸ *Ibidem*, e ver também a nota 200, supra.

¹⁵⁹ VOLPICELLI, A. La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile. In: **Giovanni Gentile**: La vita e il pensiero, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 363-379; VOLPICELLI, A. I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo. In: **Atti del secondo convegno di Studi sindacali e corporativi**. Archivio di studi corporativi, Roma, 1932, p. 123 ss.; VOLPICELLI, A. Corporativismo e scienza del diritto. Risposta al Prof. Cesarini Sforza, in Archivio di studi corporativi, Roma, 1937, p. 423.

próprio Betti também contestará¹⁶⁰, possivelmente seguindo os passos de Cesarini.

O ponto central não é a estrutura, corporativa ou não, do Estado, pois o Estado opera dentro do conceito de vontade, que é mais amplo, fundamental e que inclui o conceito de Estado, construído sobre a força do espírito pensante que se contrapõe à imobilidade do ser natural¹⁶¹.

A questão filosófica que dá conteúdo à perspectiva jurídica refere-se ao relacionamento entre filosofia e história, entre historiografia, historicismo e juridicidade, e pode ser claramente vista emergir nos debates contínuos entre Betti, o próprio Cesarini, Pietro De Francisci, Francesco Calasso, Santoro Passerelli e outros, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche* entre 1948 e 1951¹⁶².

Ao atualismo jurídico, pelo menos àquele considerado o mais fiel intérprete e continuador da filosofia jurídica de Giovanni Gentile, assim como a Betti, não interessa situar o direito e a jurisprudência dentro da historiografia, mas sim captar as valências da espiritualidade do direito na história, como um fato metahistórico universal, que se manifesta de forma particular em cada momento específico. Essa veia atualista percorre toda a metodologia jurídico-ermeneutica bettiana e, concretamente, toca também a questão da

¹⁶⁰ BETTI, E. Una teoria del negozio giuridico. In: RODOTÁ, S. (ed). **Il diritto privato nella società moderna**. Bologna: Il Mulino, 1971.

¹⁶¹ Por razões de brevidade, ainda sou forçado a remeter à minha obra: PETRILLO, F. **Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile**. Torino: Giappichelli, 1997.

¹⁶² Cf., por exemplo: CESARINI SFORZA, W. Recensione al volume di Enrico Opocher, il Valore dell'esperienza giuridica. **RISG**, 1948, pp. 483-486; CESARINI SFORZA, W. Il diritto come arte. **Rivista italiana per le scienze giuridiche**, 1949, pp. 401-407; CESARINI SFORZA, W. Osservazioni sulla scienza giuridica. **RISG**, 1950, pp. 28-48. Betti publicou no RISG nesses mesmos anos: BETTI, E. Le categorie civilistiche dell'interpretazione. **RISG**, 1948, pp. 34-93; BETTI, E. Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica. **RISG**, 1951, pp. 94-134. E, novamente naqueles anos e nessa mesma revista, foi publicado o ensaio de De Francisci sobre o problema histórico na teoria da interpretação bettiana, cf. DE FRANCISCI, P. Emilio Betti e i suoi studi intorno all'intepretazione. **RISG**, 1951, pp. 1-50, e o ensaio de Calasso sobre o direito consuetudinário como fato espiritual: CALASSO, F. Il diritto comune come fatto spirituale. **RISG**, 1946. pp. 315-358.

relação entre dogmática e história, uma relação que não é, e nunca será, meramente temporal, mas que deve ser inserida no tempo, compreendido como diacronia, “tanto em referência subjetiva à vida do autor... quanto em referência objetiva à esfera de espiritualidade a que a obra pertence”¹⁶³.

Seguindo as ideias de Gentile, primeiro, e de Cammarata, depois, e em diálogo constante com Cesarini Sforza, desenvolve-se, na filosofia jurídica italiana do pós-guerra, a ideia de reconhecimento do valor cognitivo e criativo dos conteúdos jurídicos, ou seja, de uma ciência jurídica, uma verdadeira ciência do espírito, que cria e modifica o direito por meio da sua interpretação. A metodologia jurídico-ermeneutica de Betti insere-se plenamente no contexto cultural que produz e desenvolve essa ideia, representando seu coroamento definitivo.

Portanto, mesmo do ponto de vista filosófico, não é equivocado afirmar que as origens da hermenêutica jurídica de Betti¹⁶⁴ são inequivocamente italianas, em oposição à hermenêutica que surge do existencialismo alemão de Heidegger e Gadamer.

Não apenas por sua estrutura marcadamente baseada no método jurídico, mas também por sua caracterização filosófica e pelas fontes teóricas que a moldam, a hermenêutica jurídica de Betti nasce e permanecerá sempre distinta da hermenêutica alemã contemporânea.

Enquanto em Gadamer o *genus* da filosofia hermenêutica se transforma na *species* da hermenêutica jurídica como ciência do espírito aplicável a qualquer objeto a ser compreendido, em Betti, o método interpretativo jurídico surge para um objeto bem definido, a *species* direito, e depois se expande, transformando-se no *genus* filosofia, para outros objetos

¹⁶³ GRIFÒ, G. Emilio Betti und die juristische Hermeneutik. In: ADRIAANSE, H. J.; ENSKAT, R. (eds). **Fremdheit und Vertrautheit: Hermeneutik im europäischen Kontext**. Leuven: Peeters, 2000, p. 371, onde o autor cita: BETTI, E. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milão: Giuffrè, 1949, p. 13.

¹⁶⁴ GRIFÒ, G. Sulla diffusione internazionale del pensiero ermeneutico bettiano. In: RIZZO, V. (ed). **Emilio Betti e l'interpretazione**. Napoli: Esi, 1991, pp. 21-44; GRIFÒ, Giuliano, Sulla genesi della teoria generale dell'interpretazione. (Un diario generale e altri inediti). In: FROSINI, Vittorio. RICCOBONO, Francesco (eds). **L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti**. Milão: Giuffrè, 1994, pp 47-76.

possíveis, na ótica ontológica da universalidade do espírito subjetivo interpretante.

Portanto, embora os enfoques e os conteúdos das pesquisas conduzidas sejam distintos, e esteja claro que, em Betti, o interesse, pelo menos inicialmente, é eminentemente jurídico, enquanto em Gadamer sempre será exclusivamente filosófico, não se pode afirmar, de maneira totalmente exata, que a hermenêutica jurídica de Betti seja desprovida de filosofia. Isso porque, ao estudar a fundo a metodologia jurídico-ermeneutica e situá-la corretamente em seu contexto histórico-cultural, é possível perceber que a polêmica com Gadamer não decorre de uma comparação entre uma hermenêutica filosófica e uma hermenêutica jurídica metodológica, mas sim de duas culturas filosóficas distintas.

O *habitus* filosófico do jurista Betti é, de fato, um *habitus* atualista, desse atualismo jurídico que Gentile delineou nas lições de filosofia do direito em Pisa e, posteriormente, nos *Fondamenti della filosofia del diritto* de 1916, obra da qual Santi Romano, que lecionava em Pisa na mesma época e publicava *L'ordinamento giuridico*¹⁶⁵, não prescindia. Este introduzia o conceito de norma e ciência jurídica como desenvolvimento espiritual no momento de evolução da organização pré-jurídica. Além do Camerte, figuras como Angelo Ermanno Cammarata, Alessandro Passerin D'Entreves, Widar Cesarini Sforza, Tullio Ascarelli, Max Ascoli, Rodolfo Calamandrei, Francesco Carnelutti, Giuseppe Bettiol, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Capograssi e Giuseppe Chiovenda, entre outros renomados juristas italianos do pós-guerra que trataram da interpretação jurídica, bem como do direito substancial e processual positivo, mantiveram essa vestimenta cultural impregnada de uma filosofia tipicamente italiana. Isso

¹⁶⁵ ROMANO, S. **L'ordinamento giuridico** (1917), a já citada edição de 1946, Florença: Sansoni, 1946, p. 16, nota 14 e p. 22, nota 22, em que o autor cita GENTILE, G. I *fondamenti della filosofia del diritto*. In: **Annali delle Università Toscane**, Pisa, 1916. Ver também nesse ponto: FROSINI, V. Giovanni Gentile, giurista pisano. In: *Enciclopedia '76/'77*, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 395-399.

pode ser observado em cada página dos estudos jurídicos por eles deixados¹⁶⁶.

Nesta origem teórica distinta, a polêmica entre Betti e Gadamer desperta, talvez, seu maior interesse sob uma perspectiva eminentemente filosófica. É nesse ponto que a polêmica se funda, pois somente em um argumento filosófico originário pode-se encontrar o alicerce de um debate filosófico, e não meramente na contraposição objetiva dentro da leitura do mesmo argumento. Essa polêmica pode se desenvolver e radicalizar-se apenas na relação entre duas filosofias distintas, ou seja, entre duas visões de mundo diferentes.

Na formulação de seu método para a interpretação jurídica, Betti já possui em sua *Bildung* a ideia de uma atividade interpretativa que não pode ser um momento unívoco e decisivo, pois, se assim fosse, resultaria em uma dialética do pensado pré-Spaventa e até pré-kantiana, um momento de atividade do espírito desvinculado do impulso moral, cuja tensão determinante, contínua e diacrônica, visa o fim da justiça, que, ao se confundir com o objetivo prático político-social, consegue transformar a moral em ética.

¹⁶⁶ Para uma análise do ponto de vista histórico-jurídico muito mais exaustiva do que a feita no texto sobre a ciência jurídica italiana daqueles anos, capaz de levar em conta também as perspectivas teóricas imbuídas do atualismo dos estudos sobre direito substantivo e processual, bem como na interpretação jurídica dos autores mencionados no texto e de outros, estudados com abordagem historiográfica no momento histórico particular em que viveram, ver, o indispensável: GROSSI, P. **La scienza giuridica italiana: Un profilo storico (1860-1950)**. Milão: Giuffrè, 2000. O reconhecimento do significado teórico da filosofia atualista na ciência jurídica italiana dos primeiros cinquenta anos do século XX, por um eminente jurista como Paolo Grossi, deve ser saudado como o início efetivo da releitura crítico-historiográfica, finalmente não condicionada por fatores ideológicos, daqueles anos de produção científico-jurídica em que ocorreu a atividade científica de Emilio Betti. Em particular, importa sublinhar como este autor, precisamente ao apresentar a sua obra e o seu percurso de investigação, recorda como obra inspirada no actualismo gentio um escrito de Giuseppe Maggiore sobre o método jurídico (MAGGIORE, G. *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. **RIFD**, VI, 1926) onde Maggiore polemiza com as escolas de interpretação exegética jurídica, dominantes naqueles anos em nosso país (ver, *ibidem*, p. 7, nota 11).

Dentro da *Weltanschauung* neoidealista e atualista, ele concebe uma hermenêutica, primeiramente no campo do direito, mas com potencial de expansão para outras áreas do saber, capaz de afirmar e captar os aspectos teleológicos do desenvolvimento moral do espírito conhecedor e interpretante, capaz de não negar os aspectos práticos dos valores sociais da vontade que decide, imediatamente, sobre o caso concreto.

Nesse sentido, a hermenêutica metodológico-jurídica se apresenta como uma hermenêutica ontológica e axiológica que, ao interpretar, conhece, e ao querer, cria; ao querer, decide, e ao interpretar, busca o fim de sua decisão. A *Applikation* gadameriana, como um momento peculiar, conclusivo ou não, dentro de um processo gnoseológico, está, sob essa perspectiva, bastante distante da ontologia bettiana, que, na visão atualista, resolve completamente o problema da relação entre querer e conhecer, capaz de caracterizar a ciência hermenêutica como um todo, partindo da interpretação especificamente jurídica.

O contraste entre método e *Applikation* é, portanto, de menor relevância em comparação à questão crucial da divergência polêmica. Reitera-se que essa divergência reside na natureza das filosofias distintas que caracterizam os pensamentos de Gadamer e Betti. E dessas filosofias diversas emergem duas hermenêuticas distintas, diferenciadas, primeiramente, porque uma, a bettiana, desde os seus primórdios, é fortemente marcada pela metodologia interpretativa jurídica e, em seguida, enriquecida por uma filosofia que pouco carrega das influências do idealismo historicista alemão e da ontologia tradicional, ao contrário da gadameriana.

Portanto, pode-se afirmar, ao concluir essa argumentação sobre um percurso não muito explorado, mas de grande relevância, da filosofia jurídica italiana, que a metodologia jurídico-hermenêutica encontra suas fontes caracterizadoras decisivamente na ciência do direito, mais do que na filosofia. Isso ocorre não só pela forte ascendência da *scientia juris* tardomedieval e humanística, mas também porque o pensamento hermenêutico, compilado na *Teoria generale dell'interpretazione*, surge de

um interesse específico pela juridicidade e se impregna e se preenche teoricamente com os conteúdos de uma filosofia que não negligencia, mas que se relaciona continuamente com a própria ciência jurídica.

Essa filosofia é precisamente o neoidealismo, o atualismo italiano por excelência, que, à parte qualquer conotação ideológica, oferece à teoria geral do direito de Betti, antes mesmo da teoria geral da interpretação válida para todas as áreas do saber, a capacidade de conceber a peculiar combinação, presente em toda decisão jurídica, entre vontade e conhecimento. Na endíade vontade/conhecimento, além de qualquer tendência ideológica reprimida e mantida na linguagem estática e imutável da normatividade, encontra-se a abertura para um novo mundo caracterizado por sociedades complexas e abertas, desprovidas de nacionalismo, que a teoria bettiana, tanto jurídica quanto filosófica, busca interpretar, compreender e governar.

Referências Bibliográficas

- ADORNO, T. H. *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, 1966, pp. 61-62, trad. it. Torino: Einaudi, 1970.
- ARGIROFFI, A. *Valori, prassi, ermeneutica: Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans George Gadamer*. Torino: Giappichelli, 1994.
- BARONE, F., *Sulla definizione in modo matematico delle forme dei sillogismi*. In: *Scritti di logica*, Bologna: Zanichelli, 1968.
- BETTI, E. *Diritto romano e dommatica odierna*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, p. 59-133.
- BETTI, E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Giuffré, 1949.
- BETTI, E. *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*. In: *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, XVI, 1962.
- BETTI, E. *Per una nuova filosofia del diritto e della cultura*. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978, pp. 288-292.
- BETTI, E. *Revisione critica di Kant*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, pp. 451-457.
- BETTI, E. *Teoria generale dell'interpretazione*. Milão: Giuffré, 1990.
- BETTI, E. *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*. *RISG*, 1948, pp. 34-93.
- BETTI, E. *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*. *RISG*, 1951, pp. 94-134.
- BETTI, E. *Una teoria del negozio giuridico*. In: RODOTÁ, S. (ed). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971.
- BIANCO, F. *La teoria dell'interpretazione di Emilio Betti nel dibattito ermeneutico contemporâneo*. *Rivista di filosofia*, n. 3, 1993.
- BIANCO, F. *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere: Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*. *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- BRETONE, M. *Il paradosso di una polemica*. Milão: Giuffré, 1979.

- CAIANI, L. *La filosofia dei giuristi italiani*. Padova: Cedam, 1955.
- CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1959.
- CALASSO, F. *Il diritto comune come fatto spirituale*. *RISG*, 1946. pp. 315-358.
- CALOGERO, G. *Croce e la scienza giuridica*. *RISG*, 1952-53, I, pp. 59-60.
- CAMMARATA, A. E. *Contributo a una critica gnoseologica della giurisprudenza (1925)*. In: *Formalismo e sapere giuridico*. Milão: Giuffrè, 1963.
- CAMMARATA, A. E. *Formalismo e sapere giuridico*. Milão: Giuffrè, 1963.
- CAPOGRASSI, G. *Il problema della scienza del diritto*. Roma: Imprenta, Foro Italiano, 1937, p. 532.
- CAPOGRASSI, G. *Opere*, VI, 1929, pp. 60-61.
- CAPOGRASSI, G. *Recensione a A. MESSER, Commento alla Critica della Ragion Pura di Kant*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX, 1929, pp. 927-928.
- CAPOZZI, G. *Filosofia, scienza e praxis del diritto*. Napoli: Jovene, 1982.
- CAPOZZI, G. *Giudizio, prova e verità: I principi della scienza nell' "Analitica di Aristotele"*. Napoli: Esi, 1974.
- CAPOZZI, G. *Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile*. In: *Il pensiero di Giovanni Gentile*. Enciclopedia '76/'77, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977.
- CARCATERRA, G. *L'attuale filosofia del diritto in Italia e i suoi problemi*. In: *Saggi di filosofia del diritto*. Bulzoni, 1989.
- CESARINI SFORZA, W. *Corporativismo*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milão: Giuffrè, 1962.
- CESARINI SFORZA, W. *Diritto corporativo vecchio e nuovo e Corporativismo e scienza del diritto*. In: *Il corporativismo come esperienza giuridica*. II ed, Milão: Giuffrè, 1963.
- CESARINI SFORZA, W. *Giuristi o filosofi? In Vecchie e nuove pagine di filosofia, in Storia e diritto*, I. Milão: Giuffrè, 1967.
- CESARINI SFORZA, W. *Idee e problemi di filosofia giuridica*. Milão: Giuffrè, 1956.

- CESARINI SFORZA, W. *Il diritto come arte*. *RISG*, 1949, pp. 401-407.
- CESARINI SFORZA, W. *Il diritto come arte*. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, pp. 401-407.
- CESARINI SFORZA, W. *Il problema della giustizia*. *RIFD*, 1961, pp. 45-54.
- CESARINI SFORZA, W. *Individuo e Stato nella corporazione*. In: *Il Corporativismo come esperienza giuridica*. II ed. Milão: Giuffrè, 1963, pp. 165-187.
- CESARINI SFORZA, W. *Norma giuridica e struttura sociale*. *RIFD*, 1960, pp. 127-131.
- CESARINI SFORZA, W. *Osservazioni sulla scienza giuridica*. *RISG*, 1950, pp. 28-48.
- CESARINI SFORZA, W. *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto*. *RIFD*, 1932, pp. 188-200.
- CESARINI SFORZA, W. *Recensione al volume di Enrico Opocher, il Valore dell'esperienza giuridica*. *RISG*, 1948, pp. 483-486.
- CESARINI SFORZA, W. *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, voll. 2, Milão: Giuffrè, 1967 (obra póstuma).
- CESARINI SFORZA, W. *Volontà privata e autonomia*. *RIFD*, 1930, pp. 125 e ss.
- CHIODI, G. M. *Equità: La regola costitutiva del diritto*, Torino: Giappichelli, 2000.
- CHIODI, G. M. *La regola costitutiva del diritto*. Torino: Giappichelli, 2000.
- CICALESE, M. L. *La formazione del pensiero politico di Giovanni Gentile (1869-1919)*. Milão: Giuffrè, 1972.
- COSTA, P. *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza (in margine a Crocianesimo e cultura giuridica italiana di Antonio De Gennaro)*. *Quaderni fiorentini*, nn. 5/6, 1976-1977, pp. 1031-1095.
- CROCE, B. *Conversazioni critiche*, serie IV, II ed. riv., Bari: Laterza, 1951.
- DE FRANCISCI, P. *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*. *RISG*, 1951, pp. 1-50.

- DE GENNARO, A. *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica. Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- DE GENNARO, A. *L'ermeneutica idealistica: Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*. Napoli: Esi, 1993.
- FIORAVANTI, M. *Costituzione e stato di diritto. Filosofia politica*, n. 2, 1991, pp. 325-350.
- FIORAVANTI, M. *Giuristi e costituzione politica nell'800 tedesco. Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- FOUCAULT, M. *La verità e le forme giuridiche*. Trad. it. de L. Alessandro. Napoli: Arte tipográfica: 1991.
- FROSINI, V. *Giovanni Gentile, giurista pisano*. In: *Enciclopedia '76/'77*, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 395-399
- GADAMER, H. *Das problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie. Kleine Schriften*, I, 194, pp. 9-10.
- GADAMER, H. G. *Emilio Betti und das idealistische Erbe. Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978, pp. 5-11.
- GADAMER, H. *Hegel e l'ermeneutica*. Napoli: Bibliopolis, 1980.
- GADAMER, H. *Replik. Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Main, 1971.
- GADAMER, H. *Wahrheit und Methode* (1960). IV ed. Tübingen, 1975.
- GARIN, E. *Cronache di filosofia italiana*, I, Bari: Laterza, 1966.
- GARIN, E. *Intellettuali italiani del XX secolo*. Roma: Editori riuniti, 1974.
- GENTILE, G. *Genesi e struttura della società*. Milano: A. Mondadori, 1954.
- GENTILE, G. *Genesi e struttura della società: Saggio di filosofia pratica*. Firenze: Sansoni, 1946, pp. 89-90.
- GENTILE, G. *I fondamenti della filosofia del diritto*. In: *Annali delle Università Toscane*, Pisa, 1916.
- GENTILE, G. *La riforma della dialettica hegeliana*. In: *Opere*, vol. 27, Firenze: Sansoni, 1954.
- GENZMER, E. *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*. Trieste: Università di Trieste, 1954.

- GERBER, C. F. *Diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 1971.
- GERBER, C. F. *Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts*. Leipzig, 1865.
- GRIFFERO, T. *Interpretare: La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*. Torino: Rosenberg & Sellier, 1988.
- GRIFÒ, G. *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik*. In: ADRIAANSE, H. J.; ENSKAT, R. (eds). *Fremdheit und Vertrautheit: Hermeneutik im europäischen Kontext*. Leuven: Peeters, 2000.
- GRIFÒ, G. Il problema dell' "interpretativo". *Labeo*, n. 34, 1988, p. 213-218.
- GRIFÒ, G. *Note per una ricerca. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978.
- GRIFÒ, G. *Problemi dell'interpretazione*. In: CASSESE, S. et al (eds). *L'unità del diritto: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna: Il Mulino, 1994.
- GRIFÒ, G. *Sulla diffusione internazionale del pensiero ermeneutico bettiano*. In: RIZZO, V. (ed). *Emilio Betti e l'interpretazione*. Napoli: Esi, 1991, pp. 21-44.
- GRIFÒ, G. *Sulla genesi della teoria generale dell'interpretazione*. (Un diario generale e altri inediti). In: FROSINI, Vittorio. RICCOBONO, Francesco (eds). *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*. Milão: Giuffrè, 1994.
- GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1998.
- GROSSI, P. *La scienza giuridica italiana: Un profilo storico (1860-1950)*. Milão: Giuffrè, 2000.
- GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996.
- HARTMANN, N. *Ethik*. Berlin: de Gruyter, 1962.
- HARTMANN, N. *Neue Wege der Ontologie*. In: *Systematische Philosophie*, Stuttgart-Berlin, 1942.
- HARTMANN, N. *Zur Grundlegung der Ontologie*, Berlin: de Gruyter, 1935.
- HEIDEGGER, M. *Vom Wesen der Wahrheit. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, trad. it. de Franco Volpi, Milão: Adelphi, 1997.

- IRTI, N. *Società civile: Elementi per un'analisi del diritto privato*. Milão: Guiffirè, 1992.
- KANTOROWICZ, E. H. *La sovranità dell'artista*. Venezia: Marsilio, 1995.
- KELSEN, H. *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. de R. Treves, Torino: Einaudi, 1984.
- KISCH, G. *Claudius Cantiuncula. Ein Basler Jurist und humanist des 16, Jahrhunderts*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1970.
- KISCH, G. *Consilia. Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlung*. Stuttgart: Helbing und Lichtenhahn, 1970.
- KISCH, G. *Gestalten und probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*. Berlin: de Gruyter, 1967.
- KISCH, G. *Melanchthons Rechts und Soziallehre*. Berlin: de Gruyter, 1967.
- KOSCHAKER, P. *Europa un das römische Recht*. München: Biedersten, 1947.
- LIMONE, G. *Dimensioni del simbolo*. Napoli: Arte Tipografica, 1997.
- LIMONE, G. *Il sacro come la contraddizione rubata*. Napoli: Jovene, 2001.
- LIMONE, G. *Tempo della persona e sapienza del possibile: Valori, politica, diritto in Emmanuel Mounier*. Napoli: Esi, 1988.
- LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milão: Giuffirè, 1967.
- MAGGIORE, G. *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*. In: *Giovanni Gentile: La vita e il pensiero*, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 231-244.
- MAGGIORE, G. *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. *RIFD*, VI, 1926.
- MENGONI, L. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milão: Giuffirè, 1996.
- MENGONI, L. *La polemica di Betti con Gadamer*. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1978, p. 125-142.
- MICELI, V. *Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile: Nota critica*. Pisa: Mariotti, 1920.
- NATOLI, S. *Giovanni Gentile filosofo europeo*, Torino: Bollati Boringhieri, 1989.

- NEGRI, A. *L'inquietudine del divenire: Giovanni Gentile*, Firenze: Le Lettere, 1992 em particular a p. 9 ss. e p. 144 ss.
- PETRILLO, F. *Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- PETRILLO, F. *La teologia dello Stato di Giovanni Gentile*. In: PETRILLO, F. (ed). *Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- PETRILLO, F. *La teoria dello Stato come sintesi dell'attualismo*. In: GIOVANNI, P. (ed) *Giovanni Gentile: tra idealismo e antiidealismo*, Milano: Franco Angeli, 2003, pp. 389-398.
- PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974.
- RICCOBONO, S. *Lineamenti di storia delle fonti del diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1949.
- RICOEUR, P. *Ermeneutica filosofica e ermeneutica biblica*. Tradução Italiana. Brescia: Paideia, 1977.
- ROMANO, S. *L'ordinamento giuridico* (1917), a já citada edição de 1946, Florença: Sansoni, 1946, p. 16, nota 14 e p. 22, nota 22.
- ROSSI, P. *La storiografia filosofica del neoidealismo italiano*, in *Storia e filosofia*. Torino: Einaudi, 1969.
- SAVIGNY, F.C. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg: Mohr, 1850.
- SBARBERI, F. *Gentile politico: Un mistico dell'onnipotenza dello stato*. In: *Studi politici in onore di L. Firpo*, vol. III, Milão: Franco Angeli, 1990, em particular, pp. 825-850, em particular, p. 832.
- SCAZZOLA, A. *Giovanni Gentile e il Rinascimento*. Istituto Italiano per gli studi filosofici. Napoli: Vivarium, 2002.
- SCHIAVONE, A. "Il nome" e "la cosa". *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978, pp. 293-310.
- SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. *Dialettica, dialogicità e formalismo in Giovanni Gentile: Considerazioni sull'idealismo attuale*. In: *Filosofia dello*

- Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997, cit., pp. 43-83.
- SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. *La Critica gnoseologica della giurisprudenza*. Napoli: Esi, 1988, pp. 8-9.
- SPAVENTA, B. *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*. In: *Opere*, vol. 1, Firenze: Sansoni, 1972.
- SPAVENTA, B. *Scritti filosofici e Principi di ética*. In: *Opere*, vol. 1 e 2, Firenze: Sansoni, 1972.
- VATTIMO, G. *Oltre l'interpretazione*. Roma-Bari: Laterza, 1994.
- VINOGRADOFF, P. *Roman law in medieval Europa*. Oxford: Claredon Press, 1929.
- VOLPICELLI, A. *Corporativismo e scienza del diritto*. Risposta al Prof. Cesarini Sforza, in *Archivio di studi corporativi*, Roma, 1937, p. 423 ss.
- VOLPICELLI, A. *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*. In: *Atti del secondo convegno di Studi sindacali e corporativi*. *Archivio di studi corporativi*, Roma, 1932, p. 123 ss.;
- VOLPICELLI, A. *La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*. In: *Giovanni Gentile: La vita e il pensiero*, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 363-379.
- WOLFF, C. *De jurisprudentia in formam demonstrativam redigenda*. In: *Horae subsecivae marburgenses*, Frankufurt, Leipzig, 1731-1732; Veronae, 1770.
- WOLFF, C. *Philosophia prima sive ontologia*. Magde Burgicae, Halae, 1730.

I crimini d'odio: aspetti sociologici, codicistici e giurisprudenziali alla luce delle normative interne e sovranazionali

di Stefano Zoccali*

Sommario: 1. Dalla legge Scelba alla legge Reale: le prime sanzioni previste per la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico - 2. La legge Mancino e le discriminazioni di carattere religioso - 3. La legge n. 85/2006: le condotte di "diffusione" sostituite dai concetti di "propaganda" e di "istigazione" alla "commissione di atti di discriminazione o a commettere violenza o atti di provocazione per i motivi di discriminazione" - 4. L'inserimento codicistico degli artt. 604-bis e 604-ter operato dal D.lgs. n. 21/2018 - 5. La fenomenologia dei c.d. hate speech: analisi sociologica - 6. Prospettive future e vittimologia anche in considerazione dei fenomeni di violenza di genere e domestica connessi ai crimini e ai discorsi d'odio.

Abstract: The article aims to analyze the issues related to the regulatory evolution of hate crimes, focusing on the sociological, codified and jurisprudential aspects in the light of domestic and supranational legislation. In this regard, particular attention has been given to the introduction of articles 604 bis and 604 ter into the Italian Penal Code, implemented with the aim of sanctioning propaganda, incitement or commission of discriminatory or violent acts and increasing the sanctioning treatment for crimes committed with the purposes. The contribution then focuses on the need for constant comparison between the activity of the legislator and the solicitations coming from sociological theories and jurisprudence, outlining possible future perspectives aimed at countering the so-called hate speech,

* Dottore di ricerca (PhD) in «Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo» presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

understood as speech aimed at promoting hatred towards certain individuals or groups, using epithets that denote contempt towards social groups due to their racial, ethnic, religious, cultural or gender connotations.

Keywords: Hate Speech, Human Dignity, Non-Discrimination, European Court of Human Rights, CEDU, Court of Cassation, Article 604 bis c.p., Article 604 ter c.p., Social conflict.

1. Dalla legge Scelba alla legge Reale: le prime sanzioni previste per la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico.

La Sezione I-bis del Capo III dedicata ai delitti contro l'eguaglianza in materia di delitti contro la libertà individuale è contenuta all'interno del Titolo XII dei delitti contro la persona del Codice penale ed è oggi composta dagli artt. 604-bis e 604-ter. Le norme in questione sono state introdotte dal D.Lgs. n. 21/2018 con l'obiettivo dichiarato di sanzionare la propaganda, l'istigazione o la commissione di atti discriminatori o violenti, aggravando altresì il trattamento sanzionatorio per i reati commessi con le suddette finalità.

Tale introduzione normativa ha rappresentato il punto di arrivo di una fitta e costante evoluzione che ha avuto origine nell'avvento della Costituzione democratica e nell'abrogazione delle leggi razziali promulgate nel corso del ventennio fascista¹.

Una prima reazione dell'ordinamento italiano all'assetto normativo affermatosi nel corso del ventennio è stata operata attraverso l'introduzione della L. 20 giugno 1952, n. 645, nota come Legge Scelba, la quale ha dato così attuazione alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione con la quale è stato introdotto il divieto di riorganizzazione del disciolto

¹ D'AMICO, *I delitti contro l'eguaglianza*, in AA.VV. (CADOPPI–CANESTARI– MANNA-PAPA); *Diritto Penale, Tomo I*, Milano, 2022, pp. 6101-6102.

partito fascista. Nella stessa direzione è stata poi inserita la L. 9 ottobre 1967, n. 962, anche conosciuta come “Legge per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio”.

Tuttavia, il fondamentale punto di riferimento in materia di antidiscriminatoria fu rappresentato dall’entrata in vigore della c.d. Legge Reale (L. 13 ottobre 1975, n. 654). Il testo in questione introdusse un duro inasprimento della legislazione penale, allo scopo di contrastare e combattere i fenomeni di terrorismo italiano che stavano mettendo a dura prova l’ordinamento democratico del paese durante i c.d. anni di piombo. Le innovazioni, essenzialmente di tipo repressivo, apportate dalla legge Reale sono rinvenibili nei seguenti articoli:

- l’art. 3 che estende il ricorso alla custodia preventiva, sostituendo così il precedente art. 238 c.p.p., anche in assenza di flagranza di reato, e di fatto permettendo un fermo preventivo di 96 ore (48+48) entro le quali emettere decreto di convalida da parte dell’autorità giudiziaria;
- l’art. 5 – in seguito modificato dall’art. 2 della legge n. 533/1977 – che vieta l’uso del casco e di altri elementi potenzialmente atti a rendere in tutto o in parte irriconoscibili i cittadini partecipanti a manifestazioni pubbliche, svolgentesi in pubblico o in luoghi aperti al pubblico;
- infine, l’art. 14 che, estendendo la previsione normativa contenuta nell’art. 53 c.p., consente alle forze di polizia italiane l’uso legittimo delle armi non solo in presenza di violenza o di resistenza, ma in qualunque caso in cui si tratti di «impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona».

Tale testo normativo ha avuto, tra l’altro, il compito di ratificare e dare esecuzione alla Convenzione ONU di New York “Sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale” del 1966.

Quest'ultima fonte normativa, all'art. 3, punisce: la diffusione, in qualsiasi modo, di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale (comma 1, lett. a); l'incitamento alla discriminazione o alla commissione di atti violenti, la realizzazione di simili atti e la provocazione alla violenza nei confronti di determinati soggetti in ragione della loro appartenenza ad un gruppo nazionale, etnico o razziale (comma 1, lett. b); vieta ogni organizzazione o associazione avente tra i propri scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale (comma 2).

2. La legge Mancino e le discriminazioni di carattere religioso

L'evoluzione normativa in materia di discriminazione è poi proseguita con l'entrata in vigore della L. 25.6.1993, n. 205 (c.d. Legge Mancino), che ha introdotto "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa".

La norma sanziona e condanna frasi, gesti, azioni e slogan aventi per scopo l'incitamento all'odio, l'incitamento alla violenza, la discriminazione e la violenza per motivi razziali, etnici, religiosi o nazionali. Infine, punisce anche l'utilizzo di emblemi o simboli.

Ha modificato, inoltre, il contenuto dell'art. 3 della legge Reale introducendo: a) al comma 1 lett. a), il fattore etnico tra i motivi idonei a connotare la propaganda discriminatoria; b) al comma 1, lett. b), il fattore religioso tra i motivi di incitamento alla discriminazione o di commissione di atti violenti; c) al comma relativo al divieto di costituzione e partecipazione ad organizzazioni discriminatorie, i motivi etnici, nazionali e religiosi.

Inoltre, ha introdotto, per mezzo del proprio art. 3, una circostanza aggravante per i reati, puniti con pena diversa dall'ergastolo, commessi con fini discriminatori o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure al fine di agevolare associazioni con siffatti scopi.

I critici della legge Mancino hanno sostenuto che sarebbe una norma incostituzionale, poiché in contrasto con l'art. 21 della Costituzione, che

garantisce la libertà di manifestazione del pensiero. La Corte costituzionale, tuttavia, non si è pronunciata su tale asserito contrasto fra l'art. 21 Cost. e la legge Mancino². In compenso, però, riguardo ai profili applicativi della norma, la giurisprudenza di legittimità ha fornito in passato alcune indicazioni in materia di “esibizionismo razzista” e sulla funzione di tutela preventiva propria dei reati di pericolo astratto³.

3. La legge n. 85/2006: le condotte di “diffusione” sostituite dai concetti di “propaganda” e di “istigazione” alla “commissione di atti di discriminazione o a commettere violenza o atti di provocazione per i motivi di discriminazione”

Una successiva modifica all'art. 3 della L. 654/1975 è stata operata anche dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85 recante “Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione”, il cui art. 13 riformula il già citato art. 3 della legge Reale sostituendo il termine “diffusione” con quello di “propaganda” e la locuzione “incitamento” con quella di “istigazione”.

L'evoluzione della materia è proseguita con l'entrata in vigore della L. 16 giugno 2016, n. 115, che ha dato attuazione alla Decisione quadro 2008/913/GAI, recante misure concernenti la “Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”.

Anche in questo caso viene nuovamente modificato l'art. 3 della Legge Reale, attraverso l'introduzione del comma 3-bis che incriminava, nella sua formulazione originaria, con la pena della reclusione da due a sei anni, la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che

² Tuttavia, in due sentenze risalenti agli anni Cinquanta dichiarò infondate le questioni di legittimità costituzionale di norme analoghe, contenute negli art. 4 e 5 della legge 645/52: Corte Cost., 26 gennaio 1957, n. 1; Corte Cost., 20 dicembre 1958, n. 57.

³ Cass. Pen., Sez. I, 23 marzo 2019, n. 21409. A tal proposito, si rimanda a: GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2, co.1 legge Mancino) e il delitto di “manifestazioni fasciste” (art. 5 legge Scelba)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.

derivasse concreto pericolo di diffusione, fondate in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli art. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della L. 12 luglio 1999, n. 232.

Infine, la Legge europea 20 novembre 2017, n. 167 ha operato un'ultima modifica all'art. 3 della Legge Reale, introducendo al comma 3-bis, dopo il riferimento alla negazione, anche la "minimizzazione in modo grave o l'apologia" al fine di adeguarsi totalmente al disposto contenuto all'interno della Decisione quadro del 2008.

4. L'inserimento codicistico degli artt. 604-bis e 604-ter operato dal D.lgs. n. 21/2018

L'approdo finale di questo variegato e complesso percorso di evoluzione normativa è rappresentato dall'introduzione all'interno del Codice penale grazie alla "riserva di codice", operata dalla L. 1 marzo 2018, n. 21, dei nuovi artt. 604-bis e 604-ter c.p.⁴

Le figure delittuose che oggi si pongono in contrasto con il diritto a non essere discriminati sono generalmente definite come i c.d. "crimini d'odio", manifestandosi non soltanto nella loro componente fattiva, intesa come compimento materiale dell'atto discriminatorio, ma anche e soprattutto nella loro componente dialettica, la c.d. *hate speech*⁵.

È evidente, tuttavia, come l'evoluzione interna del diritto alla non discriminazione sia stato soprattutto il prodotto di numerose sollecitazioni normative sovranazionali in materia antidiscriminatoria.

⁴ SPADARO, *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in *Dir. Fond.*, 2019, fasc. 1; DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione. Brevi riflessioni sul D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 6, p. 27 ss.; BERNARDI, *Il nuovo principio della "riserva di codice" e le modifiche al Codice penale. Scheda illustrativa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 4, p. 127 ss.

⁵ PELLISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, fasc. 8, p. 1017 ss.

A tal proposito, esemplificativo è il disposto dell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948, che fissa, anche se in via prettamente generale, il divieto di discriminazione e il riconoscimento di tutti i diritti e di tutte le libertà sancite per mezzo della dichiarazione stessa. Un analogo divieto di discriminazione è poi disposto dall'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e dall'art. 20 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato il 16 dicembre 1966, che include un esplicito divieto di appello all'odio che costituisca incitamento alla discriminazione. Inoltre, non può non essere presa in considerazione la già citata Convenzione internazionale di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, che fornisce già in prima battuta una definizione puntuale del fenomeno discriminatorio.

Approfondiscono poi il concetto di discriminazione, definendo entrambe il c.d. "principio di parità di trattamento", anche la Dir. 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e la Dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro⁶.

Infine, è opportuno rilevare – sempre alla luce della normativa sovranazionale - la contrapposizione tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero (riconosciuto dall'art. 10 CEDU e dall'art. 21 Cost.), il divieto di abuso del diritto (art. 17 CEDU) e la pari dignità dei consociati (art. 3 Cost.)⁷, la cui tutela costituisce, nello specifico, il fondamento della norma in esame. Quest'ultimo bene, infatti, è riconosciuto come "inviolabile" dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (la c.d. Carta di Nizza) - che, tra l'altro, all'art. 21, proibisce qualunque forma di

⁶ BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in *Diritto Penale, Parte speciale, I*, (PULITANÒ a cura di), 2011, p. 403 ss.

⁷ PAVICH-BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e sui valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la norma vigente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, p. 12 ss.; SILVESTRI, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009.

discriminazione - e come valore inerente a tutti gli esseri umani dal Protocollo 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Posta questa breve rassegna del quadro normativo sovranazionale concernente gli interventi attuati nel periodo antecedente all'introduzione interna degli artt. 604-bis e 604-ter c.p., è ora possibile soffermarsi sulle due norme in questione e sul loro inserimento codicistico.

L'art. 604-bis apre la sezione del Codice penale dedicata ai delitti contro l'uguaglianza e ha lo scopo di tutelare i beni giuridici dell'uguaglianza e della pari dignità dei cittadini, che devono essere bilanciati con i principi di precisione, sufficiente determinatezza, di offensività e di proporzionalità al fine di non andare in contrasto con essi.

Si tratta di una fattispecie plurioffensiva, poiché oltre alla pari dignità viene tutelato anche, dal secondo comma dell'art. 604-bis c.p., il bene giuridico dell'ordine pubblico per mezzo dell'incriminazione della promozione e della partecipazione alle organizzazioni con scopi discriminatori⁸.

Infine, il terzo comma, dedicato alla propaganda negazionista, la tutela, secondo parte della dottrina, il bene giuridico della c.d. memoria storica. Ulteriori riflessioni devono essere operate, invece, in riferimento alle condotte incriminate, trattandosi di una normativa molto articolata.

L'art. 604-bis, comma 1, lett. a) punisce, infatti, chiunque propagandi idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istighi a commettere o commetta atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La prima condotta a venire in rilievo è quella della propaganda, che, secondo alcuni, non avrebbe rappresentato un effettivo "*revirement*" rispetto alla precedente formulazione riferita alla "diffusione di idee in qualsiasi modo". Un primo orientamento, infatti, ha sostenuto che la mera diffusione di idee non richieda un settore di applicazione più esteso rispetto a quello della condotta propagandistica e che tra i due concetti in questione non sussista una grossa difformità, poiché in entrambi i casi è necessario ci

⁸ GOISIS, *Crimini d'odio, Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, p. 99.

sia la comunicazione con più persone⁹.

Un'altra corrente di pensiero, invece, ha sostenuto come la scelta legislativa in termini propagandistici sia parsa funzionale alla riespansione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, poiché non basterebbe una generica diffusione di idee, rendendosi piuttosto necessario che la dichiarazione esternata sia idonea a racimolare una vasta quantità di consensi in ordine al pensiero manifestato¹⁰.

A proposito poi della condotta istigatoria, il legislatore del 2018 ha operato una deroga rispetto al disposto dell'art. 115 c.p., ai sensi del quale non può essere punita la c.d. istigazione non accolta. La norma, difatti, innalza al rango di fattispecie autonoma la mera istigazione senza richiedere che quest'ultima attinga il soggetto cui viene rivolta, anticipando, in tal modo, la soglia del penalmente rilevante proprio allo scopo di evitare che si realizzi la discriminazione.

Problemi interpretativi si sono posti in riferimento al concetto di mera commissione di atti discriminatori, non solo poiché non pare emergere una definizione unitaria degli stessi, ma anche alla luce della sanzione penale operante in caso di realizzazione di fatti intrinsecamente leciti semplicemente in base alla circostanza che essi siano sorretti da un movente discriminatorio e, di conseguenza, di non agevole accertamento in sede processuale.

Riguardo la tipicità delle fattispecie in questione, le condotte citate integrano ipotesi di reati di mera condotta a forma libera. Il loro momento consumativo, infatti, è individuabile nel momento in cui la propaganda o l'istigazione sono esterne, diventando, in tal modo, percepibili e conoscibili, non essendo necessario che le stesse siano accolte dai loro destinatari o che si manifesti un evento materiale ed esterno.

A tal proposito, la condotta propagandistica o istigatoria deve essere

⁹ PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, fasc. 10.

¹⁰ BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, *Op. Cit.*, p. 406 ss.

idonea ad influire sull'altrui pensiero, secondo una valutazione da operare volta per volta in base al caso concreto. L'idoneità della condotta, se valutata in combinato disposto con il rango primario dei beni tutelati dalla normativa in questione e con l'anticipazione sanzionatoria tipica delle condotte oggetto d'analisi, che non richiedono l'accoglimento dell'istigazione o della propaganda, consentirebbe l'inquadramento il reato di cui all'art. 604-bis c.p. nel novero dei reati di pericolo concreto, anche se implicitamente¹¹. Sul punto, secondo alcuni, si ritiene che già soltanto propagandare idee razziste o istigare a commettere atti discriminatori esponga ad un concreto pericolo il bene giuridico tutelato¹².

L'orientamento in questione permette di allontanare il pericolo di ipotetici contrasti con il principio di offensività, che potrebbe essere messo a dura prova da una sanzione penale diretta all'autore di una condotta propagandistica concretamente inidonea a causa dei mezzi, delle modalità e dei destinatari della stessa azione a ledere il bene giuridico tutelato.

Occorre poi evidenziare come la prima parte della lettera a) limiti la punibilità della propaganda alle sole idee fondate su odio razziale ed etnico, mentre la seconda parte punisca, invece, l'istigazione o la commissione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La restrizione delle condotte penalmente rilevanti contenute nella prima parte della lettera a) è stata voluta dal legislatore al fine di non attuare un'eccessiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero¹³.

Al contrario, non si sono posti grossi problemi interpretativi per quanto concerne la lett. b) del primo comma, che sanziona con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette

¹¹ GOISIS, *Crimini d'odio, Discriminazioni e giustizia penale*, Op. cit., p. 283.

¹² PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 135.

¹³ BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in AA.VV. (a cura di PULITANÒ), *Diritto Penale, Parte Speciale, vol. I – Tutela penale della persona, III edizione*, Torino, 2019, pp. 403-416.

violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. A differenza della precedente disposizione, infatti, il riferimento agli atti violenti integra già di per sé un comportamento intrinsecamente illecito.

Controversa è stata, invece, la questione concernente l'elemento soggettivo necessario alla sussistenza delle condotte. La giurisprudenza, a tal proposito, ha chiarito come la propaganda di idee discriminatorie e l'istigazione alla commissione di atti discriminatori (prima parte lett. a) integrino ipotesi di dolo generico. Al contrario, la commissione di atti di discriminazione (seconda parte, lett. a) e la commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza (lett. b) sono sostenute, per la stessa giurisprudenza, dal dolo specifico «in quanto in tali ultime ipotesi il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati»¹⁴.

Tuttavia, tale ricostruzione ha trovato alcuni detrattori secondo i quali tanto la propaganda quanto l'istigazione, costituirebbero ipotesi di reato a dolo generico, poiché sarebbe, infatti, sufficiente che l'agente sia consapevole del contenuto della dichiarazione che volontariamente propaganda e diffonde o dell'istigazione che concretamente ha realizzato. Ciò poiché il dolo specifico deve essere caratterizzato da un oggetto più ampio che coinvolga sia il fatto concreto corrispondente a quello descritto dalla norma incriminatrice e sia un risultato ulteriore, che l'agente deve perseguire come scopo e la cui realizzazione è irrilevante per la consumazione del reato, finalità ulteriore che non sembra ricorrere nella fattispecie descritta¹⁵.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906; Cass. Pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581. Sulle suddette sentenze: LA TERRA, *Hate speech e discriminazione per motivi razziali in un recente approdo della Corte di Cassazione*, in *Giur. Pen.*, 2015.

¹⁵ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale, Tredicesima edizione*, Milano, 2024, p. 392; PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, *Op. cit.*, p. 145.

Riguardo poi il divieto alla costituzione delle organizzazioni, delle associazioni, dei movimenti o dei gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi previsto dall'art. 604-bis, co. 2, c.p., la Corte di Cassazione ha rilevato come non sia necessaria, ai fini della configurabilità del reato in esame, l'esistenza di una struttura e di un'organizzazione anche materiale, come invece previsto per il delitto di associazione a delinquere, così inevitabilmente assottigliando la differenza tra la fattispecie associativa in esame ed il mero concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p.¹⁶

Tuttavia, non sono stati dissipati, invece, tutti i problemi concernenti le altre forme di manifestazione del reato. Infatti, ritenendo che, come predetto, queste ipotesi delittuose possano essere ricomprese tra i c.d. reati di pericolo, difficilmente potrebbe configurarsi il tentativo di propaganda, istigazione o commissione, salvo non si attui un'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità, integrando così un'inammissibile ipotesi di reato di pericolo del pericolo.

Gli stessi dubbi persistono anche con riferimento alla configurabilità, in materia, di una consumazione del reato in esame mediante omissione. Le condotte punite dalla norma, infatti, richiedono tutte una condotta tipicamente attiva e difficilmente ipotizzabile in forma omissiva. Al contrario, può configurarsi in maniera più semplice un'ipotesi di commissione mediante omissione di atti discriminatori seppur intrinsecamente leciti¹⁷.

È, inoltre, ipotizzabile una forma di responsabilità commissiva mediante omissione in capo al soggetto su cui ricada un obbligo giuridico di impedire un evento discriminatorio, ai sensi dell'art. 40 co. 2, c.p., ma anche rispetto a tale forma di responsabilità sono state manifestate alcune perplessità. È

¹⁶ Cass. Pen., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713.

¹⁷ Si pensi, ipoteticamente, al dipendente di un esercizio commerciale che si rifiuta di servire un cliente solo perché non italiano o perché di un diverso orientamento sessuale. Sul punto: CAROLI, *Diritto Penale e discriminazione delle persone lgbtqia+*, in *Gen. Ius.*, 2024.

stato, infatti, sottolineato come la verifica di un evento materiale non sia elemento necessario per la consumazione del reato di cui all'art. 604-bis c.p., configurandosi questo come un reato di mera condotta¹⁸.

Infine, riguardo al trattamento sanzionatorio e alle vicende connesse alla punibilità, la volontà del legislatore del 2018 è quella di operare una forma di prevenzione generale positiva tramite orientamento culturale. La delicatezza della materia e il conflitto che questa può incontrare con il diritto alla libera manifestazione del pensiero impongono una forte attenzione alla sanzione, alla luce anche dei solleciti pervenuti dalla giurisprudenza della Corte Edu che già decenni fa aveva specificato come ogni sanzione imposta in questo ambito debba essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito¹⁹.

A tal proposito, per quanto possa apparire irragionevole riconoscere a livello sanzionatorio condotte dotate di un differente disvalore, ponendo sullo stesso piano la propaganda, l'istigazione e la materiale realizzazione di atti discriminatori, si deve riconoscere come la graduazione della sanzione prevista dai primi due commi dell'art. 604-bis c.p. sia in realtà ben bilanciata e proporzionata.

Il terzo comma dell'art. 604-bis c.p., invece, regola una specifica circostanza aggravante per coloro i quali pongono in essere una condotta di propaganda, istigazione o incitamento, in modo che derivi un concreto pericolo di diffusione, fondata sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale²⁰.

Il legislatore, nella formulazione della norma in esame, ha tenuto conto anche del rispetto di un altro principio: quello concernente la sufficiente determinatezza della fattispecie. Infatti, il richiamo alle disposizioni dello

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale, Nona Edizione*, Bologna, 2024.

¹⁹ Corte Edu, 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito, par. 49, 18.

²⁰ Sulla questione: PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.

Statuto della Corte penale internazionale consente di individuare puntualmente le condotte aventi ad oggetto i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità o i crimini di guerra.

Il principio di tassatività discende, invece, dal generico riferimento alla Shoah, potendo quest'ultima essere intesa da un punto di vista meramente storico più che giuridico. Tale scelta, figlia del c.d. *politically correct*²¹, deriva dalla preferenza di avere prediletto l'opzione descritta in precedenza della circostanza aggravante, senza contestualmente non aver previsto un bilanciamento con le circostanze attenuanti, che potrebbero essere considerate prevalenti rispetto all'aggravante negazionista, rendendola in tal modo impossibile da applicare.

Un altro bene oggetto dell'attenzione del legislatore per mezzo della norma in esame è quello della pari dignità dei cittadini e dall'eguaglianza tra consociati, pur in considerazione di alcune teorie che hanno cercato di rapportare il bene giuridico tutelato all'ordine pubblico e alla memoria storica. In particolare, quest'ultimo bene non ha trovato terreno fertile alla luce del persistente pericolo di andare oltre il diritto alla libera manifestazione del pensiero e il settore della ricerca storiografica, che prescinde dall'ambito giuridico²².

Riguardo la legittimità della punibilità dell'opinione di tipo negazionista non si pongono ormai particolari problemi, non solo per le esortazioni di derivazione sovranazionale, in considerazione della Decisione quadro 2008/913/GAI, ma anche per il proliferare di giurisprudenza della Corte Edu in materia²³.

Infine, l'art. 604-ter c.p. prevede, invece, una circostanza aggravante per

²¹ PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, fasc. 4, pp. 326 ss.

²² INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 4.

²³ Cfr. Corte Edu, 3 ottobre 2019, Pastors c. Germania; Corte Edu, 17 dicembre 2013, Perincek c. Svizzera; Corte Edu, 24 giugno 2003, Wizsch c. Germania. Sul punto: D'AMICO, *"Auschwitz projection": denialism in the case of law of the ECtHR*, in *Human rights: new challenges and European responses* (PARRINELLO-TANNER), 2020, pp. 65 ss.

i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine agevolare organizzazioni con scopi analoghi. In particolare, l'esclusione dei reati puniti con l'ergastolo è diretta a garantire un'ampia applicazione della norma.

Infine, la vera difficoltà che ha posto tale aggravante è rappresentata, invece, dalla difficoltà dell'accertamento probatorio. A tal proposito, la giurisprudenza è intervenuta al fine di limitare i dubbi interpretativi, circoscrivendo la configurabilità dell'aggravante nella «consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, di un sentimento connotato dalla volontà di escludere condizioni di parità per ragioni fondate sull'appartenenza della vittima a un'etnia, razza, nazionalità o religione, che si manifesta attraverso espressioni che, al di là del loro intrinseco carattere ingiurioso, appaiano sintomatiche dell'orientamento discriminatorio della condotta»²⁴.

5. La fenomenologia dei c.d. hate speech: analisi sociologica

Pur trattandosi, come si è ribadito, di un termine diffuso - sia in ambito giuridico che in ambito sociologico - il c.d. *hate speech* o “discorso d'odio” non ha ancora una definizione universalmente condivisa.

Una definizione soddisfacente ha affermato che può essere definito come quel discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione razziale, etnica, religiosa, culturale o di genere²⁵.

Si tratta di un fenomeno storico, che costituisce la riproposizione per mezzo del linguaggio di forme di emarginazione e subordinazione esistenti

²⁴ Cass. Pen., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200.

²⁵ PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, fasc. 11, p. 287 ss.; NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.

nei confronti di classi di persone, contrassegnate nel contesto storico-sociale di appartenenza da una qualche ragione minorante²⁶.

L'effetto è quello di alimentare i pregiudizi, consolidare gli stereotipi e rafforzare l'ostilità, fino a identificare l'altro come "radicalmente diverso", in un processo che, attraverso una svalutazione sistemica dei gruppi di appartenenza diversi dal proprio, può giungere a una de-umanizzazione spesso prodromica a veri e propri crimini d'odio²⁷, in una manifestazione che ricorda nell'ambito del conflitto sociale suggestioni psicoanalitiche dirette a manifestare la c.d. "voglia di nemico"²⁸.

In tal senso, pur ritenendo che i discorsi d'odio non rientrino nell'ambito di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, non è parsa scontata la legittimità del ricorso in materia allo strumento penale, non potendolo reputare in assoluto come lo strumento più efficace per limitare le condotte offensive²⁹.

Tale questione trova oggi nuovi profili di criticità in considerazione del ruolo di primo piano assunto dalla tecnologia e dai *social network*. Infatti, alcune componenti strutturali della rete fungano da fattori agevolatori dei messaggi discriminatori, aumentandone le potenzialità lesive³⁰.

Tali componenti possono essere individuati: nella velocità istantanea di diffusione dei messaggi; nella possibilità di raggiungere immediatamente milioni di destinatari; nella capacità del contenuto offensivo di sopravvivere per un ungo arco di tempo oltre la sua immissione, anche in parti del web diverse da quelle della sede in cui era stato originariamente inserito; infine,

²⁶ SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche – 2016*, Pisa, 2017, p. 577.

²⁷ PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 3, p. 71 ss.

²⁸ Si rimanda, a tal proposito, a: BILOTTA, *Voglia di nemico*, in BILOTTA-CAPPELLETTI-SCERBO (a cura di), *Pace Guerra Conflitto nella società dei diritti*, Torino, 2009, p. 7 ss.

²⁹ SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (l. 13 ottobre 1975, n. 654; L. 24 febbraio 2006, n. 85)*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 167 ss.

³⁰ GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'online hate speech*, in *Jus*, 2017, p. 507 ss.

nella natura transnazionale degli intermediari informatici, che solleva la necessità di una cooperazione tra gli Stati e le loro diverse giurisdizioni³¹. Nonostante ciò, oltre che in considerazione dei rischi sociali connessi al bisogno di tutelare l'individuo e le collettività, l'intervento del legislatore penale tarda ad arrivare, pur se sollecitato in momenti diversi da più parti³², e, soprattutto, in considerazione del variegato e complesso percorso di evoluzione normativa sovranazionale e internazionale su cui ci si è soffermati in precedenza.

6. Prospettive future e vittimologia anche in considerazione dei fenomeni di violenza di genere e domestica connessi ai crimini e ai discorsi d'odio.

A conclusione di quest'analisi concernente le fenomenologie criminali discriminatorie, è opportuno ora soffermarsi nello specifico alla vittimologia in rapporto ai fenomeni di violenza di genere e domestica in rapporto anche ai crimini e ai discorsi d'odio.

Riconducibili alla violenza di genere sono i comportamenti rientranti nella nozione di "violenza domestica", che si realizzano, dunque, in contesti familiari o para-familiari³³ e che non sono oggetto di specifica incriminazione da parte dell'ordinamento³⁴.

³¹ NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, *Op. cit.*, p. 6.

³² FORNARI, *Discriminazione razziale*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari, II*, Padova, 2007; CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2014, pp. 79 ss.; PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, *Op. cit.*, pp. 325 ss.; PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei diritti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1325 ss.

³³ BRASCHI, *La nozione di "violenza domestica" fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, in *Criminalia*, 2022, pp. 305 ss.

³⁴ Il concetto è richiamato anche dall'art. 3, D.l. n. 93/2013, modificato dalla L. n. 168/2023, al fine di individuare i destinatari della misura di prevenzione dell'ammonimento, applicabile agli indiziati di aver commesso, anche in forma tentata, i reati di lesioni personali, violenza privata, minaccia grave, atti persecutori, c.d. revenge porn, violazione di domicilio e danneggiamento.

Questi reati sono ritenuti compiuti nell'ambito della c.d. violenza domestica, quando si manifestano e si concretizzano in uno o più atti, gravi ovvero e non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo o da una relazione affettiva. La fattispecie criminosa che garantisce una tutela contro le violenze realizzate nel contesto domestico è il reato di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 c.p., che dà rilievo all'esistenza di un rapporto di familiarità o di convivenza tra l'autore e la vittima.

Al di fuori dell'area della c.d. violenza di genere, il tema della discriminazione di genere non ha ricevuto ancora esplicita considerazione da parte del legislatore, se non limitatamente a forme di indignazione connesse al diritto penale dell'emergenza figlio di casi di cronaca o di eco mediatico, che spesso hanno avuto, però, come effetto la creazione rapida e confusa di norme poco incisive o che si muovessero su terreni già oggetto di attenzione normativa, codicistica e non solo, tralasciando una preliminare analisi sociologica che sarebbe stata di vitale importanza³⁵.

Le altre manifestazioni ascritte alla nozione della discriminazione di genere, infatti, non sono state coinvolte dal processo di rafforzamento punitivo, né sul piano della specifica incriminazione, né su quello della previsione di circostanze aggravanti³⁶.

Il c.d. gender hate speech, come predetto, è tutelato penalmente limitatamente a quei fatti che rientrino nella fattispecie ordinaria della diffamazione (art. 595 c.p.), spesso aggravata dal mezzo pubblicità. È presente un vuoto normativo tale proiettare sul piano sanzionatorio il movente d'odio o il disvalore discriminatorio, non solo di genere, espresso dall'offesa, che potrebbe essere supplito dal legislatore per mezzo di un riguardo all'odio - e anche al motivo di genere - ai fini dell'integrazione dei

³⁵ CURTI, *Il Codice Rosso tra depolicizzazione e ripoliticizzazione della violenza di genere in Italia*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, n. 3/2024; FILICE, *Diritto penale e genere*, in *Dir. Pen. U.*, 2019.

³⁶ COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, in *GenJus*, 2024, p. 33.

reati di propaganda, istigazione e atti discriminatori di cui all'art. 604-bis c.p., oggetto dell'analisi di cui sopra, che conferiscono rilievo all'odio razziale o etnico e, più in generale, ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

In ultimo, tuttavia, una riflessione deve essere operata non solo sugli interventi normativi, che non possono e non devono creare distinzioni nella tutela alle discriminazioni³⁷, ma anche e soprattutto sulla necessità di prevenire per mezzo di strumenti formativi e di analisi sociologica da incentivare senza tralasciare zone geografiche disagiate in cui le conseguenze delle mancanze istituzionali e dell'assenza di strutture educative si manifestano sfociando spesso nella commissione di crimini d'odio.

A sostegno di quest'ultima affermazione appare opportuno fare riferimento, a titolo esemplificativo, alle differenti circostanze ambientali caratterizzanti i "luoghi dei conflitti" nel Vecchio e nel Nuovo continente nel corso del secolo scorso. L'analisi degli scontri fra gruppi sociali di quegli anni ha finito per accentuare ulteriormente la contrapposizione fra teoria del conflitto e integrazione³⁸, nuocendo seriamente ad entrambe le correnti di pensiero, avendo anche ricadute sul ruolo che la sociologia deve avere nell'offrire input al legislatore. Oggi, forse ancor più che allora, è necessario operare un'analisi costruttiva e risolutrice in chiave pragmatica, formativa e normativa, che possa fungere da volano per la lotta alla discriminazione e da linea guida per le generazioni future.

³⁷ Come spesso avviene sull'onda dell'indignazione mediatica.

³⁸ Gli anni '60 negli Stati Uniti, ad esempio, sono stati teatro di scontri fra gruppi sociali al fine di veder riconosciuti i diritti civili delle persone di colore, discriminate e vittime di *hate speech*, e, seppur fosse stata coniata pochi anni prima, la teoria pluralistica non è riuscita a prevedere il proliferare di tali conflitti connessi indissolubilmente tra loro. Sul punto, in chiave più generale e con particolare attenzione al rapporto diffidente con l'altro e al problema dell'individuazione dell'identità del nemico, si rimanda a: BILOTTA, *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Roma, 2008; CICCHESI-CHIMIRRI, *Antropologia dei conflitti e relativismo morale*, in BILOTTA (a cura di), *Elementi di Sociologia dei conflitti*, Milano, 2017, 158 ss.

Riferimenti bibliografici

- BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in AA.VV. (a cura di PULITANÒ), *Diritto Penale, Parte Speciale, vol. I – Tutela penale della persona, III edizione*, Torino, 2019.
- BERNARDI, *Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al Codice penale. Scheda illustrativa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 4.
- BILOTTA, *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Roma, 2008.
- BILOTTA, *Voglia di nemico*, in BILOTTA-CAPPELLETTI- SCERBO (a cura di), *Pace Guerra Conflitto nella società dei diritti*, Torino, 2009.
- BRASCHI, *La nozione di “violenza domestica” fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, in *Criminalia*, 2022.
- CAROLI, *Diritto Penale e discriminazione delle persone lgbtqia+*, in *Gen. Ius.*, 2024.
- CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2014.
- CICCHESE-CHIMIRRI, *Antropologia dei conflitti e relativismo morale*, in BILOTTA (a cura di), *Elementi di Sociologia dei conflitti*, Milano, 2017.
- COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, in *GenJus*, 2024.
- CURTI, *Il Codice Rosso tra depolicizzazione e ripoliticizzazione della violenza di genere in Italia*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, n. 3/2024.
- D’AMICO, “Auschwitz projection”: denialism in the case of law of the ECtHR, in *Human rights: new challenges and European responses* (PARRINELLO-TANNER), 2020.
- D’AMICO, *I delitti contro l’eguaglianza*, in AA.VV. (CADOPPI-CANESTARI- MANNA-PAPA); *Diritto Penale, Tomo I*, Milano, 2022.
- DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente codificazione). Brevi riflessioni sul D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 6.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale, Nona Edizione*, Bologna, 2024.

- FILICE, *Diritto penale e genere*, in *Dir. Pen. U.*, 2019.
- FORNARI, *Discriminazione razziale*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari, II*, Padova, 2007.
- GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2, co.1 legge Mancino) e il delitto di “manifestazioni fasciste” (art. 5 legge Scelba)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.
- GASPARINI, *L’odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all’online hate speech*, in *Jus*, 2017.
- GOISIS, *Crimini d’odio, Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019.
- INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, fasc. 4.
- LA TERRA, *Hate speech e discriminazione per motivi razziali in un recente approdo della Corte di Cassazione*, in *Giur. Pen.*, 2015.
- MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale, Tredicesima edizione*, Milano, 2024.
- NARDI, *I discorsi d’odio nell’era digitale: quale ruolo per l’internet service provider?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019.
- PAVICH-BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e sui valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la norma vigente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.
- PELLISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, fasc. 8.
- PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, fasc. 10.
- PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.

- PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, fasc. 11.
- PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 3.
- PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei diritti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018.
- PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, fasc. 4.
- SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (l. 13 ottobre 1975, n. 654; L 24 febbraio 2006, n. 85)*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.
- SILVESTRI, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009.
- SPADARO, *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in *Dir. Fond.*, 2019, fasc. 1.
- SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche – 2016*, Pisa, 2017.

Regolamento

Il comitato scientifico si compone di personalità dotate di specifiche e spiccate competenze riconosciute sia in ambito nazionale che internazionale. L'eventuale accesso di nuovi membri deve essere deliberato a maggioranza dei membri del comitato di direzione, come anche la sostituzione del direttore responsabile e del direttore scientifico.

Informazioni sul comitato di direzione, di redazione e scientifico

Lucio d'Alessandro, rettore dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

Bruno M. Bilotta, professore ordinario f.r. di sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, direttore responsabile e direttore scientifico

Jean-Claude Angoula, professore di sociologia e teologia, Centre Saint Augustin de Dakar

Francisco Javier Ansuátegui Roig, professore ordinario di filosofia del diritto, Universidad "Carlos III" di Madrid

Davide Barba, professore ordinario di sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale, Università degli Studi del Sannio di Benevento

Felice M. Barlassina, professore di antropologia sociale e culturale, Centre Saint Augustin de Dakar, vicedirettore scientifico

Maria Elisabetta Bilotta, avvocato, Presidenza del consiglio dei ministri f.r., Roma

Carlo Bonifati, dottore di ricerca, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro

Franco A. Cappelletti, f.r. professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi del Sannio di Benevento

Maria Stefania Cataleta, ricercatore associato presso il Laboratoire de Droit International et Européen-LADIE, Université Côte d'Azur (FR)

Gennaro Cicchese, Università Pontificia Lateranense e Centre Saint Augustin de Dakar, vicedirettore scientifico

Anna Civita, professore associato in sociologia generale, Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari

Matteo Crippa, extraordinary chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)

Enrico M.G. Damiani di Vergada Franzetti, avvocato, professore associato di sociologia giuridica, Università degli Studi di Enna "Kore" -vicedirettore aggiunto

Francesco D'Amico, geologo, giornalista *freelance*, dottorando di ricerca presso l'Università della Calabria e il Consiglio Nazionale delle Ricerche, *editorial office staff*

Caterina Delfino, sociologa, docente di materie giuridiche

Santo Delfino, avvocato, docente di materie giuridiche

Antonio M. Dimartino, cultore della materia in filosofia del diritto presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, caporedattore

Clauda Roxana Dorado, professoressa di sociologia del diritto, Universidad Nacional de Córdoba

Laurence Dumoulin, CNRS, PACTE Sciences Po Grenoble

Emilia Ferone, PhD, Università degli Studi "Gabriele D'Annunzio" di Chieti-Pescara

Cinzia Gamba, professore associato in diritto processuale civile, Università degli Studi di Pavia

Claudio Generoso, avvocato del foro di Milano

Renato Grillo, magistrato, già Consigliere Corte Suprema di Cassazione

Xavier-Jean Keita, avocat, Public Counsel for the Defence, International Criminal Court, Aja

Nicola Malizia, professore associato di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università degli Studi di Enna “Kore”

Vincenzo Marano, avvocato del foro di Crotone

Alessandro Marca, informatico, Università degli Studi di Milano

Sergio Marotta, professore ordinario di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Marcello Monteleone, sostituto procuratore generale, Distretto della Corte di appello di Roma

Licia Paglione, ricercatrice in sociologia, istituto universitario Sophia

Michelangelo Pascali, professore associato di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Francesco Petrillo, professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi del Molise

Andrea Pitasi, professore associato di sociologia giuridica e di analisi delle decisioni giuridiche, politiche e sociali dell’UE, Università degli Studi “Gabriele D’Annunzio” di Chieti-Pescara

Paolo Aldo Rossi, f.r. professore ordinario di storia del pensiero scientifico, Università degli Studi di Genova

Armando Saponaro, professore ordinario di criminologia, Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari

Alberto Scerbo, professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro

Richard Sédillot, avocat, expert près le Conseil de l’Europe, membre du Conseil scientifique de l’Institut des droits de l’homme et de la paix

Maria Ausilia Simonelli, professore ordinario di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale dell’Università degli Studi del Molise

Ferdinando Spina, professore associato di sociologia del diritto, Università del Salento

Gaetano Tatò, avvocato, già direttore generale presso il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca scientifica, giudice tributario

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

Editoriale di Bruno Maria Bilotta

Decisione e suggestione. Quattro suggestioni sulla decisione giudiziaria
di Bruno Maria Bilotta

I volti della povertà educativa
di Anna Civita, Angela Mongelli

*Per una cultura accademica transdisciplinare condivisa e tollerante: tra
selezione, formazione e insegnamento*
di Enrico Damiani di Vergada Franzetti

*When social conflict takes over the skies. A socio-legal perspective on reduced
accessibility driven by the low fare business model in air transportation*
di Francesco D'Amico, Antonio Dimartino

*Il crepuscolo della (in)differenza. Verso nuove forme di tutela della persona in
condizione di disabilità*
di Francesco Ferzetti

*Definitional Aspects and Issues Concerning Homeless Individuals: A Brief
Narrative Review of the Evolution of the Homelessness Phenomenon*
di Federica Misceo, Roberta Risola, Andrea De Leo, Armando Saponaro, Valeria
Rossini, Ignazio Grattagliano e Maria Grazia Violante

O Fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti
di Francesco Petrillo

*I crimini d'odio: aspetti sociologici, codicistici e giurisprudenziali alla luce
delle normative interne e sovranazionali*
di Stefano Zoccali