

**Diritto moderno  
e interpretazione classica  
12**

# **IL LASCITO DI ATENA**

**Funzioni, strumenti ed esiti  
della controversia giuridica**

*a cura di*

**Francesca Zanuso e Stefano Fuselli**

*contributi di*

**Stefano Fuselli, Federico Reggio,  
Claudio Sarra, Paolo Sommaggio,  
Francesca Zanuso**



*Filosofia del Diritto*

**FrancoAngeli**

**Diritto moderno  
e interpretazione classica  
12**

*Diritto moderno e interpretazione classica*  
Collana diretta da Francesco Cavalla

Il progetto editoriale, significativamente denominato “Diritto moderno e interpretazione classica”, muove dalla convinzione fondamentale secondo la quale ancor oggi – quando l’esperienza giuridica presenta una moltiplicazione, spesso confusa, di norme, dottrine, posizioni – non sia possibile svolgere una critica autentica all’attività del legislatore e dell’interprete senza ricorrere a quei principi risalenti che hanno costituito la formazione del diritto in Occidente. Sono i principi che concernono la coerenza o la contraddittorietà tra i detti, la ragione deduttiva e dialettica, i limiti della conoscenza e del potere; sono i principi che diciamo classici non già, e non tanto, perché prodotti in una determinata epoca, quanto perché capaci di rivelare la loro attuale efficacia in ogni momento storico e segnatamente in quello presente. Continuando dunque un sapere antico, i testi del “progetto” tenteranno di distinguere “il troppo e il vano” di fronte a nuove tesi e nuovi problemi.

In particolare, in alcuni saggi appartenenti alla serie *Principi di filosofia forense*, si cercherà di dare una versione organica, corredata di opportuni riferimenti culturali, della filosofia che gli attori del processo producono implicitamente nello sforzo di addivenire, attraverso il contraddittorio, a una conclusione vera per tutti.

Il secondo volume di questo progetto editoriale è stato pubblicato nella collana di *Filosofia*: 495.191 Daniele Velo Dalbrenta, *Brocardica. Una introduzione allo studio e all’uso dei brocardi*

*Comitato scientifico:*

Francesco Cavalla (Università di Padova), Amedeo G. Conte (Università di Pavia), Francesco D’Agostino (Università “Tor Vergata” di Roma), Mario Jori (Università degli Studi di Milano), Maurizio Manzin (Università di Trento), Bruno Montanari (Università di Catania), Paolo Moro (Università di Padova, sede di Treviso), Francesca Zanuso (Università di Verona)

Il comitato assicura attraverso un processo di peer review la validità scientifica dei volumi pubblicati

# IL LASCITO DI ATENA

**Funzioni, strumenti ed esiti  
della controversia giuridica**

*a cura di*

**Francesca Zanuso e Stefano Fuselli**

*contributi di*

Stefano Fuselli, Federico Reggio,  
Claudio Sarra, Paolo Sommaggio,  
Francesca Zanuso

**FrancoAngeli**

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

Copyright © 2011 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

## *Indice*

Introduzione, di <i>Francesca Zanuso e Stefano Fuselli</i>	pag. 7
Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica, di <i>Claudio Sarra</i>	» 13
L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico, di <i>Francesca Zanuso</i>	» 39
Crede per provare. Appunti sullo statuto epistemologico della prova penale, di <i>Stefano Fuselli</i>	» 71
La logica come giurisprudenza. Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin ed i suoi riflessi per la metodologia giuridica, di <i>Paolo Sommaggio</i>	» 93
La sfida della Giustizia Rigenerativa. Verso un modello 'dialogico' di risposta al reato, di <i>Federico Reggio</i>	» 125



## Introduzione

È opinione diffusa che l'amministrazione della giustizia nei suoi momenti qualificanti versi oggi più che mai in una situazione di acuta crisi. In particolare, il processo viene percepito sempre più, da un lato, come un dispendioso intralcio ad una rapida "normalizzazione" dei conflitti, dall'altro, come un rito privo ormai della capacità di dare concretamente voce e soddisfazione alle istanze contrapposte che lì si confrontano.

Benché questo fenomeno risulti oggi dotato di una inquietante virulenza, è opportuno ricordare che i "cahiers de doléances" al riguardo sono apparsi sin dall'alba dell'epoca moderna: una delle più caustiche rappresentazioni delle disfunzioni e delle aberrazioni della esperienza processuale è, notoriamente, quella a più riprese offerta da Rabelais nel suo *Gargantua e Pantagruelle*<sup>1</sup>.

Non pare, quindi, prioritario arricchire la "lista" di ulteriori e più dettagliati motivi di lamentazione. Piuttosto, sembra essere ben più urgente e proficuo portare allo scoperto ciò che, per troppo tempo occultato o rimosso, traspare dalle linee di frattura che percorrono l'esperienza odierna.

Il racconto mitico delle *Eumenidi* di Eschilo, in cui viene presentata l'origine del processo nelle sue forme archetipiche<sup>2</sup>, fornisce un punto di osservazione ideale per cogliere i nodi problematici costitutivi dell'esperienza

---

1. Va rilevato, per altro, che lo stesso Rabelais si presenta in un certo qual modo come una sorta di epigono di una tradizione ben più antica, nel momento in cui ripropone il detto attribuito a Chilone Lacedemone: «Misericordia [...] compagna di Processo, e miserabili sempre i litiganti: perché giungono prima alla fine della loro vita che dei loro pretesi diritti» (F. Rabelais, *Gargantua e Pantagruelle*, trad. it. a cura di M. Bonfantini, lib. I, cap. XX, p. 65).

2. Per una più approfondita riflessione su questa funzione atta a mostrare il "principio" del processo nelle *Eumenidi* cfr. E. Ripepe, *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un'anteprima a teatro*, in M. Manzin-F. Puppo (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 63-95 e F. Cavalla, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Jovine, Napoli 2011, pp. 105-124.

giuridica e per fornire le direttrici lungo le quali può proficuamente svolgersi la riflessione filosofico-giuridica.

Come si ricorderà, nella tragedia le Erinni, inferocite con il matricida Oreste, affidano ad Atena il compito di soddisfare la loro sete di giustizia di fronte all'orrendo delitto.

Atena va oltre. La dea assolve questo compito in modo radicale: non solo fornisce gli strumenti per risolvere il grave conflitto esploso nell'ordinamento della società arcaica, ma pone altresì le basi per la soluzione giuridica di ogni futura controversia<sup>3</sup>.

Innanzitutto, istituisce l'Areopago, modello originario di ogni tribunale; inoltre, stabilisce i principi fondamentali delle regole procedurali sulla raccolta delle prove, sullo svolgimento del dibattimento, sulla formazione e sugli esiti del verdetto.

Nella sua saggezza, però, Atena si fa carico di un compito ancora più arduo e, tuttavia, essenziale: offrire soddisfazione a chi chiede giustizia, senza conceder nulla alla sete di vendetta. Grazie alla sua opera di pacificazione, fondata sul riconoscimento delle ragioni di chi si sente vittima, consente quindi la trasformazione delle rabbiose Erinni nelle benevole Eumenidi.

Non è fuori luogo, pertanto, ritenere che Atena consegni alla cultura occidentale un lascito di cui non deve esser persa la memoria, poiché esso è essenziale, oggi come allora, per orientare la riflessione filosofico-giuridica e metodologica sulle funzioni, sugli strumenti e sui possibili esiti della controversia giuridica<sup>4</sup>.

Gli autori dei saggi contenuti in questo volume si propongono di raccogliere l'eredità di Atena, misurandosi con questioni che interessano i diversi profili della controversia giuridica dal suo sorgere e strutturarsi, alla sua soluzione e alle sue ricadute nel tessuto sociale.

*«E poiché la lite a questo punto è precipitata, io eleggerò giudici giurati e fonderò un istituto di giustizia che resterà saldo per sempre»<sup>5</sup>.* Nel primo

3. «Assistiamo nelle Eumenidi oltre che alla nascita della giurisdizione, a quella del processo, e con essa all'affermazione di gran parte dei principi che tuttora caratterizzano il processo in quella che si può chiamare la civiltà giuridica europea: terzietà del giudice, contraddittorio, definizione in sede processuale dell'oggetto del giudizio e sua qualificazione giuridica, sanzione commisurata alla responsabilità personale dell'accusato» (E. Ripepe, *Civiltà giuridica europea*, cit., p. 73).

4. Cavalla, nel suo recentissimo volume, pone in strutturale relazione la concezione eraclea del Logos con il contenuto della tragedia di Eschilo: «Ecco dunque qual è l'invenzione di Atena, l'elemento che si aggiunge alla legge facendone un autentico strumento del logos, uno strumento per collegare pensieri opposti: è il processo» (F. Cavalla, *All'origine del diritto*, cit., pp. 111-112).

5. Eschilo, *Eumenidi*, vv. 482-84, in *Oresteia*, traduzione di M. Valgimigli, introduzione di V. Di Benedetto, Rizzoli, Milano 1980, pp. 273-353, qui p. 313.

dei saggi, «Il diritto e il dilemma», Claudio Sarra mostra come la struttura dilemmatica delle scelte d'azione e la tragica conflittualità che ne può risultare non possa essere “sterilizzata” grazie al ricorso ad una normazione astratta, per quanto autorevole essa sia<sup>6</sup>. Viene così individuata la causa originante l'invenzione del processo, come strumento atto a risolvere concretamente il conflitto intersoggettivo<sup>7</sup>.

«*Né anarchia né dispotismo: questa è la regola che ai cittadini amanti della patria consiglio di osservare*»<sup>8</sup>. Nel suo saggio «L'ordine oltre le norme», Francesca Zanuso sottopone al vaglio critico l'illusione normativistica, tipica della modernità occidentale, di creare un ordine stabile, garantito dalla sua presunta capacità di regolare previamente ed esaustivamente ogni rapporto intersoggettivo<sup>9</sup>. A tal fine, servendosi dell'apporto della dottrina ermeneutica e della teoria dialettica dell'argomentazione, denuncia l'infondatezza dei presupposti che reggono la concezione sillogistica della sentenza.

«*Voi intanto raccogliete prove e testimonianze, che sono, consacrate da giuramento, gli aiuti della giustizia*»<sup>10</sup>. Stefano Fuselli, in «Credere per provare», analizza lo statuto epistemologico della prova penale a partire dalle nozioni di ragionevole dubbio e di credibilità razionale, introdotte dal Legi-

---

6. Secondo Ost, Eschilo si sarebbe però impegnato «a mostrare lo strano abbraccio di diritto e violenza (diritto contro violenza e violenza attraverso il diritto) perfino nelle istituzioni più “moderne”» (F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007, p. 88).

7. Scrive Cavalla: «Il processo attua la condizione alla quale fin da subito il Principio consente che si formino leggi: che è la condizione per la quale esse si tolgano dall'eventualità di costituirsi come un monologo esclusivo (di leggi diverse) ed escludente (i devianti): il processo costringe ogni legge a confrontarsi con leggi diverse o, quanto meno, a confrontare tra loro le diverse norme che regolano la condotta di due parti in contesa» (F. Cavalla, *All'origine del diritto*, cit., p. 116).

8. Eschilo, *Eumenidi*, cit., vv. 696-97, p. 329. Ost ben sottolinea la peculiare concezione di ordine che emerge dalle vicende narrate nell'Oresteia. In particolare, giustamente sottolinea come Atena evidenzi l'impossibilità di un ordine giusto, nel senso di dedotto da dati stabili e certi e non, piuttosto, frutto di una attività di ricerca intersoggettiva (cfr. F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, cit., p. 125).

9. Cavalla ben sottolinea il tipo di opposizione a cui va incontro ogni forma di ordine normativo che si pretenda definitivo, quando scrive che nelle *Eumenidi* «Si vede il logos mentre si esercita sulla legge. È la legge che è posta di fronte all'“altro”: quasi a seguire il detto di Eraclito per il quale la legge non basta a rafforzare la città, occorre di più. L'altro dalla legge è innanzitutto un'altra legge: nessuna legge infatti, quale che ne sia la fonte e la forma, può pretendere di rappresentare una volontà assoluta. Appunto perché non è assoluta la legge è chiamata a confrontarsi non solo con un'altra legge presente e vigente ma anche con “la possibilità” di un'altra legge. Detto diversamente, di fronte ad una qualunque statuizione per legge non si può escludere che si possa statuire diversamente» (F. Cavalla, *All'origine del diritto*, cit., p. 105).

10. Eschilo, *Eumenidi*, cit., vv. 485-86, p. 313.

slatore e dalla giurisprudenza. Mediante il ricorso a categorie della tradizione classica viene così portato ad evidenza il nucleo generatore dell'intreccio di oggettività e soggettività che soggiace, inestricabile, all'attività dell'accertare.

«Io dico che non debbano valere giuramenti a far vincere una causa non giusta»<sup>11</sup>. Paolo Sommaggio, nel saggio «La logica come giurisprudenza», pone ad oggetto della sua riflessione il tema della razionalità argomentativa che caratterizza la controversia giuridica. Per mostrare i limiti che inficiano il pensiero che si organizza esclusivamente sulla base di moduli deduttivi, il contributo presenta il modello sviluppato da Toulmin con esplicito rinvio alla giurisprudenza e le sue ricadute sulla odierna prassi giurisprudenziale.

«Guarda queste mie ferite. Dentro il tuo cuore le vedi»<sup>12</sup>. Federico Regio, a conclusione dell'itinerario, in «La sfida della Giustizia Rigenerativa» ripensa le condizioni alle quali le Erinni possono trasformarsi in Eumenidi<sup>13</sup>. Nel suo contributo viene infatti indagato criticamente il paradigma della Restorative Justice come modello partecipativo e consensuale di giustizia penale. Il saggio dedica particolare attenzione a sceverare alcuni concetti tanto centrali quanto ambigui della RJ, al fine di dare fondamento ad una prassi autenticamente dialogica della giustizia penale.

In sintesi, l'orizzonte entro il quale si scandisce l'itinerario proposto in questo volume trova la sua più limpida delineazione in quanto scrive il comune Maestro: «Nel teatro di Atene, con le parole che Eschilo mette in bocca alla dea, è nato all'umanità il diritto in senso razionale. Ciò che sorge

11. *Ivi*, v. 432, p. 309. Nota giustamente Ripepe che, nel caso di Oreste «non si trattava [...] di negare il fatto ma di dimostrarne la liceità, giusta una delle possibili strategie difensive che sarebbero state codificate in seguito nei trattati di retorica» (E. Ripepe, *Civiltà giuridica*, cit., 88).

12. Eschilo, *Eumenidi*, cit., v. 103, p. 281.

13. Ost sottolinea come il superamento della logica del taglione avvenga mirabilmente nello sviluppo delle vicende narrate nell'*Oresteia*: «In virtù di questo principio sembra che ciascuno abbia solo la scelta tra la posizione di vittima oltraggiata e quella di vendicatore che oltraggia; tutti sembrano sempre attendere o temere l'apparizione delle Erinni vendicatrici. E non appena si è ottenuta giustizia, per un curioso movimento di reversibilità inerente allo stesso taglione, si è portati ad occupare la posizione maledetta dell'insolente, colpevole di *hybris*, vittima già designata della successiva vendetta, come se la maledizione colpisse questa giustizia arcaica nel suo stesso principio» (F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, cit., p. 98). Anche Anna Jellamo osserva: «Eschilo elabora un mito di fondazione, per dare alla giustizia umana fondamento divino. In questa elaborazione la rinuncia al rancore da parte delle Erinni è fondamentale. Le leggi antiche non devono esse strappate di mano, l'antica spettanza non deve essere eliminata con un atto di forza. Il nuovo *thesmos*, l'istituto di giustizia, non deve nascere da una sopraffazione, non deve lasciare dietro di sé la scia della vendetta delle Erinni private della loro *moira*» (A. Jellamo, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma 2005, pp. 137-138).

è razionale perché spazza fuori dal sapere credenze e superstizioni non giustificabili e viene presentato nella piena consapevolezza della sua necessità; è razionale perché rappresenta ciò che la ragione esige per mantenere la comunicazione tra gli uomini anche per mezzo della legge. È diritto perché si traduce in una forma specifica dell'esperienza, non passeggera né locale; è diritto, se questo è il nome che va dato a ciò che consente ad un complesso di leggi di distinguersi da un qualsiasi dispotico esercizio del potere; è diritto, quindi, perché permette alla legge di combattere ogni forma di violenza nella vita sociale, sia uniformando i comportamenti, sia organizzando il confronto tra chi le obbedisce e chi segue una norma diversa»<sup>14</sup>.

Verona, 4 ottobre 2011

*Francesca Zanuso Stefano Fuselli*

---

14. F. Cavalla, *All'origine del diritto*, cit., pp. 116-117.



# *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*

di *Claudio Sarra*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il dilemma all'origine della concezione occidentale del diritto. - 3. La consolazione della modernità. - 4. Dilemma e antinomie - 5. Dal problema della compatibilità delle modalità deontiche all'antinomicità delle pretese innescata dal vocabolario dei diritti. - 6. Conclusioni. - 7. Bibliografia.

*ABSTRACT: L'occasione – non l'oggetto – di questo breve lavoro è data da una serie di recentissimi studi sperimentali nei quali si affronta il tema delle scelte pratiche cc.dd. dilemmatiche. Tali studi contestano, sulla base di alcune evidenze empiriche, la posizione assunta da J. Greene per la quale le scelte morali compiute in tali situazioni, e giustificate deontologicamente, sarebbero il frutto di attività prevalentemente emotiva del soggetto, mentre quelle giustificate consequenzialisticamente sarebbero il derivato di processi più pienamente razionali, in quanto connotati cognitivamente.*

*Le perplessità sollevate verso quest'ultima versione del riduzionismo morale, spingono a ritenere che nelle situazioni dilemmatiche di conflitto irresolubile tra criteri di valore, e, quindi, tragiche, l'uomo si trovi coinvolto nella totalità del suo essere e, almeno in queste situazioni, non sia possibile discernere ed isolare una razionalità totalmente apollinea e squalificare così dal piano razionale alcune decisioni piuttosto che altre.*

*Poiché questa stessa intuizione sembra essere emersa alla coscienza dell'uomo greco nel momento in cui, almeno secondo un'autorevole opinione, vengono concepiti con piena consapevolezza i principi fondamentali del diritto occidentale, ci si chiede se ed in che termini la formazione metodologica del giurista contemporaneo conservi memoria di ciò, e se, quindi, egli possa essere considerato un interlocutore autorevole allorché si discuta di scelte tragiche.*

“E poiché la lite a questo punto è precipitata,  
io eleggerò giudici giurati  
e fonderò un istituto di giustizia  
che resterà saldo per sempre”<sup>1</sup>

## **1. Introduzione**

Che l'agire pratico e le decisioni che siamo soliti considerare morali coinvolgano attività cognitive ed emotive del soggetto agente non costitui-

---

1. Eschilo (1980), vv. 482-84, p. 313.

sce certo una novità. Le questioni semmai si incentrano sul ruolo e le modalità con cui queste dimensioni dell'essere umano, la cui stessa distinzione oggi è vieppiù considerata problematica<sup>2</sup>, determinino la scelta morale e, quindi, sulla possibilità o meno di giudicare razionalmente tale scelta<sup>3</sup>.

L'occasione – non l'oggetto – di questo breve lavoro è data da una serie di recentissimi studi sperimentali nei quali si affronta il tema delle scelte pratiche cc.dd. dilemmatiche<sup>4</sup>: quelle, cioè, che il soggetto si trovi costretto a compiere, sebbene i criteri di giudizio che egli possa riconoscere in gioco e di cui possa disporre per valutare come “giusta” o “sbagliata” una certa condotta (le cc.dd. “norme morali”), siano in evidente ed irresolubile conflitto tra loro, di talché l'adozione di uno di essi comporti inevitabilmente la violazione di un altro. Come si usa dire: nella situazione dilemmatica, qualunque azione scelga l'agente, egli sarà comunque in “colpa”<sup>5</sup>.

In tali studi viene contestata, con supporto di dati empirico-sperimentali, la posizione assunta da Joshua Greene in alcuni interventi recenti<sup>6</sup>, la quale sostanzialmente riconduce le giustificazioni addotte dai soggetti in situa-

2. Che il sentimento sia una parte operante della ragione è l'ipotesi *scientifica* fondamentale che Antonio Damasio – sulla base della sua imponente attività di clinico e studioso delle basi neurobiologiche della mente – ha sviluppato nei suoi lavori e che ha divulgato nel suo assai influente testo *L'errore di Cartesio*, cfr. Damasio (1995). Dell'Autore si vedano anche Damasio (2000), Damasio (2003).

3. Non approfondirò qui il tema spinosissimo della definizione di “scelta morale”. Per la comprensione dei riferimenti qui utilizzati mi sembra sufficiente questa definizione d'uso: “scelta morale” è il giudizio che esprime la preferenza accordata dal soggetto ad una possibilità d'azione, piuttosto che ad altre prepossibili nella situazione di riferimento, preferenza giustificata dall'accettazione di una prescrizione avente (o ritenuta avere) i caratteri della universalizzabilità e della assoluta preminenza (*overridingness*). Questa definizione, come si vede, riprende in parte un uso diffuso nella metaetica analitica ispirata alle riflessioni di Hare, e mi sembra adatta ad esprimere il senso minimo dell'espressione “scelta morale” utilizzata, peraltro spesso senza una definizione specifica, nella letteratura qui richiamata. Per alcuni problemi nello sviluppo delle proposte definitorie di Hare, cfr. Frankena (1988).

4. Si tratta di Sarlo et al. (2012), nonché di altri lavori sulla base degli esperimenti organizzati dallo stesso gruppo di ricerca tuttora *under review*.

5. “The crucial features of a moral dilemma are these: the agent is required to do each of two (or more) actions; the agent can do each of the actions; but the agent cannot do both (or all) of the actions. The agent thus seems condemned to moral failure; no matter what she does, she will do something wrong (or fail to do something that she ought to do)”, cfr. McConnell-Terrance (2010).

6. In particolare Greene (2001) e Greene (2008). Joshua Greene è *Associate Professor* nel Dipartimento di Psicologia dell'università di Harvard ed è Direttore del *Moral Cognition Lab*. Ha ottenuto il suo Ph.D. in filosofia nell'Università di Princeton ed ha svolto attività post dottorato nel *Neuroscience of Cognitive Control Laboratory* della stessa università. Le sue ricerche sono dedicate allo studio del giudizio morale e della decisione, utilizzando tanto esperimenti di tipo comportamentistico quanto tecniche di *neuroimaging* e stimolazione magnetica transcranica.

zione dilemmatica delle scelte da essi compiute, a due fondamentali tipi chiamati rispettivamente “deontologico” e “conseguenzialista”<sup>7</sup>. L’Autore tenderebbe a squalificare dal piano razionale il primo tipo di giustificazioni in quanto esse sarebbero determinate per la gran parte da attività emotive del soggetto più che di tipo cognitivo. Queste ultime, secondo la proposta contestata, sarebbero invece più presenti nei giudizi di tipo consequenzialista<sup>8</sup>.

Secondo una categorizzazione piuttosto comune all’interno dei dibattiti dei filosofi morali, i paradigmi deontologico e consequenzialista costituirebbero i due modelli principali di teorie morali antropocentriche della modernità. Il primo individuerebbe quelle teorie che giudicano la moralità dell’azione in quanto essa sia esecuzione del dovere in sé, a prescindere dalle conseguenze cui essa, di fatto, conduca (o possa condurre secondo una previsione ragionevole). Il modello di riferimento, e in questo caso è offerto dall’imperativo categorico del grande filosofo di Königsberg: la cui riflessione costituirebbe il migliore paradigma di morale deontologica.

Il modello consequenzialista, invece, troverebbe particolare riconoscimento nelle teorie utilitaristiche e sarebbe caratterizzato dal fatto di riconoscere la qualità morale dell’azione a partire dal giudizio sulle conseguenze cui essa conduca (o possa condurre secondo una previsione ragionevole): essa sarà giudicata moralmente accettabile o no a seconda che esse siano idonee a raggiungere un certo fine esterno all’azione stessa. Rispetto a quest’ultimo, riconosciuto degno di essere perseguito in base ad un qualche criterio (per es. un certo grado di utilità sociale), l’azione sarebbe da intendersi come meramente strumentale: la moralità del fine determinerebbe la moralità dell’azione<sup>9</sup>.

Greene constata che, in alcuni tipi di dilemmi, definiti “personali”, i soggetti intervistati tendono in larga parte a ritenere “inappropriata” una certa azione ancorché non siano in grado di fornire giustificazioni per tale giudi-

---

7. Per alcune precisazioni sull’uso di Greene di queste espressioni, cfr. Greene (2008), p. 37

8. Più precisamente, Greene ritiene che un’argomentazione di tipo consequenzialista sia un autentico ragionamento morale in grado di determinare la decisione, mentre un’argomentazione deontologica sarebbe esclusivamente *ex post* e volta alla giustificazione di decisioni determinate *aliunde* da meccanismi emotivi. Di conseguenza, altra tesi dell’Autore, ogni filosofia morale di tipo deontologico, in quanto discorso sulle giustificazioni che i soggetti danno delle loro decisioni già prese, si ridurrebbe ad una psicologia. Per un’esposizione netta di queste tesi, cfr. di nuovo Greene (2008).

9. Questi due paradigmi offrirebbero i due modelli di riferimento della concezione morale della modernità nella misura in cui essa radica il proprio pensiero morale sull’idea forte dell’autonomia individuale. Il tema è oggi molto sentito nelle discussioni biogiuridiche all’interno delle quali si mostrano anche tutte le ambiguità del riferimento all’autonomia. Sul punto cfr. Zanuso (2006), cap. IV; Zanuso (2009), pp. 30-36.

zio, spesso ripiegando conclusivamente in un generico “non si deve”. Tali dilemmi sono chiamati “personali” in quanto al soggetto agente si profila la possibilità di intervenire per ridurre le conseguenze indesiderate di una certa situazione, a condizione però di un suo “impegno personale” diretto, privo di alcuna mediazione, nella commissione di un’azione, in sé già essa stessa normalmente giudicata immorale, in quanto comportante la diretta lesione di un bene, o addirittura l’uccisione di un soggetto, non direttamente minacciati dalla situazione in corso<sup>10</sup>.

Da essi sono distinti i dilemmi di tipo “impersonale”, dove pure l’azione è volta a scongiurare un più grave danno, realizzando un risultato comunque indesiderabile in sé, ma, in questo caso, essa non sarebbe diretta immediatamente alla sua realizzazione. Le conseguenze indesiderabile non sarebbe voluta direttamente e si profilerebbe come un male non evitabile conseguente ad un’azione che, a differenza dei dilemmi “personali”, sarebbe da ritenersi di per sé “moralmente neutra”<sup>11</sup>. In questo caso, secondo la ricostruzione di Greene, i soggetti tenderebbero a giustificare la scelta per tale azione secondo logiche di tipo consequenzialista: il risultato perseguito viene giudicato un “maggior bene”, o un “minor male”, rispetto a quanto accadrebbe in assenza di alcun intervento del soggetto e, dunque, la sua azione viene ritenuta, per lo più, moralmente “appropriata”<sup>12</sup>. Secondo la proposta dell’Autore, supportata da documentati riscontri ottenuti da esami

---

10. Cfr. Greene (2001). Tale situazione sarebbe esemplificata dal noto caso del *footbridge*: un vagone senza controllo si dirige verso cinque operai che saranno sicuramente travolti a meno che la sua corsa non sia arrestata. Il soggetto, cui si richiede di scegliere, deve immaginare di essere sopra un ponte ad osservare la scena realizzando che l’unico modo di impedire l’evento è quello di gettare un uomo molto grasso dal ponte che si trova lì ad assistere assieme a lui. Evidentemente l’azione di gettare l’uomo dal ponte è di per sé ritenuta immorale. Tale esperimento fu proposto per la prima volta da Judith Jarvis Thomson, in Thomson (1976), pp. 207-208, quale variante del dilemma del *trolley* (cfr. nota seguente).

11. Tale situazione è invece esemplificata dal famoso dilemma del *trolley* che fu proposto per la prima volta da Philippa Foot nel 1967, ora in Foot (2002), p. 23. Foot fa l’ipotesi in cui il conducente di un vagone che corra lungo un binario nel quale si trovano cinque operai, non potendo fermarlo, si trovi a dover scegliere se deviarne o no la corsa in un altro binario sapendo che finirà con l’uccidere una persona che si trova invece in esso. Greene utilizza la variante proposta dalla Thomson (Thomson (1976), p. 207), nella quale il soggetto a dover prendere tale decisione non è il conducente ma un terzo (per la Thomson, un passeggero). L’azione di deviare meccanicamente il vagone è ritenuta di per sé moralmente neutra.

12. In Greene et al. (2001) i soggetti sottoposti al test potevano utilizzare esclusivamente l’alternativa “appropriate”/“inappropriate”. Nello studio non vi è una spiegazione accurata di questa terminologia e del senso in cui essa dovrebbe avere una qualche connotazione morale. Invero, tale connotazione derivava da una scelta *a priori* degli sperimentatori di qualificare (definire *a priori*) i dilemmi che venivano proposti in “moral” e “non moral”. Di conseguenza “appropriato” era considerato espressione di un giudizio *morale* sul comportamento indicato in quanto il dilemma cui era riferito era già stato a monte definito come tale.

di risonanza magnetica funzionale (fMRI)<sup>13</sup>, solo quest'ultimo tipo di giustificazione sarebbe il derivato di processi pienamente razionali in quanto connotati cognitivamente, mentre le giustificazioni di tipo deontologico sarebbero in larghissima misura il frutto di attività puramente emotive del soggetto e, come tali, non connotate cognitivamente. Esse avrebbero, dunque, una minore componente "razionale"<sup>14</sup>.

Circa il motivo per cui nei dilemmi di tipo personale ci sarebbe, di fatto, una più elevata percentuale di risposte di tipo deontologico, e quindi la più parte dei soggetti compiano, od omettano di compiere, delle azioni spinti più dall'emozione che dalla ragione, Greene ricorre ad una spiegazione di tipo latamente evoluzionistico: la specie umana sopravviverebbe anche grazie a "freni inibitori" emotivi che alla coscienza emergerebbero come percezione della doverosità in sé di un'azione<sup>15</sup>. Il "non si deve" sarebbe, dunque, il segno linguistico di una sorta di *abstensio* emotiva, sviluppata biologicamente dalla specie umana in quanto più idonea a preservarla. Si tratterebbe di un meccanismo privo di (o comunque con minimali) connotati razionali che tuttavia il soggetto intellettualisticamente proietterebbe fuori di sé per farne una qualità morale dell'azione stessa. La percezione della doverosità in sé di un'azione sarebbe, infine, un'illusione del soggetto basata su una sorta di proiezione ed ipostatizzazione di propri moti emotivi.

Le conseguenze di una posizione quale quella di Greene sono, come si vede, molte, si sviluppano su più piani e non sono prive di elementi di paradossalità. Innanzi tutto, sul piano teorico, sarebbe sempre disponibile una forma di razionalità (conseguenzialista) da privilegiarsi in ogni situazione, il che renderebbe di fatto impossibile che si diano mai autentici dilemmi morali<sup>16</sup>. Tuttavia, l'uomo sarebbe in qualche modo condannato ad accettare "sacche" di irrazionalità emotiva in quanto ciò andrebbe a vantaggio della sopravvivenza della specie laddove, evidentemente, la compiuta realizzazione di quella dimensione razionale dell'uomo ne minaccerebbe l'estinzione<sup>17</sup>.

---

13. La risonanza magnetica funzionale in questi casi è una tecnica di *neuroimaging*, cioè fornisce immagini che consentono la visualizzazione dei fenomeni di variazione emodinamica correlata all'attività neurale.

14. Maggiori informazioni sulle discussioni specialistiche sollevate dagli esperimenti di Greene possono trovarsi in Sarlo et al. (2012).

15. Greene (2008), p. 43.

16. Che sia legittimo razionalmente parlare di dilemmi morali è, invero, controverso. Per una sintetica esposizione degli argomenti portati da coloro che negano all'espressione "dilemma morale" un significato razionale, cfr. De Haan (2001).

17. "Why should our adaptive moral behavior be driven by moral emotions as opposed to something else, such as moral reasoning? The answer, I believe, is that emotions are very reliable, quick, and efficient responses to recurring situations, whereas reasoning is unreliable, slow and inefficient in such contexts", Greene (2008), p. 60.

Il paradosso dei paradossi sarebbe perciò che, se la ragione morale coincidesse con il modello consequenzialista, l'ultima conseguenza (sebbene non voluta) dell'agire razionale della specie umana sarebbe in realtà la più indesiderabile: la morte, certa, di tutti. Il che, tra l'altro, costituisce la negazione di ogni concetto di utile modernamente inteso<sup>18</sup>.

Queste osservazioni già di per sé suggeriscono delle perplessità sull'assetto generale delle ipotesi di Greene, le quali, come accennato, sono state, in effetti, recentemente messe in questione anche sul piano sperimentale da alcuni studi i quali mostrerebbero delle incongruenze specifiche tra la tesi generale dell'Autore e le risultanze ottenute, rendendo implausibile la netta allocazione delle risposte di tipo deontologico tra le mere "reazioni emotive" del soggetto ad una data situazione dilemmatica<sup>19</sup>. Parrebbe, invece, che il soggetto viva davvero e, in qualche modo, risolva, nella scelta "per il dovere in sé", un autentico conflitto attraverso un'elaborazione di qualche tipo. Le risposte giustificate deontologicamente non sarebbero mai, cioè, razionalmente "ingenua", né, per nulla affatto, immediate, come ci si aspetterebbe, invece, da reazioni eminentemente emotive.

Tali riscontri suggeriscono di adottare una certa cautela anche di fronte a queste ultime, in ordine di tempo, proposte di tipo riduzionistico.

Ora, il fatto che i tentativi di ricercare una forma superiore ed unica di razionalità morale, tali da delegittimare dal piano razionale la possibilità del dilemma, mostrino delle criticità ha certamente notevoli conseguenze anche per il giurista. Il riconoscimento della legittimità (razionale) delle situazioni dilemmatiche, porta a chiedersi se ed in che termini esse trovino riconosci-

---

18. Secondo la nozione classica proposta da Bentham nell'opera *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, per "utile" (*utility*) si intende "that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual", Bentham (1907), p. 2. In generale l'utilità è sempre definita in riferimento al principio edonistico e/o eudaimonistico, eccezion fatta, forse, almeno nelle intenzioni, per il c.d. *utilitarismo delle preferenze*. Quest'ultimo, pressato dalla domanda se proprio *tutte* le preferenze dei soggetti, anche le più irrazionali o malvagie, debbano essere considerate sullo stesso piano nel calcolo utilitaristico, è spesso costretto a distinguere tra *desideri* e *preferenze* attribuendo a queste connotati qualitativi e ad accettare almeno il principio di universalizzabilità (Singer (1993), pp. 12-14). Per un'indagine critica approfondita sul pensiero di Bentham, in relazione al rinnovato interesse che anche la filosofia politico-giuridica ha mostrato per l'Autore, cfr. Zanuso (1989).

19. In particolare i tempi di reazione, particolarmente lunghi renderebbero implausibile l'idea che le risposte giustificate poi deontologicamente siano puri impulsi emotivi di "divieto".

mento anche nell'esperienza giuridica. Di più, spinge a chiedersi se nelle riflessioni teoriche e metodologiche dei giuristi vi sia spazio per attribuirvi uno specifico rilievo: se cioè il giurista, per come sono oggi costruiti e trasmessi il suo specifico sapere e la sua cultura, sia "attrezzato" per poter dire qualcosa di significativo di fronte a quelle che sono le situazioni di più grave conflitto individuale e, naturalmente, intersoggettive se non addirittura collettive.

Sempre più spesso, infatti, i giuristi, specialmente di fama, sono invitati ad esprimere un loro parere di fronte a situazioni tragicamente perplesse che colpiscono l'opinione pubblica ed angosciano chi le vive ma, ci si chiede, data la loro formazione, possono essi vantare una qualche specifica competenza? Il loro coinvolgimento e l'utilizzo delle loro opinioni per argomentare in dette situazioni corrisponde ad un autentico *argument from expert opinion*<sup>20</sup>? I loro discorsi si pongono sempre chiaramente su un piano che può senz'altro dirsi giuridico? O dovremmo attenderci, predisponendoci ad ascoltarli, numerose precisazioni e chiarimenti preliminari per poter giudicare se il loro coinvolgimento, in quanto *giuristi*, sia legittimo oppure no?

Vi è una grande differenza tra il punto di vista dello sperimentatore e quello del giurista. Il primo ricostruisce il senso (epistemico) di una serie di accadimenti, limitata ed individuata in dettaglio a priori, sulla base di un'ipotesi esplicativa previa e la cui capacità euristica sconta la necessità della mediazione con le condizioni in base alle quali l'esperimento è svolto. Quando tale accadimento è un comportamento, esso si svolge in ambiente intenzionalmente chiuso, controllato – di solito costruito *ad hoc* – ed è osservato direttamente nel suo svolgersi: esso, in queste condizioni, accade sotto gli occhi e, per così dire, "tra le mani" dello sperimentatore<sup>21</sup>.

Il giurista ricostruisce il senso di un comportamento *ex post* sulla base di un'ipotesi di ordine delle condotte (che egli chiama "ordinamento giuridico") ma, poiché il comportamento non accade sotto "l'occhio del diritto", né

---

20. Walton-Reed-Macagno (2008), pp. 14-15; 311.

21. Naturalmente che tale isolamento delle condizioni alle quali l'esperimento debba svolgersi sia possibile fino in fondo o, invece, sconti dei margini più o meno ampi di indeterminazione, è questione epistemologica assai delicata, di cui non è possibile dar conto qui. In ogni caso, l'esigenza di applicazione del metodo analitico-deduttivo richiede che l'intenzione e l'azione preparatoria dello sperimentatore siano diretti in tal senso. Per una panoramica critica sulle più recenti concezioni dell'esperimento scientifico e per la proposizione di un punto di vista che prenda sul serio l'impossibilità di distinguere tra teoria ed esperimento, cfr. Buzzoni (2004).