



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2021

MARCO Q. SILVI

Ancora su diritto e giochi

ABSTRACT - In this paper I investigate some differences between law and games and some relations that can be established between ludic systems and legal systems. My purpose is to show the limits and pitfalls inherent in the metaphor of law as a game, and to criticize the use of that metaphor in the philosophy of law. To this end: (a) I try to identify some elements of specificity that connote the ludic experience, and that distinguish it from the legal one; (b) I analyze the phenomenon of the legal regulation of games, in order to show that the game, although regulated by law, always preserves its autonomy and conceptual priority; (c) moving from Borges' short story, *La loteria en babilonia*, I propose a mental experiment on the possibility that a game is used to produce law, in order to confirm the goodness of the analyses under (a) and under (b).

KEYWORDS - Methaphor of Law as a Game, Ludicity, Legal Regulation of Games, Jorges Luis Borges.

2/2021

MARCO Q. SILVI*

Ancora su diritto e giochi**

Sono di un paese vertiginoso dove la lotteria è parte principale della realtà: [...] Ora, lontano da Babilonia e dai suoi costumi che amo, penso con qualche stupore alla lotteria, e alle congetture blasfeme che mormorano nel crepuscolo gli uomini velati.

Jorge Luis Borges

SOMMARIO: 1. Una metafora insidiosa – 2. Diritto vs. giochi – 2.1. Libertà, separatezza e fittizietà dei giochi – 2.2. Dimensione storica e quotidiana del diritto – 2.3. Alea, agon, mimicry, ilinx – 3. Giochi regolati dal diritto – 3.1. Interessi patrimoniali occasionati dai giochi – 3.2. Interessi non patrimoniali occasionati dai giochi – 3.3. Cosa regola il diritto quando si occupa di giochi – 4. Il diritto prodotto attraverso un gioco – 4.1. Precisazione dell'ipotesi – 4.2. Un caso: La lotteria en Babilonia.

1. Una metafora insidiosa

La metafora del diritto come gioco, sebbene assai usata, con esiti anche fecondi, è, tuttavia, non priva di insidie per il teorico e il filosofo del diritto. Una di tali insidie, ad esempio, si può annidare laddove la metafora sia impiegata, nell'ambito delle ricerche sulla norma giuridica, per assimilare regole dei giochi e regole del diritto, e indagare la forza costitutiva che tali regole hanno, tanto nella costruzione delle entità ludiche (di cui si compone un singolo gioco), così come nella costruzione degli atti e di altri istituti giuridici (di cui si compone un singolo ordinamento)¹.

* Dottore di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto presso l'Università degli Studi di Milano.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La letteratura in tema di regole costitutive è amplissima. In Italia, essa ha originato un intenso e originale dibattito, in particolare attorno agli anni Ottanta del secolo scorso, dibattito che si è riattivato in tempi più recenti. A tal fine, mi limito a rinviare alla raccolta di saggi curata da A. ROSSETTI e M.Q. SILVI (a cura di), *Oltre la costitutività. Contributi in ricordo di Amedeo G. Conte*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021 (ai saggi ivi raccolti rinvio anche per i riferimenti bibliografici). La discussione sulle regole costitutive spesso si intreccia con le ricerche di ontologia sociale, su cui, oltre ai classici lavori di John R. Searle (cfr. J.R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University, 1969; *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995; *Making Social World*, Oxford, Oxford University, 2010), mi limito a rinviare, in Italia, ai contributi di Maurizio Ferraris (e alla sua teoria della documentalità: cfr. M. FERRARIS, *Documentalità*, Roma, Laterza, 2009; *Manifesto del nuovo*

Così ragionando, infatti, si può ad esempio pervenire a proporre una concezione di regola costitutiva in termini di condizione di *pensabilità* (ideale), e perciò di possibilità, di ciò su cui la regola verte, nel senso che è *solo* in virtù dell'*insieme* delle regole costitutive di una certa pratica istituzionale che possiamo addirittura concepire, immaginare idealmente, la pratica medesima².

Secondo tale concezione, in altre parole, il *sensu* (giuridico o ludico) di una certa pratica istituzionale (giuridica o ludica) si esaurirebbe nell'*insieme* delle regole costitutive di quella pratica. Tale concezione (che è stata chiamata "autarchica")³, però, può forse valere per i giochi, ma non anche per il diritto: infatti, se, ad esempio, è vero che l'atto dell'accusa nel gioco del tressette è impensabile, inconcepibile, al di fuori delle regole del tressette stesso, lo stesso non si può dire per l'accusa che, nel nostro

realismo, Roma, Laterza, 2012; *Il colore dei soldi*, in A. Condello (a cura di), *Il danaro e i suoi inganni*, Torino, Einaudi, 2018, 47-108; *Documanità*, Roma, Laterza, 2021) e di Corrado Roversi (e alla sua teoria artefattuale delle istituzioni giuridiche: cfr. C. ROVERSI, *Costituire*, Torino, Giappichelli, 2012; *Mimesi istituzionale come integrazione concettuale*, in P. Perri e S. Zorzetto (a cura di), *Diritto e linguaggio*, Pisa, Ets, 2016, 109-128; *On the Artifact – and Natural – Character of Legal Institutions*, in L. Buzarin, K.E. Himma, C. Roversi (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford, Oxford University, 2018, 89-111; *Law as an Artifact. Three Questions*, in *Analisi e diritto*, 2, 2019, 41-86; *Regole costitutive: un percorso eretico*, in A. Rossetti e M.Q. Silvi, *Op. cit.*, 151-188).

² È così che Amedeo G. Conte caratterizza quella che egli ha chiamato regola costitutiva eidetica, o regola eidetico-costitutiva (cfr. ad esempio A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli, 1995, 245). Come è stato osservato (cfr. C. ROVERSI, *Costituire*, cit., 18), «[l]a costitutività delle norme costitutive [eidetiche] è il processo di creazione di tipi (concetti o, se si vuole, fattispecie astratte) di atti e fatti aventi un determinato significato nel contesto di una pratica». Ma, nella concezione di Conte, tali concetti, tali significati, sono costituiti interamente dalle regole, in assenza delle quali essi non sarebbero neppure *pensabili*: cfr. ad esempio A.G. CONTE, *Op. cit.*, 322, in cui, assumendo a paradigma di tali regole costitutive, quelle del gioco degli scacchi, osserva che «[l]a praxis chiamata: gioco degli scacchi e i praxemi di essa, le sue unità (i pezzi: ad esempio, l'alfiere; i praxemi: ad esempio, l'arroccamento; gli *status* ludici: ad esempio, lo scacco) non esistono anteriormente alle regole, e non sussistono indipendentemente da esse. È in questo senso che le regole costituiscono il gioco e (nel gioco) i praxemi». In tale prospettiva, quindi, «a essere eidetico-costitutive sono non singole regole (le regole *uti singulae*), ma la totalità di regole (le regole d'una praxis *uti universae*). La costitutività eidetica conviene a totalità di regole, non a regole singole. Solo per metonimia si può qualificare eidetico-costitutiva una singola regola» (*Ivi*, 329).

³ Cfr. C. ROVERSI, *Mimesi istituzionale come integrazione concettuale*, cit., 113-114, in cui spiega: «Stando a questa prospettiva, le regole costitutive creano dal nulla un sistema di concetti e, dato questo sistema di concetti, viene "ad esistenza" l'attività corrispondente, o meglio ne viene a esistenza il *type*, rispetto al quale si misura la qualificazione di ogni attività concreta, di ogni *token*».

ordinamento giuridico, il pubblico ministero formula a carico dell'imputato nella richiesta di rinvio a giudizio *ex* 416-417 c.p.p.: per comprendere il *sensu* (almeno il senso minimo) di quest'ultimo atto, non abbiamo bisogno di conoscere l'insieme delle regole costitutive che rendono possibile la richiesta di rinvio a giudizio; anche senza quelle regole (e senza la loro conoscenza) siamo già in grado di sapere che, con l'accusa, il pubblico ministero (almeno) ascrive a qualcuno la responsabilità di un'offesa e chiede a qualcun altro di giudicare e condannare l'accusato⁴ (in tal senso, infatti, ci soccorre il linguaggio ordinario, al quale, come è stato acutamente osservato, quello giuridico si deve mantenere coestensionale⁵).

In prospettiva analoga a quella ora rappresentata – che individua nella metafora del diritto quale gioco una possibile insidia per la ricerca sulle regole costitutive – mi pare si collochi anche un recente lavoro di Marcin Matczak (2020) che muove un'articolata critica alle tesi di Andrei Marmor sulla c.d. primazia delle convenzioni costitutive (*constitutive conventions* – CCs) rispetto ai problemi di coordinazione (*coordination problems*), in funzione della cui soluzione si danno, invece, altri tipi di convenzioni e regole che (appunto) costitutive non sono (come, ad esempio, le regole del traffico).

Per quel che qui rileva, e in estrema sintesi, secondo Matczak, se, da un lato, è corretta la tesi di Marmor secondo la quale la funzione *diretta* delle regole costitutive non è quella di risolvere problemi di coordinazione (o di cooperazione), tuttavia, dall'altro lato, ciò non significa che «ensuring

⁴ Per una critica contro a una tale nozione di regola costitutiva, sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Diritto, giochi, regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIV, 2, 2014, 455-484; *L'atto giuridico e le sue regole. Saggio su diritto e giochi*, Roma, Aracne, 2017; *Ceci n'est pas un Conte. Amedeo G. Conte e la filosofia dell'atto giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VII, 1, 2018, 147-170.

⁵ Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente*, Pisa, Ets, 2010, ad esempio 143: «Il ponte tra il linguaggio ordinario e quello [giuridico], il legame che li mantiene in collegamento, è la *coestensionalità*, il fatto che il fenomeno di cui parliamo sia già più o meno lo stesso. Per le scienze naturali le ragioni della coestensionalità sono ampiamente superate, oggi, dai vantaggi apportati da un linguaggio artificiale esotico. Tuttavia, nel caso del diritto, al contrario delle scienze naturali, il legame del discorso giuridico col senso comune è essenziale per non mettere a rischio la pratica del diritto, perché dove i giuristi o i tecnici non comunicano più con gli altri, non ci troviamo di fronte a una disciplina esoterica, ma a una gravissima crisi sociale e al potenziale crollo del diritto vigente». Le esigenze della coestensionalità sono superate anche nelle pratiche ludiche, le quali possono benissimo "parlare" linguaggi esoterici e artificiali, come avviene, esemplarmente, nel gioco del tressette: ho sviluppato tale idea in M.Q. SILVI, *L'atto giuridico e le sue regole*, cit., 121-136.

coordination or cooperation cannot be an *indirect* role of CCs»⁶. Secondo Matczak, in particolare, la tesi assunta Marmor, sulla primazia delle *constitutive conventions* rispetto ai problemi di coordinamento, sarebbe conseguenza di un'indebita assimilazione tra le pratiche giuridiche e quelle ludiche, in particolare, quella del gioco degli scacchi⁷ (il riferimento è anche al saggio di Marmor intitolato, significativamente, *How Law is Like Chess*, 2006).

Infatti, mi pare che, nella visione di Matczak, solo dal punto di vista del gioco (come quello degli scacchi) potrebbe ammettersi una primazia delle regole costitutive rispetto ai problemi di coordinamento (i quali problemi emergono *all'interno* del gioco, ossia in un momento, logicamente e/o cronologicamente, *successivo* alla posizione delle regole costitutive): nel diritto, infatti, i problemi di coordinamento costituiscono la stessa ragion d'essere delle pratiche giuridiche costituite da convenzioni costitutive⁸. E

⁶ M. MATCZAK, *Constitutive Convention in Law and the Problem of Their Primacy*, in corso di pubblicazione, 2020, 2 (versione attualmente disponibile in *SSRN Jurisprudence & Legal Philosophy eJournal*, vol. 12, n. 87: dec 3, 2020: https://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=3724962&journalid=1504413&issue_number=87&volume=12&journal_type=CMBO&function=showissue). I lavori di Marmor considerati da Matczak sono: *On Convention*, in *Synthese*, 107, 1996, 349 ss.; *How Law is Like Chess*, in *Legal Theory*, 12, 2006, 347-371; *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University, 2007; *Conventions, Reasoning and the Law*, in Ramírez-Ludeña, J.M. Vilajosana (a cura di), *Legal Conventionalism*, London, Springer, 2019, 47-63.

⁷ Più in dettaglio, nell'analisi di Matczak (*Op. cit.*, 2-3, *corsivi miei*), l'assunzione di primazia delle convenzioni costitutive in Marmor, sarebbe duplice: (i) «At the *first level* of the primacy assumption, Marmor argues that CCs create social practices in the absence of pre-existing coordination problems, and as such, have purpose autonomous from the conventions that solve coordination problems. Contrary to Marmor, I argue that CCs are indispensable components of wider conventional mechanisms that solve coordination and/or cooperative problems and as such indirectly solve coordination problems that existed before the CCs come into being». (ii) At the second level of the primacy assumption, Marmor argues that CCs *must necessarily precede coordination conventions*, as the former create institutional agents whose actios are coordinated by the latter. [...] I argue that CCs do not necessarily precede coordination conventions, either logically or temporally».

⁸ Cfr. ad esempio ivi, 12: «Chess, as a training activity, detached from real life and therefore not directly (spatiotemporally) linked with solving a coordination problem, may appear autotelic or autonomous from external coordination problems. The law is different in this regard. [...] None of the coordination problems in chess existed before the chess CCs came into being for the simple reason that it was the chess CCs that brought the problems into being when they created the fictitious world of chess. The contributory function of the chess CCs, *i.e.* the function of solving chess coordination problems, is performed solely within this artificially created world and never reaches out to the external, real world and its real-life problems. Law, by contrast, operates in the real world, and the contributory

ciò in quanto, secondo Matczak, il diritto non è, come invece si potrebbe dire per i giochi, un'attività autotelica, distaccata dalla vita reale, ma risponde essenzialmente ai problemi della vita quotidiana e concreta, i quali, quindi, nascono assieme al (se non prima del) diritto e ai (dei) suoi istituti costituiti da regole costitutive. In altre parole, conclude Matczak:

Marmor may be correct in stating that the [constitutive rules] of chess were created prior to any chess coordination problems. This is because is an artificial practice with artificial problems. In real life, however, the sequence of adopting CCs is reversed: the coordination problem appears; methods to solve it are devised; and tools to implements those methods are created. Therefore, the legal CCs have no primacy over any co-ordination problem, as they are a subset of the coordination conventions adopted to solved pre-existing coordination problems.⁹

Non intendo, qui, discutere le tesi di Matczak, né quelle di Marmor, né, ancora, approfondire il tema delle insidie che si possono celare, per la teoria della norma giuridica (o più in generale per la teoria del diritto), nella metafora del diritto quale gioco.

Intendo, più modestamente, mettere in luce e soffermarmi su alcune differenze che intercorrono tra diritto e giochi, e su alcune relazioni che possono instaurarsi tra sistemi ludici e sistemi giuridici. Una tale analisi credo che possa essere utile per rischiarare meglio alcuni limiti insiti nella metafora, limiti derivanti, appunto da divergenze non irrilevanti, le quali consentono di comprendere perché la metafora del diritto quale gioco, sul piano euristico, vada quanto meno utilizzata con attenzione¹⁰.

Procedo quindi come segue. Dapprima, *sub* 1, cercherò di individuare alcuni elementi di differenza tra diritto e gioco, isolando in particolare alcuni tratti (ritenuti) caratterizzanti l'*esperienza ludica*, i quali differiscono, o meglio sono incompatibili con altri tratti (ritenuti) specifici dell'*esperienza giuridica*: in particolare, muoverò dall'intuizione di Matczak (cercando di

function solves pre-existing, real-life coordination problems». La nozione di *contributory function* (in contrapposizione a quella di *signaling function*) è mutuata da F. HINDRIKS, *How Social Objects (Fail to) Function*, in *Journal of Social Philosophy*, LI, 3, 2020, 483-499.

⁹ M. MATCZAK, *Op. cit.*, 13.

¹⁰ Esigenze di prudenza, nell'impiego della metafora del diritto quale gioco, emergono anche – sebbene in prospettiva diversa da quella che qui si assume – da T. GAZZOLO, *Scacchi e diritto. Critica di una metafora*, in *Politica.eu*, I, 1, 2015, 9-41, il quale mostra come possano diversamente incidere sulla stessa costruzione di concetti giuridici anche l'eventuale impiego di metafore che assimilino il diritto non al gioco in generale, ma un particolare tipo di gioco, in luogo di un altro (ad esempio, Gazzolo si sofferma sulla metafora col gioco degli scacchi, in luogo del gioco del *weich'i*, o gioco del *go*).

puntualizzarla e chiarirla) secondo cui i giochi sono distaccati dalla vita reale (creando una realtà fittizia), mentre il diritto permea la dimensione della vita quotidiana.

È bene subito mettere in evidenza che l'espressione 'esperienza giuridica' (nonché quella di 'esperienza ludica') che qui impiego può sembrare vaga, ma non è misteriosa. Il senso con cui la utilizzo è simile a quello che ricorre, ad esempio, in Luigi Bagolini (nell'ambito delle sue riflessioni sulla costruzione dei concetti giuridici) per riferirsi al termine 'cultura'. Tale termine è usato per «indicare un ambiente sociale in rapporto ai valori che di volta in volta lo caratterizzano», e ciò al fine di chiarire che «la cultura condiziona i processi di formazione e di trasformazione dei concetti giuridici. Nel significato di un concetto giuridico sono infatti implicate [...] le finalità pratiche di chi lo usa e di chi lo propone. Ma queste finalità pratiche non sono per l'appunto concepibili come puri fini assolutamente particolari e arbitrari proprio in quanto sono collegate al contesto culturale di fini, di interessi e di valori al quale appartengono e dal quale, per così dire, emergono»¹¹.

Questa nozione di esperienza giuridica, quindi intesa come connessa a un certo contesto culturale, non mi pare dissimile da ciò che Corrado Roversi chiama il «contesto culturale più ampio» in cui deve essere iscritta una singola pratica istituzionale per avere senso, quale appunto il «contesto dell'esperienza giuridica o di quella ludica, rispetto ai singoli ordinamenti giuridici concretamente dati oppure, rispettivamente, ai singoli giochi»¹² (su tale aspetto tornerò meglio *infra*).

Delineate quindi alcune differenze costitutive tra esperienza ludica ed esperienza giuridica, indagherò alcune possibili relazioni che possono intercorrere tra sistemi ludici e ordinamento giuridici, le quali relazioni illuminano (e meglio si comprendono alla luce di) dette differenze. In particolare, *sub 2*, mi soffermerò sul fenomeno, diffuso in ordinamenti giuridici simili al nostro, in cui il diritto intervenire a "occuparsi", regolandoli in vario modo, di giochi: una tale analisi dovrebbe a mio avviso mostrare come, anche nei casi in cui l'ordinamento giuridico definisca le stesse regole costitutive del gioco, quest'ultimo conserva una sua autonomia e priorità concettuale rispetto al diritto.

Sub 3, invece, muovendo dal racconto di Jorge Luis Borges, *La loteria en babilonia* (1941), mi soffermo sulla possibilità (puramente teorica) che un

¹¹ L. BAGOLINI, *Assiologia e scienza del diritto*, in *Symposium sbrie derecho e natural y axiologia*, Mexico, Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, 1963, 38.

¹² C. ROVERSI, *Constituire*, cit., 144 e ss.

gioco sia utilizzato per produrre diritto: si tratta di una sorta di esperimento mentale che servirà a confermare le differenze tra giochi e diritto (messe in luce *sub* 1) e i risultati dell'analisi sulla regolamentazione dei giochi da parte del diritto (svolta *sub* 2).

2. Diritto vs. giochi

Individuare gli elementi di differenza tra diritto e giochi è attività concettualmente non banale, in quanto presuppone che siano previamente chiariti, che siano previamente definiti, il concetto di diritto e quello di gioco (in generale).

Si tratta, quindi, di un'attività improba, soprattutto per quanto riguarda il problema della definizione del concetto di diritto, che è un problema troppo ampio e complesso e che non è possibile qui affrontare. La strategia che intendo seguire, quindi, è più modesta, e muove dalle riflessioni compiute sul fenomeno del gioco, al fine di evidenziare alcuni tratti ritenuti specifici dell'esperienza ludica (in generale) e che possono apparire come distintivi di tale esperienza rispetto a quella giuridica.

Farò riferimento, quindi, ad aspetti che non riguardano tanto la *struttura* dei sistemi ludici: sotto tale aspetto, infatti, i giochi, per certi versi, possono sembrare ordinamenti giuridici "in miniatura", in quanto si presentano come insiemi strutturati di norme (ciò vale ovviamente solo per quei giochi in cui le attività, in cui il gioco consiste, sono governate da regole¹³); alcuni giochi più articolati si presentano anche costituiti non solo da norme primarie, ma anche da norme secondarie *à la* Hart¹⁴. Gli aspetti che prenderò in considerazione, quindi, sono di natura *funzionale*, relativi

¹³ Che non tutti i giochi sono governati da regole è stato argomentato, ad esempio, da Roger Caillois che, nel noto lavoro *Les jeux et les hommes* (1967) nella ricca e variegata fenomenologia dei giochi, evidenzia che, mentre alcuni di essi sono accomunati dal fatto che l'azione ludica è costitutivamente legata alla presenza di regole (più o meno complesse), in altri giochi, invece, l'azione è sottoposta, «quasi incondizionatamente, a un principio comune di divertimento, di turbolenza, di libera improvvisazione e spensierata pienezza vitale, attraverso cui si manifesta una fantasia di tipo incontrollato» (R. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine*, Milano, Bompiani, 2007 (1967), 28-29). Per riferirsi quest'ultimo modo di giocare (che si rinviene, ad esempio, nei girotondi, o nei meri travestimenti), Caillois usa il termine '*paidia*' (che suggestivamente evoca il mondo infantile), mentre col termine '*ludus*' egli identifica l'elemento di intrinseca connessione con le regole. Per comodità espositiva, i giochi cui farò riferimento nel presente lavoro sono solo quelli caratterizzati dalla preponderanza di questo secondo elemento (il *ludus*).

¹⁴ Così avviene, ad esempio, nell'ambito del c.d. diritto sportivo (su cui cfr. *infra* nota 49).

quindi ai tratti caratterizzanti una certa esperienza culturale, in particolare, quella ludica¹⁵. Rispetto a tale esperienza, peraltro, mi basterà considerare solo alcuni tratti costitutivi *minimi*, i quali (sebbene non sia escluso che siano esaustivi per definire il concetto di gioco, tuttavia) è pacifico (o, meglio, si ritiene generalmente) che *non* ricorrano a connotare anche l'esperienza giuridica.

2.1. Libertà, separatezza e fittizietà dei giochi

Può essere utile partire proprio dall'intuizione espressa da Matczak che, richiamandosi al celeberrimo *Homo ludens* (1930), di Johan Huizinga, tenta di tracciare una differenza tra diritto e giochi distinguendo: (i) da un lato, la dimensione della "distanza", della "separatezza" del "mondo del gioco" dalla vita reale¹⁶ (con la conseguenza – nella prospettiva di Matczak – che prima e fuori dai giochi non vi sono problemi di coordinamento, i quali, invece, sono creati dalle dinamiche instaurate dalle regole costitutive del singolo gioco); (ii) dall'altro, la dimensione della coerenza, della dipendenza e della vicinanza al mondo reale, storico e quotidiano, che caratterizza, invece l'esperienza giuridica (e che spiega il fatto che il diritto si pone come una serie di strumenti, per risolvere i *coordination problems* che si pongono nella quotidianità della vita reale).

Credo sia possibile, e utile, approfondire una tale intuizione.

¹⁵ Sulla rilevanza del concetto di funzione, per l'esame sia dei singoli istituti giuridici, sia del diritto in generale, oltre a N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007 (1977), rinvio alle ricerche di Antonio Incampo (cfr. ad esempio A. INCAMPO, *Validità funzionale di norme*, Bari, Cacucci 2001; *Funzioni giuridiche fondamentali*, in L. Passerini-Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007, 126-163; *Filosofia del dovere giuridico*, Bari, Cacucci, 2014).

¹⁶ Cfr. ad esempio M. MATCZAK, *Constitutive Conventions in Law and the Problem of Their Primacy*, cit., 7-8: «[p]laying games like chess involves creating illusions of fictions that are treated as truths in the "play world". [...] Games are detached from real life [...]: some games might be played very seriously and for high stakes, but play is nevertheless perceived as the antithesis of seriousness, and play is not "real life", it is "only pretending"». Di seguito, invece, una delle definizioni del concetto di gioco fornite da J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, Einaudi, 2007 (1939), 55: «Gioco è un'azione, o un'occupazione volontaria, compiuta entro certi limiti definiti di tempo e di spazio, secondo una regola volontariamente assunta, e che tuttavia impegna in maniera assoluta, che ha un fine in se stessa; accompagnata da un senso di tensione e di gioia, e dalla coscienza di "essere diversi" dalla "vita ordinaria"».

Innanzitutto, molto spesso viene messo l'accento sull'ampio grado di *libertà* che caratterizza il "mondo dei giochi"¹⁷, *libertà* che viene intesa in (almeno) un duplice senso:

- (A) quello di *arbitrarietà* nella costruzione e invenzione degli atti ludici e delle unità ludiche e nelle peculiari dinamiche del singolo gioco¹⁸;
- (B) quello di *libertà di aderire* al gioco da parte del giocatore, e di dissociarsi in ogni momento; al riguardo, è stato ad esempio osservato che «è [...] solo il gioco che, necessitando appunto, per realizzarsi, della perdurante adesione dei giocatori ai suoi valori artificiale, può venire "annientato" in ogni momento da chi, lamentando la violazione delle sue regole (e si tratterà di un guastafeste saggio, come Alice) o semplicemente contestandole (e si tratterà di un guastafeste *tout court*) decida di impedirne la conclusione»¹⁹.

Ma, come visto, una tale *libertà* che connota il mondo del gioco dipende proprio da quella "distanza" dei giochi dalla vita reale, distanza che è stata ben tematizzata, ad esempio, anche da Roger Caillois (1967), che si sofferma a lungo sulla natura separata e fittizia dei giochi:

- (Γ) *separata*, in quanto il gioco è circoscritto «entro precisi limiti di tempo e di spazio fissati in anticipo»;
- (Δ) *fittizia*, in quanto il gioco è accompagnato dalla «consapevolezza specifica di una diversa realtà o di una totale irrealtà nei confronti della vita normale»²⁰.

Si badi: parlando di fittizietà (elemento *sub* Δ) del gioco non si intende, qui, il fatto per cui le entità ludiche che concorrono a costituire un determinato gioco sarebbe il risultato di una costruzione simbolica. Anche il diritto, infatti, come più in generale ogni pratica istituzionale, può essere concepito come un insieme di artefatti astratti, immateriali, consistenti in rappresentazioni²¹. 'Fittizio', qui, non significa, quindi, "costruito", "artificiale"; significa, piuttosto, che gli "artefatti ludici" (se vogliamo chiamarli così), diversamente da quelli giuridici, non sono costruiti in funzione delle esigenze e dei problemi propri della vita quotidiana, ma

¹⁷ Sul concetto di "mondo del gioco", cfr. E. FLINK, *Oasi del gioco*, Milano, Raffaello Cortina, 2008 (1957), 28 ss.

¹⁸ Cfr. ad esempio G.A. FERRARI, *Le droit dans la forme praxéologique du jeu*, in *Droit et Société*, 1991, 98.

¹⁹ B. CAVALLONE, "Non siete altro che un mazzo di carte". Lewis Carroll e la teoria del processo, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano, Giuffrè, 1983, 345.

²⁰ R. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini*, cit. 26.

²¹ Cfr. C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., 103-105; cfr. anche C. ROVERSI, *Law as an Artifact*, cit. 52.

rispondono a “dinamiche” (finalità ed esigenze) che sono *avulse*, slegate dalla vita quotidiana (frutto di quella pura creazione immaginativa che si può manifestare nel gioco).

E la ragione di ciò risiede nell’elemento *sub* Γ , ossia nel fatto che il mondo del gioco si colloca in una dimensione separata, anch’essa *avulsa* dal fluire delle vicende storiche: «Il gioco – scrive ad esempio Caillois – si presenta anzitutto come un’attività parallela, indipendente, che si contrappone alle gesta e alle decisioni della vita normale»²².

A quest’ultimo riguardo, come è stato evidenziato ad esempio anche da Eugen Flink (1956), il fatto che il gioco sia circoscritto entro precisi limiti temporali predefiniti, comporta anche che, entro quei limiti temporali, si realizza una sorta di “pausa”, di “sospensione”, rispetto al *continuum* degli eventi storici della vita ordinaria: «Il gioco “interrompe” la continuità, interrompe il corso del continuo riferirsi nella nostra vita a scopi finali, differisce dagli altri modi di condurre la vita, implica una distanza»²³.

2.2. Dimensione storica e quotidiana del diritto

All’opposto dal gioco, invece, il diritto si innesta e interviene su un mondo “fluidico”, fatto di interessi concreti in conflitto tra loro, in una dinamica che si sviluppa nel tempo, ossia *storicamente*, fatta di pratiche sociali mediante le quali instauriamo relazioni, facciamo promesse, imputiamo responsabilità, rimettiamo debiti, perdoniamo offese, ascriviamo diritti, ecc. In tale contesto, come ha acutamente osservato Gerhart Husserl, il diritto è «una prassi vitale degli uomini che, nella loro determinata realtà storica sono protesi verso la soluzione dei problemi sociali servendosi degli strumenti del diritto»²⁴.

Alla luce di una tale intuizione, i tratti costitutivi minimi dell’esperienza ludica enucleati *sub* 1.1, anche se forse non offrono una definizione esauriente e completa del fenomeno ludico, sono tuttavia sufficienti a tracciare un confine rispetto all’esperienza giuridica. Infatti, se i giochi, come visto, sono fenomeni (A) arbitrari, che (B) si basano su un atto di libertà di aderire al (e di dissociarsi dal) gioco, e hanno una natura (Γ) separata e (Δ) fittizia rispetto alle esigenze e ai problemi della vita reale; il diritto, invece, è un fenomeno:

²² R. CAILLOIS, *Op. cit.*, 82.

²³ E. FLINK, *Op. cit.*, 19.

²⁴ G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, 36.

2/2021

- (A1) *non-abitratario*, in quanto ogni norma o istituto giuridico è sempre costruito in funzione di uno o più interessi “reali”, valori che ricorrono nella vita quotidiana e che il diritto ritiene meritevoli di tutela;
- (B1) *coattivo*, in quanto colui che è destinatario delle norme di un certo ordinamento giuridico non è libero di aderire o meno a quell’ordinamento: il rifiuto che (soggettivamente) un agente può opporre al diritto al quale è soggetto, dal punto di vista (oggettivo) del diritto è una violazione, da sanzionare: il diritto conosce solo la forma dell’assoggettamento a esso e alle sue norme²⁵.
- (Γ1) *immanente* alla vita reale, non separato; il diritto non ha un tempo limitato e predeterminato entro cui operare: ogni sistema giuridico ha una “vita” che segue il corso della storia, ha una evoluzione che può anche portare alla sua “fine”, ma in tal caso la fine di un ordinamento giuridico è conseguenza di rivolgimenti che comportano il sopravvenire di un nuovo ordinamento che si impone e si sostituisce a quello precedente che perde la sua effettività;
- (Δ1) orientato a interessi *non-fittizi*: il “mondo del diritto” non è avulso dai problemi della vita di tutti i giorni, ma si dà proprio in funzione di quei problemi, mirando «a prevenire conflitti o a comporli secondo un certo ordine»²⁶.

L’insieme di questi quattro elementi, come si nota tutti collegati tra loro, sebbene non fornisca un’idea esauriente dell’esperienza giudica, certamente ne mette in luce un aspetto rilevante, che consente di approfondire ulteriormente la differenza tra diritto e giochi: si tratta della centralità degli *interessi* (intesi nel senso della *Interessenjurisprudenz*) in funzione della cui tutela e/o promozione il diritto si struttura. In tale prospettiva, il diritto può essere concepito (anche) come un insieme di strumenti che mirano a realizzare (curare/tutelare/promuovere), mediante misure e rimedi particolari (implicanti anche, in ultima analisi, l’uso

²⁵ Cfr. ad esempio M. JORI, *Op. cit.*, 30, secondo cui, nell’analisi delle attività di riconoscimento del diritto valido, quella (logicamente) preliminare consiste nell’identificazione dell’idea di diritto, degli elementi caratterizzanti l’esperienza giuridica in generale. Essa è attività propria del senso comune che (almeno in contesti culturali simili al nostro) fa «riferimento alla coattività organizzata e alla gestione coattiva del potere attraverso norme» (le altre due attività concettuali consistono in quelle che Jori chiama *individuazione* del diritto vigente, anch’essa rimessa al senso comune, e l’attività di *determinazione* dei confini dell’ordinamento giuridico, attività propria dei “tecnici” del diritto – che si estrinseca principalmente nella costruzione dei c.d. sistemi delle fonti di produzione).

²⁶ Cfr. H. KANTOROVICZ, *La definizione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1962 (1958), 51-52.

organizzato della forza), determinate esigenze, interessi prevenendo e/o risolvendo conflitti tra tali interessi e altri ancora (ritenuti più o meno rilevanti): «La norma giuridica – scrive ad esempio Philipp Heck (1932) – delimita interessi contrastanti l’no con l’altro. Essa decide un “conflitto di interessi”. La decisione rimanda a una “considerazione” degli interessi partecipi»²⁷.

Come si nota, non è questa certamente un’idea né nuova, né originale, sebbene essa sia molto diffusa tra filosofi del diritto (anche con impostazioni metodologiche differenti) e in dogmatica giuridica. Non intendo qui approfondire tale aspetto, né sostenere una particolare concezione²⁸. Ai fini del presente lavoro, Mi preme unicamente evidenziare due aspetti:

- (i) la natura *concreta* degli interessi, delle esigenze di cui si occupa il diritto, che interviene appunto nella vita quotidiana degli uomini a risolvere problemi derivanti da un (potenziale o attuale) conflitto di interessi;
- (ii) la natura *storicamente condizionata* degli interessi in conflitto e della *valutazione* di meritevolezza che il diritto esprime su tali interessi, valutazione che evolve nel tempo ed è relativa, quindi, alla storia delle idee e delle vicende della comunità umana alla quale il particolare ordinamento positivo si riferisce.

Quanto sopra consente di comprendere quanto correttamente affermato da Matczak sul fatto che i *coordination problems*, che altro non sono che problemi di bilanciamento e coordinamento degli interessi della vita

²⁷ P. Heck, *La formazione dei concetti e la giurisprudenza degli interessi*, in A. Tanzi, *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, Raffaello Cortina, 1999 (1930), 308. Sulla giurisprudenza degli interessi, e in particolare sulla filosofia di Philipp Heck, cfr. Tanzi 2005. *Philipp Heck: l’integrazione del sistema giuridico e le sue ragioni*, in *Sociologia del diritto*, 1, 5–46.

²⁸ Sulla centralità degli interessi, e sulla loro rilevanza giuridica attraverso il concetto di funzione, sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *La melanconia del pedone. Saggio sulla funzione dell’atto giuridico*, Roma, Aracne, 2017. La prospettiva funzionale sul diritto, che la considerazione sugli interessi apre, è lucidamente messa in evidenza dallo stesso Heck che, ad esempio, distinguendo il piano del comando (ossia dell’ordinamento giuridico) da quello dell’interesse che circola nel contesto sociale (pre-giuridico) in cui il diritto positivo si innesta, così scrive: «Possiamo prima di tutto interrogarci in ordine al contenuto dei comandi, al vincolo, e agli elementi costitutivi del contenuto [...] Però ci si può anche interrogare sul significato che questi comandi hanno per la vita, dall’angolazione degli interessi del diritto. Si può denominare questa modalità di osservazione come un’osservazione di tipo funzionale [...] Ad ogni comando corrisponde un effetto sugli interessi» (P. HECK, *Op. cit.*, 308).

quotidiana e concreta, precedono (almeno logicamente) il diritto (le soluzioni che il diritto individua).

2.3. *Agon, alea, mimicry, ilinx*

Tali aspetti consentono di compiere un ulteriore confronto con gli “interessi”, le “esigenze” sottese ai fenomeni ludici. Sebbene infatti i giochi siano “distanti”, separati, dalla vita reale, ciò non significa che essi non soddisfano alcuna specifica esigenza umana.

Anzi, come è stato messo bene in luce da Caillois, i giochi hanno un’evidente vocazione sociale proprio perché toccano pulsioni umane profonde e radicate, quali: (i) l’agonismo (*agon*), (ii) l’attesa e la scommessa nella sorte (*alea*), (iii) il desiderio di essere altri da sé (*mimicry*); (iv) la ricerca di vertigine (*ilinx*)²⁹. «Il gioco – osserva pertinentemente Flink – non è un’apparizione marginale nel corso della vita dell’uomo, non è un fenomeno che appare occasionalmente, non è contingente. Il gioco [...] è un fenomeno esistenziale fondamentale»³⁰.

I giochi, infatti, sono fatti istituzionali e, come tali, rispondono inevitabilmente a esigenze umane (come visto, anche i giochi sono concepibili come artefatti, e quindi sono costruiti per servire a qualcosa) e sono un prodotto della cultura umana e della sua evoluzione storica³¹.

²⁹ Sulla base di questi quattro impulsi fondamentali, Caillois propone quattro tipi ideali (*à la Weber*) di giochi, tipi individuati sulla base di un criterio di prevalenza di tali pulsioni, cioè a seconda che «predomini il ruolo della competizione, del caso, del simulacro o della vertigine», chiamando tali quattro categorie, rispettivamente, ‘*agon*’, ‘*alea*’, ‘*mimicry*’, ‘*ilinx*’. «Tutte e quattro – prosegue R. CAILLOIS, *Op. cit.*, 28 e ss. – appartengono a pieno titolo nel campo dei giochi: si gioca a calcio, a biglie o a scacchi (*agon*), si gioca alla roulette o alla lotteria (*alea*), si gioca ai pirati o si recita la parte di Nerone o Amleto (*mimicry*), ci si diverte, si gioca, a provocare in noi, con un movimento accelerato di rotazione o di caduta, uno stato organico di perdita della coscienza e di smarrimento (*ilinx*)». Per ognuna di queste categorie, Caillois evidenzia la presenza di giochi basati prevalentemente su regole (principio dei *ludus*), o di giochi in cui la regola è assente (o marginale) ma che sono governati da un «principio comune di divertimento, di turbolenza, di libera improvvisazione» (principio della *paidia*).

³⁰ Cfr. E. FLINK, *Op. cit.*, 12.

³¹ La stretta relazione tra gioco e cultura (tra gioco e attività istituzionale) è, ad esempio, al centro oggetto delle riflessioni di Huizinga e della sua tesi secondo la quale i giochi svolgerebbero, nella storia dell’uomo, una vera e propria funzione creatrice delle differenti esperienze culturali (tra le quali rientra anche quella giuridica).

Tuttavia, se confrontiamo giochi e diritto, notiamo che i sistemi normativi appartenenti all'insieme dei giochi soddisfano pochi e chiari valori "di base", pulsioni profonde dell'animo umano (Caillois, come visto, ne individua ad esempio quattro in tutto che possono combinarsi tra loro). Diversamente, gli ordinamenti giuridici sono orientati a interessi concreti della vita quotidiana, tendenzialmente mutevoli e non chiaramente determinati: ciò in quanto, con l'andare del tempo, nell'ambito di una certa comunità umana, nascono nuovi problemi, nuovi interessi vengono in luce e altri, un tempo ritenuti meritevoli di tutela, vengono avvertiti come recessivi rispetto ai nuovi valori che a essi finiscono per essere preferiti.

Rispetto alle dinamiche ordinarie della vita reale e concreta, quindi, rispetto al quotidiano incontro e scontro degli interessi che gli individui di una comunità storicamente data perseguono, i giochi si presentano comunque come un ambito di vita "separato" e "fittizio", delimitato nello spazio e (soprattutto) nel tempo, tendenzialmente indifferente ai problemi concreti. Durante lo svolgimento di un gioco, infatti, chi vi partecipa (come giocatore o come spettatore) accede a una dimensione in cui il fluire della vita ordinaria e la pressione degli interessi che caratterizzano la vita ordinaria, restano momentaneamente "sospesi" per "riprendere" dopo la conclusione del gioco.

Insomma, ogni gioco ha un inizio e una fine, entro i quali una (o più) delle pulsioni profonde che determinano quale tipo di gioco si stia giocando (competitivo, d'azzardo, di travestimento o di vertigine) può trovare "sfogo" nell'ambito delle dinamiche di quel gioco³². Finito il gioco (oltre il gioco), però, riprende la vita reale e i problemi quotidiani che essa porta con sé, dai quali i giocatori, mentre giocavano, si erano distratti e astratti. Per questi ultimi problemi, gli uomini si dotano di rimedi giuridici, ricorrono (costruendolo) al diritto.

È anche vero però, come è stato da più parti osservato, che anche nel diritto vi sono aspetti di ludicità. Ad esempio, Huizinga ha proprio cercato di mostrare come «la cultura, nelle sue fasi originarie, porta il carattere di un gioco, viene presentata in forme e stati d'animo ludici»³³: e così avviene anche per quella particolare esperienza culturale che è il diritto, di cui emblematico è il fenomeno del processo, all'interno del quale, secondo

³² Cfr. R. CAILLOIS, *Op. cit.*, 53.

³³ J. HUIZINGA, *Op. cit.*, 56.

l'autore, sono individuabili almeno «tre forme ludiche: gioco d'azzardo, competizione o scommessa, e gara nella parola»³⁴.

In altre parole, quelle pulsioni profonde dell'animo umano che trovano sfogo nell'ambito delle dinamiche che caratterizzano i vari tipi di giochi, trattandosi appunto di passioni umane (stati psicologici), possono evidentemente trovare realizzazione anche nell'ambito di altre dinamiche relazionali, quali quelle che si realizzano mediante istituti giuridici.

Così, per restare all'esempio del processo, sebbene tale istituto persegua la tutela di interessi propri della vita quotidiana, che entrano in conflitto tra loro, inevitabilmente le dinamiche processuali, improntate a un approccio spesso agonistico, possono alimentare certe passioni, certi stati mentali di chi vi partecipa, riconducibili all'*agon* di cui parla Caillois (che connota e giustifica i giochi di tipo competitivo)³⁵. Altro esempio interessante mi pare quello dei mercati finanziari, in cui l'elemento dell'aleatorietà, che permea le dinamiche delle negoziazioni, soprattutto di tipo speculativo connesse ai c.d. derivati, ha addirittura indotto il legislatore nazionale a sentire la necessità di chiarire che, ai contratti finanziari derivati non si applica la disciplina codicistica prevista per i giochi e le scommesse (art. 23, co. 5, del Testo Unico della Finanza)³⁶.

Tuttavia, negli esempi ora esibiti, ci si trova di fronte ad atteggiamenti psicologici (stati mentali) che possono *contingentemente* riscontrarsi in alcuni soggetti che interagiscano tra loro secondo le forme previste dal diritto per la cura di interessi della vita quotidiana. Ma gli istituti del diritto, appunto, *non* sono *costitutivamente* costruiti in funzione delle predette pulsioni profonde dell'animo umano (*agon*, *alea*, *mimicry*, *ilinx*); tale funzione è, invece, almeno nella prospettiva di Caillois che qui si assume, (costitutivamente) svolta dai giochi.

Anzi, sempre secondo Caillois, i problemi e le disfunzioni sociali hanno a volte alla loro origine proprio una "uscita" delle predette pulsioni dal mondo dei giochi, separato e fittizio, per "dilagare" nel mondo reale, nelle interazioni umane che si svolgono nella vita quotidiana: «Se il gioco consiste nel fornire a queste quattro potenti pulsioni un soddisfacimento formale, ideale, limitato, separato dalla vita normale, che cosa succede,

³⁴ Ivi, 10. Cfr. anche ivi, 90-103. Su gioco e processo, non può non richiamarsi il noto saggio di Piero Calamandrei, *Il processo come giuoco* (1950).

³⁵ In certi contesti sociali, ad esempio, il processo può diventare un momento che attrae e coinvolge le persone di quella comunità, in modo analogo a una competizione sportiva.

³⁶ La disposizione richiamata recita che «[n]ell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, co. 5, lett. a), non si applica l'art. 1933 del codice civile».

dunque, quando [...] l'universo del gioco non è più separato ermeticamente? Quando c'è contaminazione con il mondo reale, in cui ogni gesto porta con sé conseguenze ineluttabili? A ognuna delle categorie fondamentali corrisponde una perversione specifica che è la risultante del freno e protezione insieme»³⁷.

3. Giochi regolati dal diritto

«L'uomo è essenzialmente un mortale, un lavoratore, un lottatore, un amante – e un giocatore». Con queste parole, Flink individua nella morte, nel lavoro, nel dominio, nell'amore e nel gioco i fenomeni esistenziali fondamentali: essi formano «l'ambito tensionale elementare dell'esistenza umana»³⁸.

Se ben si nota, di tutti tali fenomeni esistenziali, in qualche modo, si occupa il diritto: non si occupa solo dell'uomo che muore, che lavora, che lotta e domina, che ama, ma anche dell'uomo *che gioca*. E le considerazioni svolte *sub* 1, sui tratti differenziali tra esperienza ludica e giuridica, consentono, a mio avviso, di comprendere *perché* e *in quale misura* l'ordinamento giuridico interviene a regolare le pratiche ludiche che si affermano in quella comunità umana in cui il diritto positivo si innesta.

In particolare: mi pare che l'ordinamento giuridico non si occupi dei giochi in quanto tali, ma abbia di mira specifici interessi ed esigenze puntuali e concreti, appartenenti alla dimensione quotidiana dell'esistenza, che possono venire in rilievo (ed eventualmente in conflitto tra loro) nel momento in cui gli uomini di una determinata comunità (che si dota di quell'ordinamento giuridico) pratica quei determinati giochi (oggetto di regolazione).

3.1. Interessi patrimoniali occasionati dai giochi

Questo aspetto emerge, ad esempio, dall'esame della dogmatica giuridica italiana formatasi sulla disciplina in tema di giochi e scommesse (artt. 1933-1935 cod. civ.), nonché dall'osservazione della relativa evoluzione storica (che affonda le sue radici nel diritto romano e

³⁷ R. CAILLOIS, *Op. cit.*, 62.

³⁸ E. FLINK, *Op. cit.*, 13.

nell'elaborazione dei giureconsulti medievali)³⁹. Alcuni autori, infatti, hanno affermato che il fenomeno ludico sia, di per sé, *neutrale* per il diritto, e acquisterebbe un rilievo giuridico solo e nella misura in cui i giochi divengano *occasione* per determinare trasferimenti patrimoniali tra coloro che partecipano al gioco o tra coloro che ne sono spettatori⁴⁰.

In tale prospettiva, gli interessi patrimoniali, come sempre, aprono la via a potenziali conflitti, problemi concreti e storicamente mutevoli di cui il diritto tipicamente si occupa: basti pensare, a mero titolo di esempio, agli aspetti più propriamente imprenditoriali connessi al gioco quale forma di *business*, e ai connessi aspetti fiscali⁴¹; a quelli di ordine pubblico che si possono presentare in occasione di alcune manifestazioni sportive; alle attività di riciclaggio e altre attività illecite connesse all'infiltrazione di

³⁹ La letteratura sul tema, dogmatica e storica, almeno in Italia, è molto ampia. Ci si limita qui a rinviare, anche per i riferimenti bibliografici e per la ricostruzione dei diversi orientamenti sul tema, a D. RICCIO, *Il gioco e la scommessa*, in G. Di Domenico e D. Riccio, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIV, Torino, Giappichelli, 2005, 121-27; M. PARADISO, *Gioco, scommessa, rendite*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, VIII, Torino, Utet, 2006; cfr. anche, in tempi più relativamente recenti, G. AGRIFOGLIO, *Il gioco e la scommessa. Tra ordinamento sportivo e pubblici poteri*, Napoli, Jovene, 2016. Per i profili storici, ci si limita a richiamare U. GUALAZZINI, *Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano, Giuffrè, 1965; *Gioco e scommesse (storia)*, *Enc. Dir.*, XIX (1970), 30-49, nonché A. CAPPUCCIO, "Rien de mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 2011, per un focus sulla storia del diritto delle codificazioni europee. Cfr. anche F. FASOLINO e A. PALMA (a cura di), *Il gioco nell'antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2018, con specifico riferimento al diritto romano.

⁴⁰ Cfr. ad esempio D. RICCO, *Op. cit.*, 124, secondo cui il gioco «diviene rilevante per il diritto solo quando gli sono collegati scostamenti patrimoniali. Allorché però viene patrimonializzato, assume una enorme importanza e sotto vari aspetti: può essere vietato, tollerato e anche dotato di azionabilità per le obbligazioni dallo stesso nascenti».

⁴¹ L'aspetto economico e patrimoniale occasionato da determinati giochi, in determinati contesti sociali, ha assunto oggi una dimensione del tutto inedita rispetto al passato: infatti, la diffusione del fenomeno ludico, in particolare dei giochi d'azzardo e delle scommesse sportive, anche via *on-line*, e anche su spinta dei pubblici poteri dello Stato, ha determinato la nascita di un vero e proprio *mercato*, un mercato consistente in una pluralità di contratti, che divengono oggetto di servizi (pubblici) erogati da professionisti nei confronti di soggetti (giocatori delle lotterie o delle scommesse sportive) che divengono soggetti da tutelare, al pari di ogni altro "consumatore". Per una puntuale analisi dell'evoluzione normativa/giurisprudenziale, e ideologica, che ha interessato la disciplina dei giochi, da affare tra privati, praticato in contesti socialmente circoscritti delimitati (in circoli di gentiluomini o nelle bische), a fenomeno di massa, con vocazione globale, che ha interessato anche il diritto comunitario, cfr. G. AGRIFOGLIO, *Op. cit.*, 65-129.

associazioni criminali; alle possibili frodi o alle azioni volte a truccare il risultato degli incontri; ai fenomeni di ludopatia⁴²; ecc.

Senza entrare nel merito della disciplina settoriale, e della sua evoluzione storica, ciò che qui mi preme mettere in luce è l'idea, che mi pare presupposta dai vari orientamenti dogmatici, secondo cui il gioco, inteso specificamente come sistema ludico (sistema normativo, costitutivo di specifiche unità e atti ludici), almeno *logicamente, precede* il – ed è *autonomo* dal – diritto positivo che interviene a disciplinarlo. Ciò in quanto, appunto, diverso è il “piano” in cui si colloca e opera il diritto positivo rispetto ai giochi dallo stesso regolato: i giochi, come detto, sono fenomeni istituzionali che rispondono a quelle esigenze “di base”, quelle pulsioni profonde dell'uomo (evidenziate da Caillois) e trovano realizzazione tipicamente nell'ambito dell'esperienza ludica; l'ordinamento positivo, invece, intercetta quegli interessi puntuali e concreti della vita quotidiana – tipicamente, interessi patrimoniali – che emergono, in quella comunità in cui quel diritto positivo si innesta, proprio in quanto in quella comunità si praticano quei giochi.

Questa idea – sulla priorità e autonomia logica che caratterizza il rapporto tra giochi e diritto (quando il diritto interviene a occuparsi di giochi) – mi pare ben esemplificata, nel nostro ordinamento giuridico, da quell'orientamento (tradizionalmente) diffuso in sede dogmatica secondo cui a determinare il trasferimento di ricchezza in occasione del gioco (e a occasionare quindi l'emersione dei connessi interessi concreti sopra citati) non sia (tanto) il gioco in sé, ossia l'insieme delle unità e degli atti ludici costituito dal sistema delle regole del gioco, ma siano (piuttosto) determinati contratti e promesse che giocatori o terzi (spettatori o non) pongono in essere al fine di impegnarsi a fornire determinate prestazioni patrimoniali in base a determinati esiti della singola “partita”⁴³.

Così, ad esempio, Emilio Valsecchi, sviluppando in modo rigoroso tale tesi, arriva a concludere che, sebbene il legislatore parli di “giuochi e scommesse” come se fossero due tipi contrattuali, in realtà, così non è in

⁴² Su tale profilo, per una recente ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale, cfr. M. LIPARI, *Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione normativa e della giurisprudenza*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 273-291.

⁴³ Cfr. ad esempio Gualazzini, *Giuoco e scommesse*, cit. 31: «Il gioco, di per sé, può essere produttore di vincoli obbligatori soltanto quando chi lo compie leda diritti altrui. Ma ad avere contenuto economico non è il gioco, è il vincolo che si è posto in essere sul presupposto del risultato del giuoco. Infatti, a produrre obbligazioni è il patto, stipulato tra gli scommettitori, che avrà un vantaggio economico chi di essi avrà previsto esattamente il risultato, a danno di chi avrà fallito la previsione».

quanto solo la scommessa sarebbe un atto giuridico vero e proprio (avente la promessa nel proprio *definiens*): il gioco rilevarebbe per il diritto solo e nella misura in cui diviene (come spesso capita) oggetto di scommessa tra due o più parti⁴⁴.

3.2. *Interessi non patrimoniali occasionati dai giochi*

Non mi interessa qui stabilire se Valsecchi abbia ragione o meno. Mi preme solo mettere in evidenza l'intuizione che opera nelle sue tesi, circa la priorità e autonomia logica dei giochi rispetto alla loro disciplina giuridica. Una tale intuizione, infatti, mi pare presente anche in quelle posizioni dogmatiche divergenti rispetto a quelle sopra richiamate, le quali negano che il gioco sia di per sé neutrale per il diritto positivo.

Ad esempio, è stato sostenuto che il legislatore nazionale non avrebbe operato una reale distinzione tra gioco e scommessa, in quanto anche «la scommessa non è altro che una delle molteplici tipologie di gioco; è essa stessa un gioco», così come altra tipologia di gioco sono le competizioni sportive (pure espressamente contemplate dalla disciplina codicistica)⁴⁵. Inoltre, è stato anche evidenziato che il diritto non interviene a regolare giochi in relazione ai soli interessi connessi con spostamenti patrimoniali che possono essere da essi occasionati: infatti, «anche il gioco disinteressato, quello che realizza una fuga dal diritto, quello senza posta economica, [può] dar luogo a fattispecie generatrici di effetti giuridici patrimoniali e non, specialmente ove si tratti di un gioco potenzialmente pericoloso dal punto di vista dell'ordinamento statale, nonostante sia ritenuto “meritevole di tutela” nel comune sentire dei giocatori e della società tutta»⁴⁶.

La regolazione del gioco da parte del diritto, quindi, secondo tale punto di vista non inerebbe solo agli interessi connessi alla

⁴⁴ Cfr. ad esempio E. VALSECCHI, *Giocchi e scommesse (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 51. Coerentemente con tale impostazione, cfr. ad esempio E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, II ed., XXXVII, Milano, Giuffrè, 1986; C. FURNO, *Note critiche in tema di giuochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1952, 620-658; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, IX-II, 1961, Torino, Utet.

⁴⁵ Cfr. G. AGRIFOGLIO, *Op. cit.*, 22-23.

⁴⁶ Ivi, 26. Ciò avviene, ad esempio, nel caso degli sport agonistici a c.d. violenza necessaria, o con riferimento ad altri giochi ritenuti offensivi per la dignità umana (come il c.d. lancio del nano).

movimentazione patrimoniale che i giochi possono occasionare, ma, ad esempio, rileva anche «al fine di determinare il confine oltre il quale un determinato comportamento possa essere fonte di responsabilità aquiliana ovvero ancora, se possa essere considerato, *obtorto collo*, del tutto lecito»⁴⁷. In altre parole, i singoli giochi, praticati e diffusi in una certa comunità umana, non assumono rilievo giuridico solo in quanto (eventuale) oggetto di contratti, che determinano l'emersione di interessi patrimoniali e degli interessi connessi sopra richiamati), ma possono assumere un rilievo come fatto in sé, nella misura in cui le attività in cui il gioco di realizza, possono determinare la lesione di altri interessi tutelati dall'ordinamento positivo (salute, dignità umana, ecc.), che quindi interviene a bilanciare (prevenendo e risolvendo) possibili conflitti tra tali interessi e l'interesse al gioco dei giocatori.

Come si nota, tuttavia, anche tale impostazione dogmatica, che nega che il gioco sia di per sé "agiuridico", presuppone una priorità e un'autonomia concettuale del gioco rispetto al diritto che lo regola: la pratica ludica di cui il diritto positivo decide di occuparsi viene prima e assume un suo rilievo autonomo, perché è generatrice di interessi (anche non patrimoniali) che il diritto positivo verrà a valutare. Infatti, la conclusione cui anche tale impostazione perviene è che il diritto positivo e i suoi «pubblici poteri potranno scegliere di occuparsi di un determinato gioco, promuovendolo o considerandolo illecito, qualora ritengano che le sue regole possano influire su valori, siano essi patrimoniali o non patrimoniali, ritenuti meritevoli di tutela in un determinato momento storico; avranno pertanto cura di regolare gli aspetti economici di specifici giochi [...] ma potranno anche comparare la compatibilità di determinate regole del gioco con valori indisponibili, quali la dignità umana o la tutela della salute»⁴⁸.

3.3. Cosa regola il diritto quando si occupa di giochi

3.3.1. La priorità e l'autonomia logica del gioco, rispetto al diritto positivo che interviene a occuparsi di alcuni giochi, meritano di essere approfondite rispetto a quelle ipotesi in cui l'ordinamento positivo viene a dettare le regole costitutive dei giochi stessi.

⁴⁷ Ivi, 27.

⁴⁸ Ivi, 31.

2/2021

Come visto sopra, infatti, l'ordinamento giuridico può intervenire, ad esempio, vietando certi giochi, qualificandoli come illeciti, o permettendone la pratica solo in certi luoghi o a condizione che siano organizzati solo da determinati soggetti a tal fine abilitati. Oppure, l'ordinamento può regolare i contratti con cui le parti scommettono sull'esito di determinati giochi, o definire altri rapporti giuridici che possono comunque essere occasionati dalla pratica di un gioco (si pensi, ad esempio, ai contratti di prestazione d'opera e di lavoro tra chi organizza ad esempio una manifestazione sportiva e chi pratica lo sport). O, ancora, il diritto può definire e regolare aspetti fiscali del gioco o adottare misure di contrasto contro le frodi o attività criminose che pure possono essere occasionate da determinati giochi.

Tali esempi sono accomunati dal fatto che le norme prodotte dall'ordinamento giuridico si pongono (verrebbe da dire) *a lato* del gioco: le norme così prodotte vengono a costituire una sorta di "sovrastuttura" di istituti e disposizioni, che sono costruiti *in funzione* di interessi (patrimoniali e non) comunque *occasionati* (contingentemente) dal gioco, gioco che – in quanto tale – logicamente precede e resta autonomo da tale sovrastuttura normativa.

In realtà, non è sempre così. Vi sono infatti casi in cui l'ordinamento giuridico interviene a disciplinare il gioco stesso, ossia adottando (e/o riservandosi di modificare) le stesse regole costitutive del gioco. Ciò avviene, esemplarmente, per restare al nostro ordinamento giuridico, nei due ambiti in cui si articolano i c.d. giochi pubblici: (i) le lotterie organizzate, che sono "inventate", e costruite, anche nelle loro regole di funzionamento, dallo Stato; (ii) molti sport, in cui le regole dei giochi sono stabilite (meglio, codificate, consolidate) da veri e propri ordinamenti (giuridici), riconosciuti dall'ordinamento statale⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. ad esempio l'art. 2 del d.l. 220/2003 rubricato, appunto, "Autonomia del diritto sportivo", su cui cfr. da ultimo la sentenza della Corte Costituzionale n. 160/2019, che ribadisce la «natura, originaria e autonoma, dell'ordinamento sportivo, che di un ordinamento giuridico presenta i tradizionali caratteri di plurisoggettività, organizzazione e normazione propria. Nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e ce assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Con la conseguenza che eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale,

Tuttavia, mi pare che, anche in tali casi, il fatto che il diritto positivo “penetri” nel sistema ludico, producendone le regole costitutive, non altera il *sensu* specifico di quella pratica istituzionale così regolata dal diritto, pratica che resta comunque un gioco, che conserva comunque il suo *sensu ludico*. In altre parole, i giochi, le cui regole siano definite dal diritto (sia che siano regole definite *ex novo*, sia che siano regole preesistenti ma codificate dall’ordinamento giuridico), non divengono istituti giuridici, non assumono *sensu* giuridico, ma continuano a conservare il loro *sensu* di gioco, a essere espressione di un’esperienza ludica e non giuridica.

3.3.2. Per meglio chiarire cosa intendo sostenere, mi pare utile richiamare quanto anticipato all’inizio del presente lavoro, ossia che una pratica istituzionale, come un gioco, un istituto giuridico, un rito religioso, non esaurisce il proprio *sensu* nell’insieme delle regole costitutive di quella pratica. Come è stato acutamente osservato, il gioco degli scacchi, il tennis, il golf, il tressette, non esauriscono il proprio *sensu* nelle rispettive regole: in particolare, non è dall’esame delle loro regole che noi comprendiamo che si tratta di *giochi* (e non, magari, di riti religiosi). È, piuttosto, la stessa idea di gioco, condivisa in una certa comunità umana, espressione della cultura di quella comunità, che ci consente di riconoscere negli scacchi un gioco (e non un istituto giuridico, o un rito religioso).

In altri termini, è l’esperienza ludica condivisa in quella comunità (meglio, nel contesto culturale di quella comunità) che ci consente di comprendere che una certa pratica istituzionale è una pratica ludica (e non, appunto, un istituto giuridico o un rito religioso).

Questa distinzione, puramente analitica, tra il piano delle regole costitutive di una certa pratica istituzionale, e il piano dell’esperienza culturale entro cui quella pratica si iscrive (e assume *sensu* ludico, ovvero giuridico, ovvero religioso, ecc.) è stata messa in evidenza da Hubert Schwyzer (1969), attraverso un esperimento mentale in cui immaginava un paese in cui gli scacchi non fossero un gioco, ma un rito religioso. In Italia, Corrado Roversi, nell’ambito della sua ontologia sociale, ha approfondito e sviluppato organicamente l’intuizione di Schwyzer⁵⁰, segnalando che la distinzione tra i due livelli di analisi:

devono essere disciplinati tenendo conto dell’autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice». Sul diritto sportivo, cfr. L. DI NELLA, E. INDRACCOLO, A. LEPORE, P. DEL VECCHIO, S. PALAZZI (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, Esi, 2021.

⁵⁰ Cfr. H. SCHWYZER, *Rules and Practices*, in *The Philosophical Review*, LXXVIII, 1969, 451-467. La distinzione tra livello delle regole costitutive della pratica istituzionale e livello dell’esperienza culturale più ampia in cui quella pratica si iscrive, è rinvenibile anche nella

2/2021

- (i) da un lato, consente di dare spiegazione del fatto che è il contesto culturale più ampio, in cui una certa pratica istituzionale si iscrive (e non il sistema di regole costitutive di tale pratica), a definire concetti qualificanti quella specifica pratica; ad esempio, il concetto di vittoria, che connota tutti i giochi competitivi, non è costituito dalle regole dei singoli giochi, ma è da essi presupposto e dipende, appunto, dall'idea di gioco competitivo condivisa nella comunità umana in cui quei giochi competitivi si praticano⁵¹;
- (ii) dall'altro lato, mette in luce il fatto che i requisiti che connotano l'esperienza culturale più ampia, in cui si iscrivono le singole pratiche istituzionali, «determinano precisi limiti alla costituzione degli elementi dell'attività istituzionale: se tutti i pezzi potessero muovere liberamente, senza vincoli, il gioco degli scacchi sarebbe un gioco banale, poco stimolante e richiederebbe senza dubbio una profonda riforma delle proprie meccaniche»⁵².

Ora, a me pare degno di nota il fatto che, anche nei casi in cui l'ordinamento giuridico interviene a produrre esso stesso l'insieme delle regole costitutive di un gioco, non sta in realtà, così facendo, costituendo un istituto giuridico, o meglio: pur adottando norme che (in quanto valide all'interno dell'ordinamento) sono norme giuridiche, il *sensu* della pratica istituzionale costituita da tali norme non è propriamente quello di un istituto giuridico, ma resta quello del gioco. Sebbene, quindi, in tali casi, possa correttamente parlarsi (come fa la dogmatica) di "gioco giuridico"⁵³, tuttavia, nonostante la struttura del gioco sia costituita da norme giuridiche, l'esperienza culturale in cui essa si iscrive è, propriamente, quella ludica (e non giuridica).

Il perché di ciò può essere chiarito alla luce di quanto fin qui detto. La scelta del diritto di intervenire fino a disciplinare il sistema di regole costitutive del gioco riflette comunque una valutazione sugli interessi – concreti e peculiari (e di natura principalmente patrimoniale) – che,

distinzione, proposta da Marmor (cfr. A. MARMOR, *Social Conventions*, cit.), tra *deep conventions* e *surface conventions*.

⁵¹ Si tratta di quelli che sono stati chiamati "concetti metaistituzionali": si tratta di concetti generali che, in un certo senso, "trascendono" (stanno "sopra") i concetti (istituzionali) costituiti dalle regole che compongono (nel loro insieme) la singola pratica istituzionale. Cfr. C. ROVERSI, *Costituire*, cit. 143-144, nonché C. ROVERSI, *Conceptualizing Institutions*, in *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, XIII, 1/2014, 205-210.

⁵² C. ROVERSI, *Regola costitutiva*, cit. 172-173. Si tratta di quella che Roversi chiama "tesi della dipendenza", su cui cfr. ad esempio C. ROVERSI, *Costituire*, cit. 135 e ss.

⁵³ Cfr. ad esempio D. Riccio, *Il gioco e la scommessa*, cit., 124.

all'interno di quella comunità umana storicamente data, possono essere occasionati dal gioco.

Per tornare all'esempio dei giochi pubblici, si pensi alle lotterie "inventate" dallo Stato: in tal caso, la scelta di creare nuovi giochi aleatori (dal *Gratta e vinci*, al *Superenalotto*, al *Turista per sempre*, ecc.) risponde alla decisione di promuovere determinati interessi ritenuti meritevoli di tutela – in particolare, quelli economici dello Stato stesso – che emergono in relazione a tali tipi di giochi, in particolare quelli d'azzardo, e al successo che essi hanno a livello sociale. Ma considerazione non dissimile vale anche per quanto riguarda le competizioni sportive: non tutti gli sport sono regolati allo stesso modo, ma con riferimento a quegli sport che, in ragione della loro diffusione e del loro radicamento sociale (basti pensare al gioco del calcio), mobilitano interessi rilevanti, principalmente economici, l'ordinamento positivo può arrivare a decidere che una tutela adeguata di detti interessi debba esprimersi attraverso la definizione delle stesse regole di quel gioco.

Come si nota, dunque, anche la produzione delle regole dei giochi si dà *in funzione* di interessi che sono tipicamente oggetto del diritto e che sono comunque *occasionati* dalla diffusione di quei determinati giochi nella comunità umana in cui il diritto si innesta.

4. Il diritto prodotto attraverso un gioco

4.1. Precisazione dell'ipotesi

Sub 1, ho messo in evidenza alcune caratteristiche distintive tra esperienza ludica ed esperienza giuridica. *Sub 2*, ho mostrato come tali differenze illuminino il rapporto che intercorre tra diritto e giochi, quando l'ordinamento positivo interviene a occuparsi di (alcuni) sistemi ludici. Ciò (i) sia che si tratti di interventi con cui il diritto proibisce o autorizza determinati giochi diffusi nel contesto sociale; (ii) sia che si tratti di interventi volti a regolare aspetti "di contorno" rispetto ai giochi, mediante una sovrastruttura di istituti e norme; (iii) sia che si tratti di interventi volti a definire lo stesso sistema di regole costitutive dei giochi.

In tutti questi casi, come visto, il diritto si occupa dei giochi (anche quando li inventa) solo nella misura in cui si tratta di pratiche ludiche radicate e diffuse nella comunità umana in cui esso si innesta, e in relazione ai quali si pongono interessi tipici della vita quotidiana (si tratta

generalmente di interessi patrimoniali, o di altri valori che, in un certo momento storico, l'ordinamento positivo ritiene meritevoli di tutela). Pertanto, in tali casi, il diritto non tocca il senso ultimo dell'attività ludica, che resta pur sempre espressione dell'esperienza ludica (così come intesa nella comunità umana in cui detto quel positivo si innesta): il gioco, insomma, anche quando è un "gioco giuridico", conserva comunque il suo senso di gioco.

Ci si può domandare, ora, se sia invece possibile concepire un gioco che muti il suo senso ludico per acquisire senso giuridico: si tratterebbe di immaginare un contesto in cui un ordinamento giuridico si strutturi e si costruisca attorno (e per mezzo) di un sistema ludico; un tale sistema ludico dovrebbe, quindi, essere impiegato per produrre norme giuridiche, o altri istituti.

Per comprendere meglio l'ipotesi che propongo, si può fare ricorso agli elementi costitutivi e distintivi dell'esperienza ludica rispetto a quella giuridica (messi in evidenza *sub* 1), nonché alla distinzione tra il livello del sistema di regole costitutive di una pratica istituzionale e il livello dell'esperienza culturale più generale, entro cui la pratica istituzionale si iscrive (e dalla quale trae il suo senso ludico o giuridico – *sub* 2.3).

In tale prospettiva, l'ipotesi alla quale qui faccio riferimento, quindi, è quella in cui un sistema di regole costitutive di un certo gioco possa perdere il proprio senso di gioco, e acquistare un senso giuridico. In linea teorica, ciò può avvenire quando le forme, la struttura tipica di un certo tipo di gioco, sia utilizzata non in funzione di una (o più) di quelle pulsioni profonde per le quali quel tipo di gioco è stato costruito (*agon, alea, mimicry, ilinx*); ma è utilizzata in funzione di (preesistenti) interessi della vita, quotidiana e concreta, alla cui cura sono ordinariamente orientati i sistemi giuridici⁵⁴.

Si tratta, insomma, di immaginare un caso speculare a quello in cui il diritto positivo regola i vari giochi, intesi propriamente quali attività (istituzionali) aventi senso ludico: il caso di un sistema ludico impiegato con senso giuridico, in quanto orientato a promuovere/tutelare interessi

⁵⁴ Nulla a che vedere con tale ipotesi, quindi, ha il fenomeno della c.d. *gamification*, che consiste nell'introdurre elementi tratti dai videogiochi in contesti non ludici (ad esempio, nel lavoro, nella scuola, in campo militare, ecc.), «al fine di acquisire, attraverso il gioco, corrette abitudini, consolidare buone prassi, evitando così il ricorso a meccanismi sanzionatori o disciplinari che possono correggere comportamenti giuridicamente non adeguati» (D. ROGGIU, *L'accordo totale: il sogno segreto della governance e i processi di gamification nell'ambiente di lavoro*, in *Rivista di filosofia del diritto*, X, 1/2021, 53-54).

storicamente determinati, propri della vita quotidiana di una certa comunità umana che si dota di quel sistema.

4.2. *Un caso: La loteria en Babilonia*

Non ho trovato, nella vita reale, esempi di tale situazione⁵⁵. Ho trovato però (almeno) un esempio “letterario”, nel celebre racconto di Jorge Luis Borges, *La loteria en Babilonia* (1941), da cui è tratto il motto del presente lavoro.

Il racconto di Borges è molto noto, e anche molto citato dai giuristi (almeno in Italia) con le più disparate finalità euristiche⁵⁶. A me pare, invece, che la Lotteria di cui parla Borges sia qualcosa per certi versi molto simile all’esperimento mentale proposto da Schwyzer, con questa differenza: mentre Schwyzer immagina un gioco, gli scacchi, che, in una certa comunità umana, assume non senso ludico, ma senso di rito religioso, Borges immagina un gioco, la lotteria appunto, che, in altra comunità umana, assume senso giuridico.

Anzi, a me pare che il fascino del meccanismo narrativo proposto da Borges risieda proprio in tale aspetto peculiare: la storia raccontata dall’anonimo protagonista è una sorta di storia del diritto di una comunità immaginaria (la comunità di Babilonia), che è connotata dalla graduale evoluzione del gioco della lotteria che, da normale gioco d’azzardo (incentrato su quella pulsione che Caillois chiama *alea*), lentamente assume un senso *giuridico* e diviene l’ossatura portante di un sofisticato

⁵⁵ Per l’indagine di un fenomeno, forse, di confine, sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Ordinamenti normativi e vita di collegio*, in *Quaderni borromaici*, 2016, 85-100.

⁵⁶ A mero titolo di esempio, in modo del tutto rapsodico e senza alcuna pretesa di completezza, mi limito a rinviare ai seguenti lavori dottrinali (relativamente recenti) che, in Italia, hanno preso a riferimento il racconto di Borges, ad esempio, al fine di (i) esemplificare una concezione nichilista del diritto penale: C.E. PALIERO, *La giustizia indifferente. Etica e caso nel Kubric “criminalista”*, in *Criminalia*, 2014, in particolare 74, 84; (ii) chiarire il funzionamento, sotto il profilo della sua governance, del sistema connesso con l’uso di criptovalute: E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, 752-753; (iii) mettere in evidenza i limiti e le ambiguità insite nella categoria dell’abnormità, costruita dalla dogmatica penalistica: E.M. CATALANO, *L’abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, in *L’indice penale*, 1/2016, 115; (iv) approfondire il dibattito, tra costituzionalisti, del ricorso alla sorte nei meccanismi di nomina in sistemi democratici: P. COSTA, *La democrazia e la sorte. Appunti giuridici intorno a un dibattito in corso*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, 199-219; (v) riflettere sulla tutela amministrativa del diritto alla salute, rispetto al gioco d’azzardo: M. LIPARI, *Op. cit.*

ordinamento giuridico, che – attraverso le dinamiche proprie di tale gioco – interviene a risolvere i vari aspetti, e i sottesi conflitti di interesse, propri della vita quotidiana degli uomini appartenenti a quella comunità.

In estrema sintesi, la lotteria a Babilonia, spiega l'anonimo narratore del racconto borgesiano, nasce come «un gioco plebeo» come lo conosciamo tutti (si «distribuivano in cambio di monete di rame, rettangoli d'osso o di pergamena ornati di simboli. Il sorteggio si faceva di giorno: i favoriti ricevevano, senz'altra convalida del caso, delle monete d'argento coniate»⁵⁷). Ma tali lotterie falliscono ben presto e, per rinnovarne il vigore, si compie una prima svolta, quella di introdurre elementi avversi che, dapprima si risolvono in ammende pecuniarie, ma poi sono sostituite da elementi non patrimoniali.

Ma il vero passaggio cruciale, evidenzia Borges, si realizza nel momento in cui anche le classi diverse dalle élites (ossia il popolo), dopo lotte politiche e sommosse civili, ottengono il diritto di partecipare alla lotteria: così, da un lato, il popolo «ottenne il trasferimento alla Compagna [l'ente gestore della lotteria] di tutti i poteri pubblici (Questa unificazione era necessaria, data la vastità e complessità delle nuove operazioni). In secondo luogo, ottenne che la lotteria fosse segreta, gratuita e universale»⁵⁸.

È appena il caso qui di evidenziare che la lotteria perde così il carattere della libertà, di aderire o meno al gioco (cfr. *sub* 1.1, lett. A), tipica dell'esperienza ludica, per acquisire il carattere della coattività (*sub* 1.2, lett. A1), propria dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, l'assetto delle relazioni giuridiche che discenda da tale riforma finisce per ruotare attorno (i) ai complessi sorteggi della lotteria, i quali entrano a occuparsi degli *aspetti della vita quotidiana* dei Babilonesi⁵⁹, nonché (ii) all'incessante attività amministrativa della Compagna, necessaria alla gestione e applicazione dei medesimi sorteggi. In particolare, un aspetto qualificante dei sorteggi è la complessa concatenazione che in essi si dipana e che condiziona l'esecuzione di ciò che stabilisce la precedente giocata, così che «nessuna decisione è finale, tutte si ramificano in altre»⁶⁰.

⁵⁷ J.L. BORGES, *Finzioni*, Torino, Einaudi, 1977 (1956), 56.

⁵⁸ Ivi, 58.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*: «Una giocata fortunata poteva bastare per entrare nel concilio dei maghi, o per mandare in prigione un nemico (notorio o intimo), o per incontrare, nella calma oscurità della propria stanza, la donna che comincia a inquietarci e che speriamo di rivedere; una giocata avversa, invece, poteva significare una mutilazione, l'infamia, la morte».

⁶⁰ Ivi, 60: «Immaginiamo un primo sorteggio, che detti la morte di un uomo. Per l'esecuzione, si procede a un altro sorteggio, che proporrà – diciamo – nove esecutori

Avviene quindi che la lotteria perde i caratteri, propri di ogni esperienza ludica, di separatezza dei giochi e di fittizietà del mondo che nel gioco si costruisce (*sub* 1.1, lett. Γ e Δ); essa acquisisce invece i caratteri, propri dell'esperienza giuridica, dell'immanenza del gioco nella realtà e della non-fittizietà degli interessi che attraverso il suo funzionamento sono tutelati/promossi a discapito di altri (*sub* 1.2, lett. $\Gamma 1$ e $\Delta 1$). Ecco che, quindi, la lotteria diviene «un'istituzione che altre repubbliche ignorano»: essa «è parte principale della realtà», della realtà quotidiana, della vita di tutti i giorni dei Babilonesi. La lotteria perde così il suo senso di gioco e acquista senso giuridico.

Infine, una tale trasformazione del sistema normativo della lotteria, da gioco a ordinamento giuridico, ha anche una conseguenza notevole di tipo sociologico, che esemplifica quelle disfunzioni sociali di cui parla Caillois, allorché una delle pulsioni che stanno a base dei giochi, esce da quel mondo, separato e fittizio, per entrare nel mondo reale della vita quotidiana (*sub* 1.3). Avviene, infatti, che i costumi dei Babilonesi finiscono per essere «saturi di caso. L'acquirente di una dozzina di anfore di vino damasceno non si meraviglia se una di esse contiene un talismano o una vipera; lo scrivano che redige un contratto non lascia quasi mai di introdurre qualche dato erroneo; io stesso, in questa frettolosa esposizione, ho falsato qualche splendore, qualche atrocità»⁶¹.

Come si nota, il racconto di Borges, e il suo fascino paradossale, sono facilmente spiegabili alla luce delle considerazioni sopra svolte, sulla differenza tra esperienza ludica ed esperienza giuridica, nonché sull'autonomia e priorità logica che i giochi conservano quando sono regolati dal diritto. Ne *La lotteria en Babilonia*, infatti, la struttura di un gioco è invertita rispetto all'esperienza ludica (generale) della quale essa dovrebbe costituire concreta attuazione: essa è impiegata (e sviluppata) al fine di occuparsi di questioni di cui si occupa normalmente il diritto⁶².

possibili. Di questi esecutori, quattro potranno passare a un terzo sorteggio che dirà il nome del carnefice, due potranno sostituire all'ordine avverso un ordine felice (diciamo, la scoperta d'un tesoro), un altro potrà rendere la morte più acerba [...] altri potranno rifiutarsi di darla... Tale è lo schema simbolico».

⁶¹ Ivi, 61.

⁶² Gli aspetti paradossali del racconto sono anche connessi al fatto che il gioco scelto da Borges si basa sull'elemento *alea*. In realtà, il paradosso si sarebbe determinato anche qualora fosse stato scelto un gioco incentrato su uno degli altri elementi indicati da Caillois (*agon*, *mimicry*, *ilinx*), anche se, in tal caso, l'azione narrativa sarebbe stata probabilmente più macchinosa e meno felice.

In altri termini, la lotteria si trasforma in un ordinamento giuridico, ma è un ordinamento che si basa su una struttura nata in un contesto culturale differente: il contesto dell'esperienza ludica e delle pulsioni profonde che lo connotano. Tale contesto culturale è connotato da elementi che lo differenziano fortemente da quello giuridico, che, come visto, è orientato alle problematiche della vita quotidiana, agli interessi che emergono storicamente in un certo ambiente sociale, mentre il gioco realizza un momento di astrazione, una pausa, dalla vita quotidiana⁶³.

Il racconto di Borges, in particolare le dinamiche paradossali e distopiche di cui tratta, mostra quindi che tali differenze (tra esperienza ludica ed esperienza giuridica) costituiscono un serio ostacolo a impiegare la struttura di un gioco per produrre diritto. Si mostra così, ancora una volta anche se con altra veste, l'insidia della metafora del diritto quale gioco.

⁶³ Tali elementi di differenza, invece, consentono a mio avviso di comprendere perché è possibile che una certa pratica istituzionale avente senso non-ludico, a un certo punto possa "degradare" a gioco. Si pensi, a mero titolo di esempio, al noto gioco del mondo (o campana), il quale dovrebbe essere vestigia di un antico rito religioso. A ben vedere, poiché il gioco apre una dimensione astratta dalla vita reale, esso può arricchirsi senza problemi di ogni contenuto, mutuato da ogni tipo di pratica istituzionale; ciò non pone problema al funzionamento del gioco, purché esso si arricchisca di quelle dinamiche che consentono di realizzare almeno una delle quattro pulsioni fondamentali che lo giustificano.