

GIUGNO 2020

d
&q

XX. 2020/1

diritto & questioni pubbliche

CAPACITÀ
DI AGIRE E
VULNERABILITÀ

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università di Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

Redazione

Marco Brigaglia (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Francesca Ciulla, Arianna Colonna, Miguel Fernández Núñez, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO

Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano (Università di Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università Cattolica di Milano) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzaresse (Università di Brescia) – Claudio Michelin (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolesi (Università Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università di Cagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2020, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoeququestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

Double-Blind Peer Review

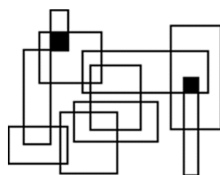
Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Pubblicato con il contributo del PRIN 2017 *The Dark Side of Law. When Discrimination, Exclusion and Oppression Are by Law* – CUP B74I19001490005 – Resp. Sc. Prof. A. Schiavello – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

Tutti i diritti riservati

CAPACITÀ DI AGIRE E VULNERABILITÀ



Diritto & Questioni Pubbliche
XX 2020/1 (giugno)

MONOGRAFICA

Capacità di agire e vulnerabilità

Una prospettiva interdisciplinare

a cura di BALDASSARE PASTORE

Capacità di agire e vulnerabilità. Una prospettiva interdisciplinare *Presentazione*

BALDASSARE PASTORE

I saggi qui di seguito pubblicati, che trovano origine nelle relazioni presentate all'Incontro di Studio sul tema "Capacità di agire e vulnerabilità. Una prospettiva interdisciplinare", svoltosi il 10 aprile 2019 presso l'Università degli Studi di Ferrara, nell'abito del Progetto Prin 2015 "Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione", offrono una panoramica plurale su un tema complesso, nella direzione del ripensamento di alcune categorie fondamentali del lessico giuridico con riguardo ad una serie di questioni attinenti alla tutela dei soggetti vulnerabili.

Tra i mutamenti intervenuti da qualche tempo nella cultura giuridica, quello relativo al concetto di capacità di agire è senza dubbio uno dei più rilevanti.

"Capacità di agire" – come è ben noto – è formula che indica l'idoneità del soggetto a svolgere attività relative ai propri interessi e consiste nella possibilità di acquisire ed esercitare diritti, nonché di assumere e adempiere obblighi. Così, mentre la capacità giuridica attiene alla titolarità di situazioni giuridiche, la capacità di agire concerne il porre in essere atti e negozi giuridici che toccano la sfera personale. Si tratta di categorie la cui elaborazione dottrinale è antica e consolidata, ma che, a seguito delle trasformazioni in corso nelle nostre società, subiscono lo scuotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico. Diversi sono i fattori che impongono un'opera di rimeditazione.

La nozione di capacità tende a coincidere con la soggettività giuridica in quanto concetto riasuntivo della condizione generale della persona. Tuttavia, di fronte alla frammentazione e moltiplicazione dei soggetti di diritto in identità variegata, si assiste alla messa in discussione della soggettività astratta e indifferenziata. L'immagine del soggetto autonomo, razionale, indipendente e autosufficiente, proprio della modernità giuridica, è sotto accusa. La narrazione giuridica ottocentesca e primo-novecentesca con i suoi dogmi unificanti (tra i quali rientra quello relativo alla unicità del soggetto) appare superata. La molteplicità diviene la cifra dominante dello scenario contemporaneo.

La proliferazione dei soggetti che abitano la società implica una riconformazione della stessa nozione di eguaglianza giuridica, altro concetto cardine della modernità giuridica. Si tratta di un parametro ordinamentale che si riflette sui soggetti e riguarda il possesso, da parte degli individui, della proprietà comune consistente nell'aver titolo a, o nel ricevere, lo stesso trattamento sulla base di una norma giuridica. L'eguaglianza, così, è intesa in senso formale e si propone, insieme, come presupposto e obiettivo di una legge generale e astratta, che si rivolge ad un individuo unico e astratto.

La crisi dell'omogeneità astratta del soggetto di diritto, però, conduce a revocare in dubbio l'idea di un'eguaglianza che assume come irrilevanti e non significative le diversità. Di fronte alle differenze e alle plurali condizioni esistenziali degli individui, l'eguaglianza è riconsiderata nella direzione di uno spostamento dal campo degli effetti formali della regolazione giuridica al contenuto delle disposizioni normative, prestando attenzione ai dispositivi mediante i quali essa viene assicurata, perseguita, realizzata. Nel principio di eguaglianza così riconfigurato, pertanto, trovano fondamento le misure giuridiche di tutela – volte a ridurre, e in linea di tendenza ad eliminare, l'impatto negativo di certe differenze, imputabili alla discriminazione o all'oppressione; a passate ingiuste distribuzioni di beni, risorse, diritti; a svantaggi o inabilità naturali e/o

acquisiti – e quelle di promozione, emanate sul presupposto del valore positivo di altre differenze, connesse alle specificità esistenziali, tendenti a garantire agli individui le opportunità di vita.

Tale principio, così, muove dal presupposto dell'esistenza di situazioni che, laddove operino come fattori discriminanti ed oppressivi, produttivi di ineguaglianze e in generale di vulnerazioni, sono da superare attraverso interventi di segno riequilibratore, ma anche emancipatorio. Quando, invece, si tratta dei connotati specifici delle persone, l'eguaglianza impone la predisposizione di misure volte a proteggere, e ad attuare, le loro spettanze e aspettative.

Nei territori della soggettività si inseriscono individui (e gruppi di individui) che ne erano esclusi. Essi vengono ora considerati in ragione delle loro peculiarità, della loro collocazione in contesti vitali e in situazioni particolari. La soggettività si misura sulla concretezza delle condizioni materiali dell'esistenza. Lo sguardo si dirige verso la condizione di vulnerabilità propria degli esseri umani, espressione della finitezza, della fragilità, della dipendenza relazionale.

Nella nozione di vulnerabilità, invero, sono compresenti, oltre ad una dimensione esistenziale (ontologica), una dimensione situazionale, variabile in quanto legata ai momenti della vita, e una dimensione patogena, che rinvia ai casi derivanti da discriminazione, esclusione sociale, oppressione, pregiudizi e abusi nei rapporti intersoggettivi. Assumono consistenza le circostanze, le fasi, gli stadi che caratterizzano l'esistenza umana e questa ricca tipologia dell'umano penetra nella regolamentazione giuridica. Al diritto si chiede di governare la molteplicità dei rapporti e delle relazioni guardando alle persone vulnerabili, la cui autonomia, dignità e integrità possono essere minacciate, implicando interventi di protezione affinché sia assicurata la promozione della loro *agency*.

Il riconoscimento della capacità di agire, momento indispensabile per garantire la parità dei soggetti con riguardo all'esercizio dei loro diritti, implica che si tenga conto delle peculiari condizioni materiali e sociali che possono, di fatto, ostacolarlo. L'attenzione si sposta sull'esserci della persona nel concreto delle situazioni giuridiche, in relazione all'insieme delle sue esigenze. La stessa capacità giuridica, in quanto formale attitudine alla titolarità e all'imputazione di tali situazioni, va funzionalizzata al soddisfacimento dei bisogni delle persone "situate".

Sulla complessità delle situazioni di vulnerabilità, che richiedono una protezione attenta alle specificità delle condizioni e dei bisogni esistenziali, e sul contributo che il diritto può dare per i soggetti con ridotta autonomia, riconsiderando la categoria dei c.d. atti personalissimi, anche in relazione all'introduzione nel codice civile italiano dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, si sofferma Dianora Poletti. Sul collegamento tra le rappresentazioni della vulnerabilità, le forme di protezione dei soggetti vulnerabili e la rilettura dei concetti filosofici e giuridici di capacità e di soggettività riflette Cristina Costantini, facendo ricorso alle potenzialità epistemologiche offerte dalla comparazione.

In merito alla questione della capacità, viene in evidenza la necessità di ripensare la polarità netta tra il momento dell'attribuzione e il momento dell'esercizio, nonché la separazione tra il profilo *statico* della personalità, che la capacità giuridica designa, e il carattere *dinamico* proprio della capacità di agire, in quanto aspetti interconnessi della soggettività di diritto.

Uno stimolo proficuo, in questa direzione, è fornito dal riferimento alla nozione di "capacità legale universale", accolta nella *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità* del 2006 (invero uno dei tentativi più importanti di positivizzazione di una dimensione della vulnerabilità), che, all'art. 12, si riferisce all'eguale riconoscimento per le persone disabili, in tutti gli aspetti della vita, della capacità giuridica (da intendere come unione di *legal standing* e *legal agency*) e prescrive che siano prese appropriate misure per permettere l'accesso, da parte di tali persone, al sostegno da esse richiesto per l'esercizio della propria capacità giuridica, assicurando quelle idonee a fornire efficaci salvaguardie per prevenire abusi, nel rispetto dei diritti, della volontà e delle preferenze della persona.

Sulla ricostruzione dei principali elementi riguardanti tale nozione, a livello teorico generale, in collegamento con le tradizionali elaborazioni dogmatiche, e in sede di implementazione, prestando attenzione allo strumentario tecnico-giuridico utilizzabile, si concentra il contributo di Maria Giu-

lia Bernardini (che trae spunto dalle relazioni svolte nell'Incontro ferrarese). Alla verifica della compatibilità dell'approccio alla disabilità del legislatore penale italiano con gli orientamenti assunti dalla *Convenzione*, centrati sul paradigma della "capacità legale universale", è diretto il saggio di Giandomenico Dodaro. La questione è affrontata prendendo in considerazione la persona con disabilità sia come persona offesa dal reato sia come reo. Ciò attiene ai diversi piani riguardanti la configurazione dei presupposti oggettivi e soggettivi della responsabilità penale, che rilevano sull'inquadramento teorico dell'imputabilità in relazione alle diverse categorie della capacità.

In generale, l'importanza del riferimento alla "capacità legale universale" va colta nel rinvio ad una concezione graduale, che supera tendenzialmente la logica dicotomica della contrapposizione capacità e incapacità, riconoscendo la articolazione differenziata e contestualmente caratterizzata della stessa capacità. Tutto ciò ricade sulla raffigurazione del diritto come sistema di garanzie, finalizzato alla protezione di beni, situazioni e posizioni diversificate, e implica una ridefinizione di importanti categorie concettuali, con il conseguente impegno degli interpreti, nell'ottica del rispetto della dignità umana, a partire dalle coordinate non superabili della vulnerabilità esistenziale.

VULNERABILITÀ E ATTI PERSONALISSIMI

DIANORA **POLETTI**



Vulnerabilità e atti personalissimi

Vulnerability and Very Personal Acts

DIANORA POLETTI

Professore ordinario di diritto privato, Università degli Studi di Pisa.

E-mail: dianora.poletti@unipi.it

ABSTRACT

La mutata visione della condizione di limitata autonomia delle persone, il cui frutto più emblematico è stata l'introduzione nel codice civile dell'amministrazione di sostegno, ha imposto la necessaria riconsiderazione della categoria dei c.d. atti personalissimi. Questi sono al centro di un intenso dibattito dottrinale e di provvedimenti assunti dai giudici tutelari che tracciano con difficoltà i confini tra ciò che il beneficiario può compiere da solo, ciò che può compiere insieme con il suo amministratore e ciò che l'amministratore di sostegno può compiere, da solo, in sostituzione del beneficiario.

The new vision of people with limited autonomy, whose most emblematic effect was the introduction of the "amministrazione di sostegno" (supporting administration) into the civil code, calls for a reconsideration of the category of the so-called "atti personalissimi" (very personal acts). These are both the focal point of a deep doctrinal reflection and are subject of measures adopted by tutelary judges, in a difficult attempt to mark the boundaries between what the vulnerable persons can do on their own, what they can do together with the administrator, and what the administrators can do on their own, replacing the persons.

KEYWORDS

incapacità, autodeterminazione, consenso, amministrazione di sostegno, atti personalissimi

incapacity, self-determination, consent, supporting administration, very personal acts

Vulnerabilità e atti personalissimi

DIANORA POLETTI

1. Premessa – 2. Incapacità, disabilità, vulnerabilità – 3. I c.d. atti personalissimi e la nuova dimensione dell'incapacità – 4. Il (comprensibile) smarrimento della giurisprudenza – 5. Consenso al trattamento sanitario di minori e incapaci – 6. Segue. Il contrasto di volontà tra beneficiario e amministratore di sostegno – 7. Un tentativo di sintesi – 8. Fatiche dell'interprete e approcci "eclettici".

1. Premessa

Il titolo dell'incontro di studi dal quale questo scritto ha preso le mosse, che accosta la capacità di agire e la vulnerabilità, scolpisce con immediatezza la complessità e la multiformità del retroterra di indagine. All'interno di esso si può provare a formulare qualche riflessione sul compimento dei c.d. atti personalissimi, ossia di quegli atti che implicano una determinazione e una decisione ritenuta insurrogabile, perché rappresentano la più genuina espressione della volizione del loro autore.

Più di una ragione ha sospinto verso la scelta di questa angolatura: tra queste, la tendenza della giurisprudenza ad erodere il postulato dell'impossibilità di compimento degli atti personalissimi da parte di chi si trovi situazioni di limitata capacità e la presenza, nel recente panorama normativo, di una legislazione speciale che, soprattutto di fronte a "scelte tragiche" (dall'assoggettamento a trattamenti sanitari fino alle cure palliative e alle disposizioni anticipate di trattamento) si muove lungo crinali diversi dal passato e ben più mobili.

Il giurista positivista compirebbe subito un'opera di puntualizzazione dell'uso delle definizioni, rinvenendo nell'espressione "atti personalissimi" il tentativo di ricomporre e di ridurre ad unità una serie di previsioni testuali che, direttamente o indirettamente, escludono il meccanismo della sostituzione e, dunque, il ricorso alla rappresentanza legale o volontaria. Si tratta più propriamente di una schiera di atti con i quali si esprime la autodeterminazione di natura esistenziale del loro autore, che riguardano la gestione di rapporti di carattere strettamente personale o di diritto familiare o anche il compimento di attività con risvolti patrimoniali che però, per la loro stretta aderenza alla personalità dell'agente, costituisce espressione di scelte libere e insopprimibili della persona¹. L'elevato portato personalistico degli atti (ben effigiato dal superlativo usato per la loro definizione) e l'esigenza di garantire la libertà di autodecisione del suo autore sono parsi incompatibili con interventi sostitutivi o integrativi ad opera di terzi.

Per parte sua, la parola vulnerabilità, che la Convenzione di Barcellona del 1998 ha elevato a principio condiviso in ambito bioetico, biomedico e biotecnologico², penetra con sempre maggiore frequenza nel linguaggio giuridico³. Se nel diritto pubblico è intesa dal legislatore in genere

¹ Gli atti personalissimi si desumono notoriamente da norme che ne vietano il compimento da parte di terzi, come è – nel tessuto del codice civile – per il matrimonio (art. 85), il riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio (art. 266), il testamento (art. 591), la donazione (art. 774), la confessione (art. 2731), il giuramento (art. 2737). Ma si deve pensare anche alla proposizione di certe azioni giudiziarie, per le quali non sia espressamente previsto il potere sostitutivo del rappresentante (come ad esempio la domanda di separazione e quella di divorzio). Un capitolo a parte in questo quadro è quello del consenso alle cure mediche, di cui si dirà.

² Lo ricorda BUSNELLI 2017, 241, secondo il quale l'idea della vulnerabilità (che secondo Warren Reich (REICH 2002, 24) «potrebbe diventare l'idea più significativa per la bioetica del futuro») impone di recuperare, come necessaria premessa, il principio fondamentale della dignità umana.

³ Per un'opportuna analisi delle connessioni che il concetto genera tra le sfere dell'etica, della politica, del diritto, dell'economia cfr. GIOLO, PASTORE 2018.

come attributo di un soggetto destinatario di erogazioni e sostegni, anche tramite l'impegno degli enti del Terzo Settore, là dove le risorse generali non lo permettano, nel diritto privato di nuova impronta il termine è però utilizzato dal legislatore solo nel momento in cui il soggetto vulnerabile compie un atto tutt'altro che personalissimo, ossia un atto di acquisto, come comprova il riferimento alle «categorie di consumatori maggiormente vulnerabili» dell'art. 4 del codice del consumo, dedicato all'educazione dei consumatori.

In prospettiva più generale, il termine si accosta a (se non ricomprende) un altro concetto – quello di disabilità – a sua volta di difficile definizione, che, per il suo riferirsi ad una realtà complessa e poliedrica, è anch'esso investito da un significativo mutamento. La logica con la quale si guarda alla disabilità non è infatti da tempo più quella medica – posta alla base di una legge pur con una forte vocazione costituzionalistica, che costituisce un importante momento della storia autoctona della considerazione della disabilità (il riferimento, intuibile, è alla legge n. 104 del 1992) – ma sociale. La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, anche in conseguenza dei contenuti della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ha superato l'approccio legato al concetto di salute come espresso nella nota definizione dell'OMS, nel quale la disabilità rimane comunque un problema individuale della persona che manifesta una limitazione o un *deficit*, per accogliere un concetto di disabilità cui meglio si attaglia l'accezione di vulnerabilità, proiettandolo in una dimensione non più individualistica ma collettiva e relazionale, che pone in evidenza il problema della inclusione delle persone disabili all'interno della società o di determinati gruppi sociali⁴.

Il giurista sensibile ma rigoroso è perfettamente consapevole che il tema da affrontare è oltremodo delicato, ma che lo stesso deve essere indagato rifuggendo sia da atteggiamenti retorici sia da pulsioni sociologiche, con l'intento di ricondurlo ad un discorso sistematicamente convincente, magari anche recuperando dal vecchio ordine l'apparato concettuale e il metodo necessari alla sistemazione del nuovo disordine.

2. Incapacità, disabilità, vulnerabilità

Passare dalla nozione di capacità e dal suo contrario alla nozione di vulnerabilità (che non a caso non ha contrari) significa uscire dai confini di binari ben individuabili e da tradizionali certezze: il binomio sano/malato, l'alternativa capacità/incapacità di agire, la possibilità/impossibilità di compimento di un atto giuridicamente rilevante a mezzo di altri. In forza di queste tradizionali certezze gli atti personalissimi non potevano che essere vietati all'incapace e al suo rappresentante, generandosi per essi la seguente situazione: al soggetto privo di capacità di agire era inibito il compimento di atti personalissimi, proprio a causa della sua situazione di menomata capacità ma, al contempo, era impedita anche la possibilità di attribuirne ad altri la realizzazione, proprio in quanto atti personalissimi. La prospettata inammissibilità di compimento di taluni atti equivale(va) alla sostanziale rimozione della titolarità delle corrispondenti situazioni giuridiche soggettive: in definitiva, secondo un'impostazione generalmente condivisa, all'area occupata da questi atti corrispondevano zone di incapacità giuridica del soggetto interessato.

Muovere dalla accezione di capacità e dal suo opposto per approdare alla accezione di vulnerabilità significa – lo si intende ribadire – entrare nella contrapposizione tra due paradigmi profondamente differenti propri del diritto delle persone e anche all'interno di una tensione tuttora irrisolta tra essi, che rivela appieno la sua complessità in talune tribolate scelte normative (per tutte, quelle travasate nella legge n. 219 del 2017).

⁴ BUSATTA 2016, 336. Per un esame dell'indefinito concetto di vulnerabilità nelle sentenze della CEDU: DICIOTTI 2018, 13.

Il nuovo impianto è emerso con decisione sia nelle riforme in materia di filiazione (per ciò che attiene al cresciuto rilievo assegnato all'autodeterminazione del soggetto minore di età) sia, in precedenza, nella logica sottesa all'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Finalmente il codice civile (nel quale la parola disabilità compare per la prima volta nell'art. 2645-ter dedicato agli atti di destinazione) accoglie l'uomo in carne ed ossa, con i suoi desideri, le sue aspirazioni, i suoi bisogni, la sua capacità di discernere in giovane o in giovanissima età, così accostandosi al disegno costituzionale. Questo annovera una grande quantità di norme che considerano le variabili della disabilità, o meglio della vulnerabilità, spesso unite, a tratteggiare vulnerabilità aggravate, a situazioni di difficoltà economica: i malati e, tra questi, i malati indigenti (art. 32 comma 1° Cost.), gli inabili al lavoro e, tra questi, quelli sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, i lavoratori infortunati, invalidi, vecchi, malati, disoccupati (art. 38 Cost.), i detenuti (artt. 13 e 27 Cost.), gli stranieri impediti nell'esercizio delle libertà democratiche (art. 10 Cost.). Siamo ben oltre la logica che costringe il soggetto fragile o vulnerabile in una intrinseca e ineliminabile situazione di inferiorità. Siamo anche oltre il linguaggio burocraticamente giuridico: la Costituzione non ha timore di parlare con chiarezza di povertà, di indigenza, di bisogno, di esistenza (che, per il lavoratore, l'art. 36 qualifica come "libera e dignitosa"). Solo molti anni dopo questo linguaggio intriso di umanità, riferito dapprima al figlio (nel rapporto con la potestà genitoriale, che non a caso diventa responsabilità) poi alla persona priva in tutto o in parte di autonomia, con la rivoluzione dell'amministrazione di sostegno, penetrerà anche nel tessuto codicistico e, dunque, nella sede più prestigiosa, per così dire, del diritto generale.

Si allontana in questo modo, meglio, si cancella la scelta escludente, che relegava gli incapaci in una cella fortemente protezionistica ma scarsamente personalistica e, in una dimensione tutta flessibile, da costruire attorno alla persona, si muove verso il recupero delle residue o delle inesprese capacità e potenzialità dell'interessato.

In precedenza era stata la tipologia dei c.d. atti della vita quotidiana, ricostruita soprattutto dalla dottrina anche se mai compiutamente da questa teorizzata, a consentire di costruire un'area nella quale si muove liberamente e compie atti validi un soggetto per il codice civile incapace per definizione (il minore di età). La valorizzazione della vita materiale ha contribuito ad infrangere la nozione monolitica di incapacità, salvando dall'invalidità (nella forma dell'annullabilità ad essi riservata) atti di scarsa rilevanza economica. Questi atti sono oggi riservati espressamente al beneficiario dell'amministrazione di sostegno (e, dunque, agli adulti non in grado di provvedere autonomamente ai loro interessi) dall'art. 409 comma 2° c.c., che conserva "in ogni caso" la loro capacità di compimento anche di fronte al potere limitativo della capacità assegnato al giudice. A compensare l'esplicito riconoscimento normativo solo per una categoria di incapaci sta l'esplicito riconoscimento degli atti destinati a soddisfare le esigenze della vita quotidiana⁵. Anche alla luce di questo processo, per i soggetti per i quali questi atti sono stati concepiti si rende sempre meno repentino quel passaggio dalla minore alla maggiore età che, pur mantenendo un rilievo formale, è ormai svuotato di gran parte della sua sostanza.

Si aggrava in questo contesto il ruolo dell'interprete, che se un tempo non doveva compiere grandi sforzi per distinguere ciò che era fuori o ciò che era dentro il recinto dell'incapacità, oggi fatica sempre più a tracciare la linea di confine tra ciò che può definirsi normalità e ciò che appartiene alla vulnerabilità. In questa operazione soprattutto il giudice ha sempre più necessità di competenze altre da sé, a maggior ragione adesso che la regola di protezione da definire per il soggetto vulnerabile ha abbandonato la sua declamata astrattezza per adattarsi alle peculiarità del singolo rapporto oggetto di considerazione.

Sul piano sistematico, sono stati ormai travolti tutti gli schemi tradizionali propri del diritto

⁵ Nell'area medico-sanitaria si dovrebbero prospettare atti quali il prelievo ematico, l'acquisto di medicinali, la richiesta di prescrizioni farmaceutiche, il ritiro di analisi e referti, per i quali andrebbe esclusa la necessità di una sostituzione del diretto interessato: per questi esempi, e anche per una apprezzabile ricostruzione della categoria degli atti della vita quotidiana, cfr. PALMERINI 2017, 95.

dell'incapacità: la distinzione tra atto di ordinaria e atto di straordinaria amministrazione, il netto confine tra la tutela e la curatela, che non rileva più nella disciplina dell'amministratore di sostegno, tanto che questi può indifferentemente svolgere funzioni di "rappresentanza esclusiva" o di "assistenza necessaria", ma anche il legame, sempre ritenuto imprescindibile, tra interdizione giudiziale e incapacità assoluta di agire, da un lato e, dall'altro lato, tra inabilitazione e capacità relativa di agire, visto il tenore dell'art. 427 comma 1° c.c.⁶.

3. *I c.d. atti personalissimi e la nuova dimensione dell'incapacità*

La duttilità e la proporzionalità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno⁷ e il peso assegnato all'autodeterminazione del soggetto ad esso sottoposto rivoluziona inevitabilmente la materia degli atti personalissimi, che cominciano ad allontanarsi dall'effetto della impossibilità di compimento e impongono di rivedere certe conclusioni tralattizie intorno alla inammissibilità, per essi, di forme di rappresentanza necessaria, di sostituzione, di integrazione.

Questo è del tutto comprensibile: se lo scopo della normativa aggiunta al codice è il recupero delle potenzialità residue e inesprese, e dunque la valorizzazione della capacità di autodeterminazione, si deve ammettere che anche il soggetto privo in tutto o in parte di autonomia possa compiere un determinato atto personalissimo, solo o con l'aiuto (nei termini da ridefinire) di altri. Ciò conferma che il retroterra sotteso a questo argomentare non è più quello della incapacità generale, con la possibilità di recupero di qualche momento di lucidità, ma quello della capacità universale, con diminuzioni della stessa volta a volta da considerare. Il che significa che le limitazioni di capacità indossano ormai l'attributo della eccezionalità. È emblematico che il riferimento all'incapacità neppure più compaia nel Titolo XIII del Libro I del codice civile, un tempo intestato «Dell'infermità, dell'interdizione e dell'inabilitazione» e che, in questa cornice, la Corte costituzionale, all'indomani della riforma, abbia potuto declamare che la disciplina dell'amministrazione di sostegno non è tale da determinare lo *status* di incapacità per il beneficiario⁸.

In assenza di una puntuale definizione e men che meno di una espressa disciplina⁹, è aperta la ricerca dei principi che devono indirizzare le scelte applicative e orientare la ricostruzione degli atti personalissimi come "categoria giuridica", ammesso che di tale categoria sia davvero possibile ravvisare elementi morfologici o strutturali costanti, in modo da tracciarne una definizione valida oltre i singoli casi previsti dalla legge. Ad incrinare tale convinzione sembra comunque già porsi la distinzione che la dottrina fa emergere tra gli "atti personalissimi" e gli "atti personali"¹⁰.

In un orizzonte più vasto, il fatto che i vecchi arnesi codicistici non siano stati del tutto abbandonati genera questioni aperte e origina aree nelle quali il bianco e il nero si confondono dando luogo a zone grigie. Le inutili sollecitazioni per l'eliminazione o la modifica degli istituti tradizionali dettati per le situazioni di incapacità e il tempo ad oggi trascorso impongono ormai di accettare la convivenza degli stessi con l'amministrazione di sostegno e di delimitare meglio i confini tra i vari istituti all'interno di una coabitazione non espressamente regolata (se non per la sussidiarietà delle forme limitative più gravi) nel codice civile.

⁶ In forza della norma, la sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione può stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto anche senza l'intervento del tutore o che taluni atti di straordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.

⁷ Tra i tanti contributi sull'istituto, che nasce all'insegna dell'adattamento e della proporzionalità (tra libertà di autodeterminazione del beneficiario e misura di protezione), si segnalano FERRANDO 2005 e BONILINI, CHIZZINI 2007.

⁸ Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 312 ss., con nota di PATTI 2006.

⁹ Sulla denunciata assenza di un'esplicita normativa cfr., ad esempio, ANELLI 2004, 2.

¹⁰ Per quanto riguarda l'atto inerente l'azione di separazione e divorzio, si veda ad esempio, ZATTI 1982, 192, che annovera la proposizione della domanda di separazione, più che tra i negozi personalissimi di diritto familiare, tra quelli inerenti la "cura della persona" e per i quali pertanto può essere ammesso l'intervento del terzo.

L'impegno assunto in questa direzione della dottrina si è in particolare modo appuntato sull'interpretazione dell'ultimo capoverso dell'art. 411 c.c. La discussa norma, che consente al giudice tutelare, con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, di estendere al beneficiario «effetti, limitazioni e decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato», lascia aperto un canale di transito di norme poste a regolare antichi stati di incapacità per un istituto di nuovo conio. Le proposte di estensione diretta, ma anche di applicazione in via analogica di norme limitatrici del potere negoziale dettate per gli incapaci "classici" sono state viste in genere con cautela, posta l'assenza di identità di *ratio* tra le diverse ipotesi di "incapacitazione" e il rischio di aggiramenti della normativa più recente. È soprattutto per questo canale che è emersa la preoccupazione di un'estensione al beneficiario delle limitazioni relative al compimento degli atti personalissimi¹¹.

L'abolizione normativa dei tradizionali istituti dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione eliderebbe in radice il problema. E tuttavia, proprio riguardo all'opportunità o meno di nuovi interventi normativi in direzione demolitoria, non appare da respingere l'idea del mantenimento del pur pesante fardello dell'interdizione giudiziale per taluni casi che necessitino ancora di uno strumento "incapacitante". Vari sono stati i criteri considerati dagli studiosi, che hanno cercato di meglio chiarire il parametro funzionale dell'adeguatezza della misura di protezione, indicato dalla Consulta subito dopo l'entrata in vigore della riforma per saggiare la costituzionalità della legge n. 6 del 2004, tacciata impropriamente di generare una sovrapposizione di differenti istituti¹². Ciascuno di questi criteri ha suscitato rilievi critici: così è stato per la prospettata possibilità di utilizzare, al fine di meglio definire l' "adeguatezza" della misura di protezione e quale fattore discriminante nella selezione della stessa, un parametro di matrice patrimonialistica, ossia quello della complessità gestionale del patrimonio, sia dal punto di vista della sua consistenza sia sul piano delle attività necessarie per la sua amministrazione¹³. Altrettanto è accaduto dinanzi al parametro personalistico del *minimum* di attività di relazione o di scambio con il mondo esterno del beneficiario, anche se le critiche possono in parte attenuarsi di fronte all'attribuzione a tali criteri del carattere di indici per la scelta giudiziale della misura attivabile. Pure la desueta ipotesi della inabilitazione per prodigalità potrebbe essere rispolverata per tutelare la persona dipendente da impulsi irrefrenabili di spesa o da ludopatia, che pone il problema di tutelare non solo il soggetto che presenta una dipendenza da gioco ma anche i terzi (*in primis*, i familiari e conviventi) che subiscono le ripercussioni dei comportamenti compulsivi del loro congiunto¹⁴.

L'interdizione giudiziale e l'inabilitazione potrebbero quindi rimanere quali strumenti residuali, riammodernando le loro funzioni a seguito della loro compresenza con lo strumento privilegiato dal codice¹⁵. Non più, dunque, misure da intendersi in senso afflittivo, ma in una recuperata direzione protezionistica, questi istituti potrebbero fungere da cerniera di chiusura del sistema nei casi in cui il modello collaborativo tra amministratore, beneficiario e giudice tutelare tracciato dagli artt. 404 ss. c.c. non abbia modo di operare¹⁶.

¹¹ PRISCO 2018, 49.

¹² Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, cit.; l'anno successivo, il parametro viene meglio specificato dai giudici di legittimità: Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Famiglia e diritto*, 2007, 31, con nota di SESTA 2007.

¹³ Cfr. Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, in *Famiglia e diritto*, 2014, 1119, con nota di BONILINI 2014. La pronuncia applica l'interdizione, in luogo della disciplina dell'amministrazione di sostegno, quando la persona destinataria abbia un patrimonio cospicuo e composito. Il commentatore è cautamente dell'avviso che la natura del patrimonio dell'interessato possa fungere da criterio per preferire l'interdizione giudiziale, insieme alla gravità e abitudine dell'infermità, che giustifica la scelta ponderata di non conservare margini di autonomia al beneficiario, con un serio pericolo di compimento di atti pregiudizievoli.

¹⁴ VESTO 2017.

¹⁵ Una voce critica contro le proposte di abrogazione degli istituti tradizionali di limitazione della capacità è quella di PRISCO 2018, 31 ss.

¹⁶ BALESTRA 2006, 373 ss. rileva che l'interdizione debba essere pronunciata con la consapevolezza che l'abituale infermo di mente, a seguito dell'adozione della misura, incorre in una serie di preclusioni penalizzanti sotto il profilo degli interessi c.d. personalissimi: preclusioni la cui giustificazione dovrebbe trovare adeguato spazio in sede motivazionale.

4. *Il (comprensibile) smarrimento della giurisprudenza*

In ordine al compimento di atti riconducibili alla categoria di quelli personalissimi, sul piano giurisprudenziale la “nuova” incapacità è al centro di soluzioni diversificate, nelle quali l'amministratore di sostegno che assiste, che aiuta, che supporta o sostiene, per l'appunto come il suo nome impone, il beneficiario, assume un ruolo ancora più indefinito di quello che subito era emerso dalla lettura della legge n. 6 del 2004, nella quale sullo stesso convergono compiti sia di sostituzione sia di assistenza, un tempo nettamente ripartiti tra i ruoli della tutela e quelli della curatela.

Per citare qualche concreto esempio, tratto dalla casistica dei giudici tutelari, l'amministratore di sostegno è stato autorizzato ad aderire, in luogo della beneficiaria, alla domanda di divorzio congiunto¹⁷ o a proporre ricorso per separazione personale in nome e per conto della beneficiaria, sulla scorta di volontà già espresse dalla medesima prima del sopraggiungere della misura di protezione¹⁸. In un'altra occasione si è provveduto invece alla nomina di un curatore speciale, su richiesta dell'amministratore di sostegno, per consentire al beneficiario di avviare una causa di separazione¹⁹. Non sono mancate decisioni anche singolari, come quella che ha autorizzato la beneficiaria, portatrice della sindrome di down, a sposarsi “accompagnata” dal suo amministratore di sostegno²⁰ oppure la nomina di curatori speciali così... “speciali” da potere redigere a mano, in luogo del beneficiario affetto da sclerosi laterale amiotrofica, il suo testamento, considerato idoneo, nonostante tutto, a mantenere le stimmate del testamento olografo²¹.

Per passare alla posizione dei giudici di legittimità, una decisione²² ha respinto il dubbio di legittimità costituzionale avanzato riguardo agli artt. 120 e 127 c.c., aderendo ad una interpretazione sistematica ed evolutiva che offre alla persona coniugata o in procinto di contrarre matrimonio gli strumenti per esercitare, direttamente o indirettamente, il diritto fondamentale di autodeterminarsi nella scelta consapevole di impugnare il matrimonio e, in via preventiva, di contrarlo in condizioni di piena libertà e senza condizionamenti²³. Altra pronuncia²⁴ si è espressa nel senso che l'amministratore di sostegno può nominare, in sede penale, il difensore di fiducia dell'imputato e che la semplice sottoposizione dell'imputato alla misura di protezione non determina automaticamente l'incapacità del medesimo a partecipare coscientemente al processo ai sensi dell'art. 70 c.p.p., posto che la persona beneficiaria non è considerata, per ciò solo, incapace di intendere e volere, essendo «estraneae, in linea di principio, all'istituto dell'amministrazione di sostegno specifiche situazioni di infermità mentali che rendono la persona totalmente incapace».

Il “filone” delle liberalità, dopo che alcuni giudici tutelari si erano pronunziati favorevolmente sulla possibilità dell'amministratore di sostegno di compiere donazioni in nome e per conto del beneficiario²⁵, ha registrato di recente l'intervento della Consulta, che ha respinto la questio-

¹⁷ Trib. Modena, 26 ottobre 2007, in *Famiglia e diritto*, 2008, 275, con nota di ANELLI 2008.

¹⁸ Trib. Cagliari, 15 giugno 2010, in *ilcaso.it*.

¹⁹ Trib. Milano, 19 febbraio 2014, in *ilcaso.it*.

²⁰ Trib. Varese, 24 ottobre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, 287, con nota di RUSSO 2010.

²¹ Trib. Varese, 12 marzo 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 779, con nota di LANDINI 2012. Per una ricognizione delle pronunce dei giudici tutelari v. RIZZUTI 2018a, 171 ss.

²² Cass., 30 giugno 2014, n. 14794, in *Famiglia e diritto*, 2016, 350, con nota di GIORGIANNI 2016.

²³ Tramite la possibilità per l'amministratore di sostegno – a detta della sentenza – «di coadiuvare o affiancare la persona bisognosa nella espressione della propria volontà, preservandola da eventuali pressioni o ricatti esterni, anche relativamente al compimento di atti personalissimi, come ritenuto da una giurisprudenza di merito avanzata che lo ha autorizzato, previo intervento del giudice tutelare, a proporre ricorso per separazione personale o per cessazione degli effetti civili del matrimonio del beneficiario». Per la possibilità che l'amministratore di sostegno rappresenti il beneficiario in un provvedimento di modifica delle condizioni di divorzio cfr. Cass., 6 marzo 2019, n. 6512.

²⁴ Cass. pen. 25 gennaio 2018, n. 3659, in *Giustizia penale Massimario*, 2018.

²⁵ Trib. La Spezia, 2 ottobre 2010, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 77, con nota di DONADIO 2011. E v. anche decreto Trib. Teramo, sez. Atri, 16 dicembre 2011, che ha autorizzato l'amministratore a perfezionare una donazione dell'amministrato con «onere di assistenza».

ne di legittimità costituzionale della norma delineata dall'art. 774, comma 1°, primo periodo, c.c., ad eccezione del caso in cui il giudice tutelare, in applicazione dell'art. 411, ultimo comma c.c., abbia esteso nei suoi confronti l'incapacità di donare, che l'art. 774 c.c. prevede in capo all'interdetto²⁶. È risultata in buona sostanza confermata la soluzione già indicata da una parte degli studiosi sul punto del riconoscimento della capacità di donare del beneficiario.

Ad uno sguardo d'insieme, alcune di queste decisioni schiudono gli atti personalissimi a poteri sostitutivi o integrativi dell'amministratore di sostegno, abbattendo la logica della insurrogabilità; altre recuperano il più possibile la sfera di autonomia del beneficiario per il loro compimento.

Questa situazione non desta eccessiva sorpresa, perché è il portato dell'andamento irregolare della vita e della variabilità degli esseri umani, che l'amministrazione di sostegno, negli intenti del legislatore, vorrebbe riflettere, mettendo a disposizione del giudice uno strumento elastico per l'opportuno adeguamento alle mutevoli esigenze di ogni singolo caso, anche oltre l'orizzonte del compimento di attività giuridica con coloritura patrimoniale²⁷.

Di sicuro ne esce profondamente inciso l'orizzonte degli atti personalissimi, giacché non avrebbe senso valorizzare la residua capacità del beneficiario, ad esempio, per la realizzazione di attività contrattuali di modesto rilievo economico e comprimerla per gli atti che meglio esprimono la sua personalità e anche le sue scelte affettive.

Di fronte a questo, occorre comunque verificare se le soluzioni rinvenute siano assistite da una giustificazione razionale e sistematicamente convincente, rinunciando senza rammarico a trattezzazioni dogmatiche, che, pur avendo dalla loro il rassicurante dono della simmetria, conducevano ad esiti spesso lontani da un'attenta e non compassionevole considerazione della debolezza umana.

5. *Consenso al trattamento sanitario di minori e incapaci*

Spunti significativi per tale intenzione ricostruttiva possono essere tratti dal profilo forse più complesso della tematica in esame: quello del diritto all'autodeterminazione terapeutica, che rivela un'acuta problematicità di fronte alle persone non pienamente autonome.

Le questioni relative all'autodeterminazione sanitaria dei minori e, più in generale, delle persone con limitata capacità si presentano come uno dei punti più delicati della legge n. 219 del 2017, che si apre all'insegna della valorizzazione della ancora inespressa o residua capacità dell'incapace, secondo l'esplicito dettato dell'art. 3 comma 1°: «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà»²⁸.

La disciplina prevista nei commi successivi prevede per ogni ipotesi di incapacità (minore età, interdizione, inabilitazione) e per la soggezione alla misura dell'amministrazione di sostegno, la figura che, in sostituzione o in affiancamento, deve prestare il consenso in luogo o insieme con l'incapace. In ragione dell'assenza o della presenza di un certo grado di capacità, la norma appaia i minori agli interdetti giudiziali e gli inabilitati ai beneficiari dell'amministrazione di sostegno. La «clausola di scopo» della tutela della salute e della vita della persona coinvolta e del rispetto della

²⁶ Corte cost. 10 maggio 2019, n. 114, con commento di BONILINI 2019.

²⁷ Non mancano precisi dati testuali in questa direzione. Cfr. l'art. 408 c.c. che, riferendosi alla cura e agli interessi del beneficiario, è ritenuta norma che estende all'amministratore di sostegno compiti anche non patrimoniali. Ancora più esplicito l'art. 44 disp. att. c.c., secondo il quale il giudice tutelare può convocare tutore, protutore, curatore e amministratore di sostegno allo scopo di assumere informazioni e dare istruzioni «inerenti agli interessi *morali o patrimoniali*» (il corsivo è aggiunto) del minore o del beneficiario.

²⁸ Il legislatore in verità si era già espresso in questo senso anche in precedenza, per esempio con l'art. 5, comma 1° lettera b) del d.lgs. n. 211 del 2003 in tema di sperimentazioni cliniche e medicinali.

sua dignità è formalmente inserita solo con riguardo alla prima coppia di incapaci, mentre per la seconda coppia il richiamo, diversamente graduato, è alla volontà del destinatario delle cure.

La norma appare alquanto significativa ai fini del ragionamento condotto in questa sede. Da una parte, essa prevede che un atto, come il consenso, espressione sicura di una scelta esistenziale e annoverato tra gli atti personalissimi o almeno tra gli atti personali, pur nella sua discussa veste negoziale o meno, possa essere espresso da altri, travolgendo definitivamente il postulato della insostituibilità²⁹; dall'altro lato (e al contempo) conferma la limitazione dei poteri di supplenza del rappresentante dell'incapace e anche dei poteri di intervento dell'autorità giudiziaria, posta la necessità di fornire al destinatario delle cure le adeguate informazioni e di considerare (o di ricostruire) comunque la volontà di quest'ultimo, in ciò riflettendo gli echi della celebre sentenza Englaro³⁰, che aveva già stabilito che il rappresentante non decide "al posto di" o "per l'incapace", ma "con l'incapace".

Nella realtà operativa, gli sforzi del legislatore si scontrano con situazioni in cui il rapporto paziente-medico si arricchisce, per così dire, di altri soggetti, divenendo sostanzialmente trilaterale, come pure di fronte alla situazione, inversa, in cui questo rapporto bilaterale si presenta claudicante, perché il soggetto da curare, non in grado di manifestare la sua volontà, è sprovvisto di una misura dichiarata di protezione³¹.

Lo stesso linguaggio del legislatore risente di una difficoltà redazionale³², a partire dalla rubrica dell'art. 3 ("minori e incapaci"), che riconduce non propriamente le persone prive di autonomia alla categoria degli incapaci, dai quali ha comunque cura di dividere i minori, quasi che le due figure fossero diversificate. Il riferimento alla capacità attraversa poi altre norme della legge: se l'art. 1 comma 5° riserva ai soli soggetti capaci di agire il diritto di rifiutare accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari, l'articolo 4, dedicato alle disposizioni anticipate di trattamento, attribuisce la possibilità di esprimere la volontà, per il periodo di futura eventuale incapacità, solo ad un maggiorenne capace di intendere e di volere che può nominare quale "fiduciario" altra persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. Il risultato è che per le persone maggiori di età si fa riferimento, rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, a un elemento fattuale e concreto (la sussistenza della capacità di intendere e di volere), mentre per i minori è la soglia formale dell'età a risultare decisiva³³, per vero in contrasto con il diritto internazionale e il diritto eurounitario sui diritti dei fanciulli, che attribuiscono rilevanza alla capacità di discernimento. Non è stato quindi portato a compimento il disegno, da molto tempo segnalato come necessario dalla dottrina, che assegna alla capacità naturale il ruolo di «unico criterio idoneo per valutare la rilevanza giuridica degli atti (tra vivi) a contenuto personale, ossia di tutte quelle attività del soggetto che costituiscono diretta espressione della sua personalità, implicando in varia misura l'adozione di scelte esistenziali»³⁴.

6. Segue. *Il contrasto di volontà tra beneficiario e amministratore di sostegno*

Si è appena detto che il legislatore si è sforzato di prevedere e di regolare tutti i casi di incapacità per il consenso al trattamento medico, con una soluzione rispettosa del rimaneggiato impianto codicistico, affollato di rimedi per le persone non autonome.

²⁹ Doveroso il richiamo all'art. 6 della Convenzione di Oviedo (sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) del 4 aprile 1997 che ammette il consenso del rappresentante ai trattamenti sanitari in caso di incapacità del paziente.

³⁰ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, 83, con nota di VENCHIARUTTI 2008.

³¹ Sotto altra prospettiva, segnala come la dimensione relazionale del rapporto medico-paziente non presenti mai un carattere esclusivamente "duale", restando aperta alla partecipazione di altri soggetti, come gli appartenenti all'*équipe* medica e i familiari, DE ROSA 2019, 50.

³² Evidenzia gli equivoci "di sistema" e "di contesto" della norma PICCINNI 2018, 1119.

³³ RIZZUTI 2018a, 181.

³⁴ BIGLIAZZI GERI et al. 1987.

Ma i problemi non sono tutti risolti dall'art. 3 della legge n. 219 del 2017 e si appuntano in particolare sul rapporto tra la residua autonomia dell'incapace o del beneficiario e la volontà della sua persona di riferimento.

Si può qui trascurare il rapporto tra il minore e i genitori in disaccordo nel prestare il consenso, per il quale è comunque auspicabile che si rafforzi l'orientamento che estende il rimedio del quinto comma della norma, sul presupposto che la mancanza di accordo tra i genitori possa essere considerata alla stregua della mancanza di consenso per cure ritenute dal medico appropriate e necessarie, che legittima l'intervento del giudice tutelare. Questo strumento, previsto espressamente dalla norma per il caso di mancato consenso del rappresentante legale della persona interdetta e inabilitata, appare sicuramente più snello dei rimedi ordinari, perché chiama in causa il giudice tutelare (e non più il tribunale), accorciando i tempi di risposta e perché può essere azionato anche dal medico e dalla struttura sanitaria, non inclusi tra i legittimati attivi ai sensi del codice civile³⁵.

Se il caso della persona interdetta non pare sollevare problemi particolari rispetto alla conformità delle soluzioni accolte dalla legge n. 219 del 2017 alle regole generali, già talune questioni sorgono con riguardo al soggetto inabilitato³⁶ e profili ancora più complicati si presentano dinanzi al beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Il 4° comma dell'art. 3 fa riferimento al decreto di nomina e ai poteri di assistenza o di rappresentanza esclusiva dell'amministratore in ambito sanitario. Nel primo caso, il consenso informato è espresso anche dall'amministratore di sostegno, tenendo conto della capacità naturale del beneficiario; nel secondo caso solo da quest'ultimo.

Ma, a parte che il decreto di nomina potrebbe essere al riguardo carente, posto che all'atto dell'apertura dell'amministrazione di sostegno non sempre troverà adeguata considerazione l'intero ventaglio di possibili atti riservati all'uno o all'altro soggetto, il problema è anzitutto quello della mancanza di volontà comune che può sussistere tra il medico e l'amministratore, ma anche tra il medico e l'amministratore, da una parte, e il paziente dall'altra parte. Se la frizione della volontà dell'amministratore con quella del medico (che ritenga che le cure siano appropriate e necessarie, di fronte al diniego del primo) legittima il già ricordato intervento del giudice tutelare, resta da decidere la situazione che si determina allorché il paziente esprime dissenso rispetto alla volontà orientata in senso diverso sia del suo amministratore sia del medico o qualora l'amministratore e il beneficiario non abbiano la stessa convinzione riguardo alle scelte terapeutiche³⁷.

Rimane poi dubbia anche la modalità dell'acquisizione del consenso fuori dei casi di stato di necessità e in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, qualora il paziente non sia in grado di esprimere la sua volontà. Proprio questo problema è stato oggetto di una recente decisione della Corte costituzionale, che è stata investita della questione di legittimità costituzionale

³⁵ Tra l'altro, nel novero di questi legittimati attivi non è previsto il partner dell'unione civile: tale esclusione si può recuperare in via interpretativa, ma è indubbio che il punto avrebbe richiesto maggiore attenzione da parte del legislatore.

³⁶ Si ricorda che la norma prevede che il consenso informato della persona interdetta sia «espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile», mentre quello della persona inabilitata – secondo una soluzione propugnata dalla dottrina – «è espresso dalla medesima persona inabilitata» (è però di diverso avviso rispetto alla prevalente dottrina e critica la rinuncia dell'ordinamento a qualsivoglia controllo del giudice o del curatore dell'inabilitato, «contrariamente a quanto accade, entro i confini del medesimo istituto, per gli atti di amministrazione straordinaria del patrimonio», CACACE 2019, 73).

L'art. 3 comma 5° usa poi l'espressione «rappresentante legale» anche per riferirsi alla persona inabilitata, quando per il diritto generale il curatore non ha tali funzioni, assegnando a questo soggetto compiti di cura della persona nella dialettica del controllo sull'operato dei sanitari: PICCINNI 2018, 1126.

³⁷ Il Tribunale di Vercelli, ad esempio, decidendo nel 2018 a distanza di pochi mesi, dapprima (con decreto del giudice tutelare del 28 marzo 2018) ha escluso la rilevanza del dissenso manifestato da una beneficiaria al ricovero in una struttura sanitaria protetta, sollecitato dal proprio amministratore, ritenendo lo stesso frutto di una estrinsecazione della patologia in atto; successivamente, in un caso riguardante una persona beneficiaria schizofrenica ma con ampi intervalli di lucidità, ha ritenuto di considerare la volontà dissenziente al trattamento espressa da quest'ultima (Trib. Vercelli, decr. 31 maggio 2018).

dei commi 4° e 5° dell'art. 3 della legge n. 219 del 2017. Le accuse di incostituzionalità sono state respinte dai giudici della Consulta sulla base di una lettura della norma volta ad escludere che l'amministratore di sostegno cui è stata conferita la rappresentanza esclusiva dell'incapace in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, abbia, da solo (dunque, senza l'intervento del giudice tutelare), anche il potere di rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita del malato e che sia quindi necessario ricostruire la volontà dell'incapace³⁸.

Risulta da ciò confermato quanto la dottrina da tempo andava segnalando, ossia che il concetto di rappresentanza esclusiva per il rilascio del consenso informato, posto esattamente agli antipodi della ritenuta impossibilità di affidare a ruoli vicari il compimento di un atto personalissimo, non può assumere una natura squisitamente sostitutiva, come accade per i negozi a contenuto patrimoniale, ma subisce una particolare torsione e conformazione ermeneutica ed applicativa, imposta dalla funzione di cura della persona, che richiede la costante promozione del soggetto cui è riferita e la considerazione della sua dignità³⁹.

Salva la possibilità della richiesta tempestiva di nomina di un amministratore di sostegno per la persona con limitata autonomia che di questa figura è priva, riemerge al fine l'interrogativo anche sul possibile ruolo dei c.d. protettori naturali, ossia i familiari, parenti, conviventi, soggetti privi di qualsivoglia potere formale ma prossimi al paziente malato. In tali casi la responsabilità si appunterà interamente sul medico, il quale, una volta valutato, proprio con la mediazione di persone prossime al paziente, quale sia il *modus operandi* più idoneo al perseguimento del suo interesse, è tenuto ad assumere la decisione finale, con tutti i possibili vantaggi per il malato ma anche con tutti i rischi sull'attività del sanitario che ciò comporta⁴⁰.

7. Un tentativo di sintesi

Queste sbrigative riflessioni su un tema che avrebbe meritato di essere analizzato più estesamente non esimono da un abbozzo di conclusione.

Ritornando ad un profilo più generale, la questione del rapporto tra la volontà del beneficiario e quella del suo amministratore (ormai divenuto, per il compimento di atti personali, una sorta di rappresentante *sui generis*) dovuta all'esigenza di salvaguardare l'autonomia del primo, crea nuove incertezze nella disciplina della misura di protezione.

Secondo la prevalente opinione, gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione dell'obbligo di tenere conto delle aspirazioni e dei bisogni dell'amministrato e di fornirgli tempestiva informazione ex art. 410 comma 2° c.c. sarebbero forieri di una responsabilità del primo nei confronti del secondo, ma la violazione dei diversi intenti o addirittura il dissidio tra amministratore e beneficiario non avrebbero rilevanza esterna tale da inficiare la validità dell'atto compiuto, pena un contraccolpo alla certezza dei traffici che più voci hanno ritenuto "devastante".

Ferma restando dunque la salvaguardia della posizione dei terzi, a meno di non voler aderire a dottrina controcorrente⁴¹, il ripensamento della categoria degli atti personalissimi non consente di rinvenire una soluzione uniforme, uno statuto per così dire standard, magari di segno contra-

³⁸ Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corriere giuridico*, 2020, 18, con nota critica di CARUSI 2020.

³⁹ Secondo FERRANDO 2009, 283, quando si ha riguardo alla cura della persona da parte del tutore, non viene in rilievo «un potere di rappresentanza in senso tecnico, non solo per il fatto che si esplica in ambiti in cui la rappresentanza è esclusa, ma anche (e di conseguenza) per il modo in cui i relativi poteri si esercitano. In relazione alla cura della persona, il tutore non ha un autonomo potere di decisione (sia pure finalizzato al perseguimento dell'interesse del rappresentato e per questo talvolta soggetto a controllo giudiziale: art. 374 ss. c.c.)».

⁴⁰ BUGETTI 2019, 128.

⁴¹ GORGONI 2012, specie 32 ss., riconduce la posizione del beneficiario al contesto dell'incapacità legale, sia pure con intenti protettivi, applicando di conseguenza il regime dell'annullabilità degli atti anche per la violazione dei doveri informativi dell'amministratore.

rio a quella in uso in passato, quando l'atto personalissimo non fuoriusciva dal dualismo possibilità/impossibilità di compimento, in base alla presenza o all'assenza della capacità (esclusiva) del suo autore.

Riprendendo ad esempio l'ipotesi dell'incapacità di testare, di fronte all'assenza di indicazioni contenute nel decreto di nomina, i giudici di merito si stanno orientando verso l'esclusione delle limitazioni di capacità previste per gli interdetti dall'art. 591 c.c., autorizzando, con valutazione caso per caso, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno a fare testamento. La regola applicativa che si va affermando non è dunque quella della incapacità di testare, ma neppure quella della piena capacità, le uniche conosciute, per l'appunto, per gli atti personalissimi, ma un meccanismo affine a quello dell'assistenza e dell'autorizzazione giudiziale previste per gli atti di straordinaria amministrazione del patrimonio degli incapaci, che si accosta alla valorizzazione della capacità naturale.

Quel che è certo è che non si può pensare di impiegare, per sistemare la categoria, lo strumentario proprio del diritto patrimoniale, come la distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione (o schemi classici quali il mandato e la procura⁴²), anche se non può tacersi che la distinzione tra una vulnerabilità che si biforca nettamente tra la sfera patrimoniale e quella più propriamente personale può apparire oggi incrinata dalla crescita di un mercato nel quale il consenso al trattamento dei dati personali (appartenente certamente alla categoria degli atti personalissimi, almeno in senso lato) assume di frequente la natura di un atto di cessione solo apparentemente gratuito in cambio di sconti o di servizi.

Forse neppure appare necessario discutere se l'amministratore di sostegno, quando riporta la volontà del beneficiario, operi quale *nuncius* o quale *procurator*: dovendosi fare interprete degli intendimenti più intimi, delle convinzioni personali e dovendo salvaguardare la dignità del soggetto vulnerabile, la sua attività si colloca su un piano diverso da quello in cui stanno entrambe le predette figure. Com'è stato osservato⁴³, posto che un ruolo determinante è sicuramente assunto dal decreto di nomina, più importante diviene individuare che cosa dovrà essere valutato in sede autorizzatoria e come dovrà essere operata questa valutazione, che avrà necessità di parametrarsi alla capacità di espressione di un soggetto che capace non è.

Anche per questi motivi, i contorni della figura e in particolare il ruolo svolto dall'amministratore di sostegno di fronte agli atti personalissimi del beneficiario sembrano destinati a rimanere frastagliati, secondo le convenienze operative proprie di ogni singola disciplina⁴⁴.

La normativa in tema di opzioni terapeutiche, che riconosce espressamente la rappresentanza e l'assistenza nell'ambito delle scelte personali, genera per esempio soluzioni inidonee ad essere esportate nel campo degli atti a rilevanza personale diversi dalla cura della salute. Così, se nell'esprimere il consenso informato il beneficiario può essere assistito o guidato dal suo amministratore di sostegno, maggiore prudenza deve essere adottata di fronte al consenso matrimoniale. Se al beneficiario non è preclusa la capacità di sposarsi, come sostenuto da parte della dottrina e dalla giurisprudenza anche di legittimità, la celebrazione del matrimonio (e oggi, deve aggiungersi, la costituzione di un'unione civile), diversamente da quanto è emerso in singolari decisioni giudiziarie, dovrà escludere la compartecipazione di terzi, salva la possibilità della previa formazione di una volontà del beneficiario – anche tramite l'operato dell'amministratore – che possa dirsi sufficientemente piena e liberamente espressa per giustificare l'assunzione del vincolo⁴⁵.

⁴² ZATTI 2019, 32, critica la sufficienza di tali schemi per comprendere la posizione del fiduciario.

⁴³ RIZZUTI 2018b, 261.

⁴⁴ Ha fatto discutere gli studiosi la tesi secondo la quale, con riguardo all'amministrazione di sostegno, sarebbe possibile un'attività di assistenza con riguardo agli atti personalissimi, da intendersi come attività di ausilio e di aiuto nel processo di autodeterminazione: BALESTRA 2005, 669.

⁴⁵ I tormenti della dottrina al riguardo emergono con evidenza in BASINI 2020, 72.

8. Fatiche dell'interprete e approcci "eclettici"

Il panorama sinteticamente esposto rivela, di fronte a questo pullulare di questioni, la fatica dello studioso, al quale si presentano interrogativi di non poco momento.

Il primo è il seguente: quale approccio può essere impiegato per affrontare queste tematiche?

Si crede di potere rispondere con queste parole: un approccio consapevolmente e seriamente "eclettico". Di fronte al tratto lapidario della risposta si impone un chiarimento terminologico. La necessità di adottare una visuale eclettica non comporta affatto la rinuncia alla guida di precisi indirizzi interpretativi e men che meno il rigetto della rete di principi e di regole, ma significa imboccare un approccio duttile, adatto alle peculiarità di ogni singolo caso e dunque necessariamente rinunciatario di soluzioni generalizzanti.

La vulnerabilità è reale, è concreta, è concetto sostanziale e per essa le soluzioni sono da ricercare nelle pieghe e a volte nella drammaticità di ciascun singolo caso.

L'interprete deve però essere convinto del ruolo significativo del diritto per la considerazione della vulnerabilità e quindi per la tutela dei soggetti vulnerabili. Come si è già scritto in altre pagine⁴⁶, non già perché il debole è il soggetto che si affida al diritto per affermare le ragioni della propria esistenza, ma perché al diritto è delegata la difesa delle conquiste ottenute, l'impedimento dei ritorni all'indietro, la sanzione delle evasioni. Mai supporre che i soggetti più deboli e vulnerabili «possano avanzare nella società odierna per forza propria, farcela da soli [...] senza una rete di precetti che obblighi (chi di dovere) a occuparsi di loro»⁴⁷. Lo *slogan* – per riprendere le sollecitazioni da più parti avanzate – potrebbe dunque essere «più diritto per la vulnerabilità». Da qui, l'opportuno superamento di anomalie, come quelle che hanno riguardato i pazienti in stato vegetativo o i soggetti che immaginavano come regolare la loro futura disabilità, a lungo privati di specifiche forme di possibilità di espressione della loro autodeterminazione.

Il secondo interrogativo è il seguente: quale tipo di diritto raccoglie al meglio le istanze di tutela provenienti dai soggetti vulnerabili e può realizzare una loro protezione dotata di effettività?

Le vie potrebbero essere molteplici: se si guarda alla latitudine delle norme, si potrebbe additare la strada del diritto comune, rammodernato dalla considerazione delle esigenze in primo luogo personalistiche o, *a contrario*, quella di un diritto speciale, "altro", in certo senso "diverso"; se si pone mente ai caratteri strutturali delle norme il cammino potrebbe essere verso un diritto rigido, composto da norme di stretta interpretazione o, viceversa, potrebbe andare incontro a un diritto flessibile, ancorato a clausole e a concetti generali, modellati dal giudice. Puntando l'attenzione sulla vocazione delle regole, a un diritto di matrice protettiva/paternalistica, con intenti caritatevoli, potrebbe essere preferito un diritto che rifiuta le durezza custodialistiche del passato.

Di fronte alla concreta esperienza, il frastagliato scenario applicativo ha già rivelato la fallacia di alcune strade intraprese. Non pare funzionare la tecnica dell'"iperprotezionismo legislativo", che rischia di sortire effetti non voluti, condannando i soggetti da tutelare ad un'emarginazione strutturale e così originando nuove discriminazioni al contrario. Neppure appare congeniale la tecnica dello "statuto differenziato", che considera il diritto dei soggetti vulnerabili come diritto dei diversi: la loro sottrazione al diritto comune, sebbene in funzione protettiva, rischia di farli scivolare pericolosamente verso la "diversità escludente", con la quale alla concessione – non di rado apparente – di più adeguate soglie di protezione fa da contraltare la sottrazione di diritti riconosciuti alla generalità o alla categoria più generale di riferimento, che viene suddivisa al suo interno per disabilità più specifiche. Ma anche la tecnica della moltiplicazione delle categorie, sia pure nella rinnovata veste, non sempre è consona alle finalità ultime di tutela dei soggetti fragili e vulnerabili: più si gremisce la cerchia di questi, più si affacceranno nuove figure che reclame-

⁴⁶ POLETTI 2014, 978.

⁴⁷ CENDON 1994, 487.

ranno riconoscimento normativo e le residue situazioni di quasi-disabilità, di disagio (a partire, per esempio, dai disturbi di apprendimento) cercheranno inutilmente o con difficoltà protezione negli spazi interstiziali del sistema.

La complessità delle situazioni di vulnerabilità richiede una protezione complessa, attenta alle specificità di volta in volta da considerare, calibrata sulle diverse condizioni dell'esistenza e sulla individuazione dei bisogni. Non esistono regole di stampo omogeneo per la tutela della diversità e nemmeno sussiste, per queste regole, una unicità di fonte, certamente non identificabile in un positivismo di stampo legalista. In alcuni casi sono richieste regole rigide, che si affidano alla proibizione; a volte si sono rese necessarie regole più plasmabili, come ha dimostrato la disciplina dell'amministrazione di sostegno.

Se la denunciata complessità spinge verso l'adozione di regole differenti per tutele più efficaci e mirate, la dimensione relazionale e composita della stessa sorregge al contempo altre consapevolezze. La prima è che al giurista sia richiesto, per così dire, un *surplus* di attenzione nell'osservazione costante di soluzioni rinvenute e ritenute a suo tempo adatte allo scopo. Un'ulteriore consapevolezza è che ciascuna delle tecniche adottate per la tutela della debolezza può rischiare, da sola, di non raggiungere in maniera adeguata l'obiettivo prefissato.

Affiora da tutto questo un diritto laborioso, nel quale il disancoramento dalla sicurezza formalistica ma confortante delle vecchie categorie accresce l'importanza del ruolo dell'interprete, come già si è più volte accennato, ma cambia anche il ruolo dei professionisti che operano nel contesto in analisi. Così, i magistrati non intervengono quali risolutori di conflitti, ma quali amministratori di interessi privati meritevoli, in maniera ben più incisiva e soprattutto partecipe alla vita del soggetto da proteggere di quanto facessero in precedenza per le tutele e le curatele, dovendosi sempre più spesso confrontare con il protettore e il protetto. Gli avvocati stanno assumendo nella pratica con sempre maggiore frequenza incarichi di amministratori di sostegno, perdendo il loro ruolo "esterno" di difensori per assumere una funzione che, per la sua natura collaborativa, è decisamente lontana dal vecchio «ufficio di diritto privato». I notai, per loro parte, sono richiesti di verificare la volontà del beneficiario che si presenti loro (ad esempio, nella veste di testatore) e sono chiamati a denegare all'occorrenza il proprio ufficio, acquisendo compiti quasi pubblicistici. I medici devono garantire il corretto ed effettivo svolgimento del processo decisionale e devono assicurarsi se il soggetto privo in tutto o in parte di autonomia abbia avuto la possibilità di incidere in questo processo, con la difficoltà di comprendere quando la volontà manifestata dalla persona vulnerabile sia espressione del suo specifico orientamento esistenziale o sia determinata da possibili fattori esterni.

L'"altro" diritto che si prospetta per i soggetti con ridotta autonomia presuppone quindi un modo diverso di guardare alle regole giuridiche, adattandole alle specificità di ciascuna tipologia di deboli o vulnerabili, differenziandole per consentire ripristini di opportunità o cancellazione di esclusioni di partenza, piegandole finanche alle esigenze del singolo. Questa operazione postula soprattutto un nuovo modo di raccordare le regole ai principi, nella piena consapevolezza che non esista un solo modello atto a raffigurare tale rapporto.

Per raggiungere tali risultati sono sicuramente necessarie letture costituzionalmente orientate delle norme, che vedono nel rispetto della dignità umana (rimettendo al centro di tutto ancora la persona) il punto cardinale. Nel confronto con i principi posti dalla Carta fondamentale, che penetrano nel diritto (e in quello privato, primo terreno pronto a cogliere le innovazioni della realtà sociale) attraverso le interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme e le clausole generali "concretizzate", l'attenzione riposta nei confronti della fragilità, della vulnerabilità, della debolezza ha delineato chiaramente la specificità/novità nell'atteggiamento del giurista verso le "inferiorità". Emerge da ciò la figura del "diverso" come soggetto non solo da assistere ma, in primo luogo, da rispettare nella sua sfera di limitata capacità, in un percorso che si muove dalla protezione alla promozione. In questa direzione, la considerazione della vulnerabilità non può più essere agganciata alla diversità da isolare, quasi da ghettizzare in un'esclusione pur giustifi-

cata dallo scopo protettivo, ma si ammantava di una funzione di carattere più propriamente promozionale, diretta ad incentivare l'integrazione.

La grande lezione della Costituzione e delle Carte sovranazionali compie il suo trasferimento nel diritto dei privati, preparato dagli sforzi profusi in questa direzione dalla dottrina più sensibile. E se l'istanza solidaristica è centrale nella tutela dei soggetti disabili e, più in generale, vulnerabili⁴⁸, essa, per operare efficacemente, ha bisogno di saldarsi strettamente alla dignità. Proprio questa emerge come il baluardo ultimo e irrinunciabile, il solo opponibile alla crisi generale dei valori, alla recrudescenza di violenze, alla forza dei poteri economici e alla globalizzazione dei mercati che spingono verso un ritorno all'indietro, creando instabilità, insicurezze e "prosciugamento" di diritti. La dignità, "super-principio costituzionale"⁴⁹, rappresenta il "valore-sommo" da difendere: essa conduce in definitiva oltre lo schema dell'eguaglianza, perché «dà evidenza ad un sistema di relazioni, al contesto in cui si trovano i soggetti dell'eguaglianza»⁵⁰. Nel concetto di dignità è distillata la proiezione sul piano giuridico della condizione materiale, della verità delle situazioni e dei rapporti, che costituisce il tratto comune – se al fine questo si voglia trovare – del diritto della vulnerabilità.

⁴⁸ Esemplici al riguardo le seguenti parole di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748: «il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza».

⁴⁹ BUSNELLI 2004, 548.

⁵⁰ RODOTÀ 2010, 555.

Riferimenti bibliografici

- ANELLI F. 2004. *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, in AA.VV, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 175 ss.
- ANELLI F. 2008. *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*, in «Famiglia e diritto», 3, 2008, 280 ss.
- BALESTRA L. 2005. *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in «Famiglia», 4-5, 2005, 659 ss.
- BALESTRA L. 2006. *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno ed interdizione*, in «Famiglia», 2, 2006, 366 ss.
- BASINI G.F. 2020. *Sulla separazione e sul divorzio della persona priva della capacità di agire*, in «Famiglia e diritto», 1, 2020, 71 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI U. 1987. *Diritto civile. I. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, Utet.
- BONILINI G. 2014. *La consistenza del patrimonio quale possibile criterio per la scelta fra amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in «Famiglia e diritto», 12, 2014, 1119 ss.
- BONILINI, G. 2019. *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 2019, 745 ss.
- BONILINI L., CHIZZINI G. (eds.) 2007. *L'amministrazione di sostegno*, Padova, CEDAM.
- BUGETTI M.N. 2019. *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in «Rivista di diritto civile», 65, 1, 2019, 106 ss.
- BUSATTA L. 2016. *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in CORTESE F., TOMASI M. (eds.), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Trento, Università degli Studi di Trento, 335 ss.
- BUSNELLI F.D. 2004. *L'inizio della vita umana*, in «Rivista di diritto civile», 50, 4, 2004, 534 ss.
- BUSNELLI F.D. 2017. *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in ID., *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, Pacini Giuridica, 239 ss.
- CACACE S. 2019. *Il trattamento sanitario su minore o incapace: il miglior interesse del paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza*, in FOGLIA M. (ed.), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, Pacini Giuridica, 71 ss.
- CARUSI D. 2020. *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, in «Corriere giuridico», 1, 2020, 17 ss.
- CENDON P. 1994. *Verso un nuovo diritto dei soggetti deboli*, in «Politica del diritto», 1994, 484 ss.
- DI ROSA G. 2019. *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in «Responsabilità medica», 1, 2019, 49 ss.
- DICIOTTI E. 2018. *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Ars Interpretandi», 2, 2018, 13 ss.
- DONADIO G. 2011. *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 27, 2, 2011, 79 ss.
- FERRANDO G. (ed.) 2005. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè.
- FERRANDO G. 2009. *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in «Famiglia e diritto», 3, 2009, 277 ss.
- GIOLO O., PASTORE B. (eds.) 2018. *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carrocci.
- GIORGIANI L. 2016. *Morte dell'incapace e impugnazione del matrimonio da parte degli eredi*, in «Famiglia e diritto», 4, 2016, 352 ss.
- GORGONI A. 2012. *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, CEDAM.

- LANDINI S. 2012. *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 28, 9, 2012, 782 ss.
- PALMERINI E. 2017. *Atto della vita quotidiana*, in *Enciclopedia giuridica. Annali*, X, Milano, Giuffrè, 83 ss.
- PATTI S. 2006. *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*, in «Famiglia, persone e successioni», 2, 2, 2006, 139 ss.
- PICCINNI M. 2018. *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 34, 7-8, 2018, 1118 ss.
- POLETTI D. 2014. *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia giuridica. Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 962 ss.
- PRISCO I. 2018. *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, ESI.
- REICH W.T. 2002. *Dai principi alle persone: evoluzione (necessaria) della bioetica*, in «Janus», 2002, 9 ss.
- RIZZUTI M. 2018a. *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in «Diritto e salute», 4, 2018, 166 ss.
- RIZZUTI M. 2018b. *Capacità testamentaria e amministrazione di sostegno*, in «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, 1, 2018, 254 ss.
- RODOTÀ S. 2010. *Antropologia dell'“homo dignus”*, in «Rivista critica del diritto privato», 28, 4, 2010, 547 ss.
- RUSSO R. 2010. *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in «Famiglia e diritto», 3, 2010, 289 ss.
- SESTA M. 2007. *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in «Famiglia e diritto», 1, 2007, 31 ss.
- VENCHIARUTTI A. 2008. *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 24, 1, 2018, 100 ss.
- VESTO A. 2017. *La ludopatìa: il pendolo del rimedio tra incapacità ed equilibrio*, in «Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario», 4, 2017, 1419 ss.
- ZATTI P. 1982. *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in RESCIGNO P. (ed.), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, UTET, 101 ss.
- ZATTI P. 2019. *Cultura della relazione e linguaggi normativi*, in «Responsabilità medica», 1, 2019, 29 ss.

EYES WIDE SHUT

FENOMENOLOGIA GIURIDICA DELLA VULNERABILITÀ

CRISTINA **COSTANTINI**



Eyes Wide Shut
Fenomenologia giuridica della vulnerabilità

Eyes Wide Shut
Legal Phenomenology of Vulnerability

CRISTINA COSTANTINI

Professoressa associata, Università degli Studi di Perugia.
E-mail: cristina.costantini@unipg.it

ABSTRACT

Il contributo intende approcciare il tema della vulnerabilità in termini fenomenologici. In questa prospettiva la riflessione si focalizza sull'intrinseca ambiguità del vedere come atto percettivo e di essa coglie l'ulteriore intensificazione quando ad essere in questione sia lo sguardo della Legge. La cornice intellettuale delineata consente di mettere a nudo le diverse gradazioni di visibilità/invisibilità, nonché le pretese ideologiche di cecità che il diritto ha prodotto per catturare e rappresentare forme plurali e discrete di diversità e vulnerabilità. Il saggio sviluppa, infine, una proposta conclusiva per rileggere la problematizzazione giuridica della soggettività alla luce del pensiero critico di Roberto Esposito, François Jullien e Giorgio Agamben.

The essay explores a phenomenological approach to vulnerability. The intellectual focus is placed on the ambiguity of the act of seeing in its perceptive dimension and on the further complexity associated to the specificity of the legal vision. The perspective allows us to bring to light the gradations of visibility/invisibility, as well as the ideological claims for blindness enacted by the Law to represent different forms of diversity and vulnerability. The conclusion offers a new understanding of the legal assessment of capacity moving from the critical thought of Roberto Esposito, François Jullien e Giorgio Agamben.

KEYWORDS

soggettività, ermeneutica del soggetto, capacità, vulnerabilità, fenomenologia, diritto comparato

subjectivity, hermeneutics of the subject, capacity, vulnerability, phenomenology, comparative law

Eyes Wide Shut

Fenomenologia giuridica della vulnerabilità

CRISTINA COSTANTINI

1. *L'occhio della Legge di fronte al corpo. Per una economia normativa della percezione.* – 2. *Gradazioni di visibilità e forme di vulnerabilità sociali. Paradigmi a confronto.* – 3. *Visioni e Revisioni. Tra reazioni immunitarie ed esposizioni di volti situati.*

*Eyes I dare not meet in dreams
In death's dream kingdom
These do not appear*

*The eyes are not here
There are no eyes here
In this valley of dying stars
In this hollow valley
T.S. Eliot, *The Hollow Men**

*What are days for?
Days are where we live.
They come, they wake us
Time and time over.
They are to be happy in:
Where can we live but days?*

Philip Larkin, *Days*

1. *L'occhio della Legge di fronte al corpo. Per una economia normativa della percezione*

«Quando i nostri occhi si toccano è giorno o notte?»¹.

Con questa domanda spiazzante, che pone una questione apparentemente impossibile, Derrida inaugura una complessa, densa ed articolata riflessione dedicata al collega ed amico Jean-Luc Nancy. Il tema, centrale e noto, è quello del toccare e dell'essere toccati come forma dell'essere al mondo, come struttura costitutiva dell'essere corporeo e dell'umano. I motivi, nuovi e disorientanti, sono: l'intreccio sensoriale tra tatto e vista e, al contempo, la non sovrapponibilità tra vedente e visibile; il con-tatto degli occhi in cui e di cui consiste lo sguardo come condizione di possibilità di incontro con l'altro ed il co-implicato velamento che apre all'invisibile; lo sdoppiamento del visto in visione e cecità, cui si accompagna il differirsi della parola nell'atto del suo stesso tracciarsi.²

* Il titolo intende evocativamente richiamare la paradossalità del vedere come atto fenomenologico, per farne criterio di riqualificazione del discorso filosofico e giuridico sulla vulnerabilità.

¹ «Quand nos yeux se touchent, fait-il jour ou fait-il nuit?» (DERRIDA 2000, 11).

² I temi prendono corpo a partire dall'ambiguità che qualifica l'atto visivo. Vedere può designare l'attività oculare e scopica, per cui gli occhi guardano per mettere a fuoco un oggetto, per individuarlo ed osservarlo, ma può anche riferirsi all'atto in cui due sguardi si incrociano e generano comprensione, intesa. Come si è puntualmente commentato, gli occhi puntano non solo a vedere altri occhi, ma anche ad incontrare un altro sguardo, che a noi si rivolge (GHILARDI 2011, 13). Tra occhio e sguardo non vi è identità, ma reciproca eccedenza: vi possono essere sguardi senza che vi siano occhi vedenti ovvero occhi veduti; si possono dare occhi ciechi che sanno guardare, così come

È in questa cornice, estetica e fenomenologica, che qui si intende approcciare il problema della definizione filosofico-giuridica di soggettività e capacità, onde poi riqualificare le potenzialità epistemologiche offerte dalla comparazione quale forma autonoma di sapere.

Nella prima direzione, non è un caso che l'eco del pensiero di Merleau-Ponty³ e della decostruzione derridiana torni a farsi sentire nelle riflessioni di Franco Basaglia, quando ad essere affrontato è proprio l'enigma della soggettività, ossia – nelle stesse parole di Basaglia – quell'ambigua relazione fra una materialità opaca, impenetrabile ed una libertà fungente (BASAGLIA 2005, 30)⁴. In un passaggio essenziale di *Corpo, sguardo e silenzio*, Basaglia dimostra che, se è lo sguardo altrui che rende coscienti a sé stessi, perché solo attraverso lo sguardo di altri è possibile essere la propria oggettività⁵, è pur necessario conservare una distanza, perché la prossimità e la vicinanza con l'altro non degenerino in promiscuità, perché la presenza dell'altro non invada lo spazio di ciascuno (BASAGLIA 2005, 31)⁶. L'intervallo è, dunque, lo spazio-tempo di sospensione

occhi vedenti privi di sguardo. Nel momento in cui cercano lo sguardo altrui, gli occhi «affondano nella notte, lungi da qualunque visibilità. Si accecano per vedere uno sguardo, evitano di vedere la visibilità degli occhi dell'altro per rivolgersi esclusivamente al suo sguardo, alla sua vista solamente vedente, alla sua visione». (DERRIDA 2007, 12). Al contempo, per potere vedere, l'occhio rimane invisibile a se stesso, si fa cieco a sé e di sé. La notte dice questo: se da un lato essa traduce l'impossibilità di un visibile oggettivo, dall'altro essa è segno della possibilità di vedere altrimenti, rinviando ad un altro ordine di visibilità. Tale è la contraddizione insita nell'occhio, nello sguardo e nello stesso visibile: «si vede ma anche si resta ciechi; ci si incontra, si incrociano gli sguardi, eppure *ci si manca*, ci si attraversa, si rimane invisibili a se stessi, in attesa di un riscontro che si vorrebbe più *tangibile*.» (GHILARDI 2011, 15; il corsivo è nel testo). Nella riflessione di Derrida l'occhio, che vede ed è visto, sorgente di visioni e di sguardi, è parte di un corpo e come tale fa parte della dimensione sensibile, tattile; perciò il con-tatto degli occhi si offre come condizione di possibilità dell'incontro con l'altro. In Derrida, visione e tattilità, distanza e prossimità si strutturano incrociandosi in chiasmo (GHILARDI 2011, 13 e 15). Questi argomenti, per estensione, conducono anche alla decostruzione del pensiero occidentale ed al suo logocentrismo: se il pensiero si esprime per mezzo di una lingua determinata, è solo uscendo da sé, rendendosi cieco di sé per incontrare lo sguardo di un altro, che si apre ad altre categorie, ad altre forme di visione e comprensione del mondo. Vi è, dunque, strutturale corrispondenza tra le aporie dell'occhio e le aporie del pensiero «che vuole pensare la propria stessa origine, la propria condizione di possibilità – revocando in dubbio tutto, anche se stesso – e che invece necessariamente parte da un punto cieco, da un fondo indiscusso perché non discutibile, se non con categorie che già gli appartengono e ne derivano.» (GHILARDI 2011, 16).

³ Merleau-Ponty ha indagato la paradossalità fenomenologica del visibile che è sempre al contempo vedente e veduto (MERLEAU-PONTY 1945; 1961; 1964). L'intento era quello di superare l'impostazione classica della soggettività, che fa dipendere il percepito dal percipiente, riconoscendo l'attività costitutiva del soggetto trascendentale sulle forme del mondo percepito (SILVESTRI 2007). Nella rinnovata direzione, l'attenzione si è indirizzata a cogliere la differenza ontologica (esplicitata attraverso il concetto di chiasma), ossia l'intreccio tra visibile ed invisibile dell'essere, che a sua volta consente di rappresentare l'intreccio soggetto/Altro/oggetto (SILVESTRI 2007).

⁴ Lo scritto richiamato (*Corpo, sguardo e silenzio*) è stato originariamente pubblicato nel 1965, sulle pagine di *L'Évolution Psychiatrique*. I riferimenti seguono la numerazione delle pagine della raccolta di scritti di Franco Basaglia edita da Einaudi nel 2005, così come individuata in bibliografia. Il saggio è ricco di riferimenti intellettuali, attingendo, in prospettiva innovativa, alla fenomenologia di Husserl e di Merleau-Ponty (nella misura in cui si riporta a Max Scheler), all'esistenzialismo sartriano, alla patografia extrospettiva (come è stata definita da Van den Berg) di Erwin Straus. Lo studio delle relazioni dell'io con il proprio corpo e del proprio corpo con il corpo d'altri è assunto come centrale per ogni indagine psichiatrica ed il corpo viene apprezzato nell'ambiguità fenomenologica scoperta da Merleau-Ponty, citato, in perfetta simmetria, tanto nelle battute introduttive, quanto nella chiusa finale del saggio (BASAGLIA 2005, 28 e 42).

⁵ Basaglia richiama Erwin Straus nella parte in cui riconosce nello sguardo «una funzione primaria nel rapporto che l'uomo tiene con sé, col suo corpo, con le cose, con l'altro», tanto che «nel suo stare in piedi, nel suo dominare con lo sguardo l'uomo si pone dunque in una particolare modalità fungente che caratterizza appunto – attraverso l'atto percettivo del guardare – la sua mondanizzazione» (BASAGLIA 2005, 32; le citazioni sono tratte da STRAUS 1949, 1933). Parimenti è ripreso il pensiero di Jean Paul Sartre, secondo cui lo sguardo altrui agisce come intermediario che rimanda dal sé al se stesso, che rende coscienti di sé: «solo attraverso lo sguardo d'altri – commenta Basaglia – io posso essere la mia oggettività, avvertendo contemporaneamente la soggettività dell'altro che mi determina e mi domina» (BASAGLIA 2005, 32; le citazioni sono tratte da SARTRE 1950).

⁶ Secondo Basaglia, la realizzazione del corpo come fattità è aperta a due possibilità alternative: l'alterità, che, a fronte dell'intervallo fra il sé ed il proprio corpo, fra il sé e l'altro, comporta la scelta del sé, del proprio corpo, della propria condizione; l'alienità, che origina dalla dissoluzione dell'intervallo, abbandonando il sé ad una promiscuità

essenziale che garantisce, inalterata, al corpo la sua esperienza di unicità (BASAGLIA 2005, 34). Nell'intervallo è impedita la catastrofica metamorfosi di una alterità costitutiva in una alienità degenerativa. Perché la soggettività non sia violata dall'occhio e l'esposizione al mondo non si traduca in nuda vulnerabilità, occorre che lo sguardo si eserciti in un distacco e la parola sia tenuta in silenzio⁷.

Queste considerazioni divengono centrali quando ad essere in questione sia non solo il costituirsi fenomenologico della relazione intersoggettiva, ma anche e soprattutto la sua riqualificazione in termini giuridici. Su questo piano può essere colta più profondamente l'inquietudine del diritto, così come la sua paradossale ambiguità, che vive della complicità dei contrari e che non può che oscillare tra essi; sinteticamente, il suo essere *pharmakon* (RESTA 2008), al contempo antidoto e veleno, cura e malattia, razionalità ed irrazionalità.

Anche l'occhio della Legge proclama, infatti, in certi casi, la propria cecità. Lo sguardo giuridico, che non si limita a ricevere il visibile, ma lo ordina, organizzando l'esperienza⁸, si ritrae fino all'annichilimento ogniquale volta intenda negare la rilevanza di certi dati, fatti o circostanze. Il diritto, così, produce diverse gradazioni di visibilità/invisibilità; legittima opposti teoremi ottici di esistenza/inesistenza.

A sua volta, il nostro occhio critico è divenuto abbastanza agnostico o saturo per non cogliere che certe nozioni neutrali e formali, così come certi velamenti autoimposti, per cui la Legge si proclama cieca rispetto a colori, generi, o altri possibili referenti, non sono garanzie sufficienti a porre al riparo da atteggiamenti antidiscriminatori. Anzi, un'autentica ideologia della cecità ha celato, nelle pieghe di una nozione tutta astratta e formale di uguaglianza, la costruzione istituzionale di gruppi di vulnerabilità sociale ed economica⁹.

in cui l'altro urge ed invade senza tregua (BASAGLIA 2005, 31). Ulteriormente riprendendo l'idea freudiana di *Erlebnisse* per interpretare il pudore, il disagio e la vergogna, così conclude Basaglia: «solo lo guardo d'altri (ed il mio per altri) – in quanto atto intenzionale che mi coglie nell'organizzazione totalitaria del mondo – mi rende cosciente di questo intervallo: in presenza dello sguardo altrui io non avverto gli occhi che mi guardano, ma vivo soltanto il mio essere vulnerabile, il mio essere scoperto, esposto, smascherato a me stesso in un sentimento di vergogna e di angoscia che mi distanzia e mi difende dall'invasione dell'altro» (BASAGLIA 2005, 33).

⁷ Al pari dello sguardo, il silenzio è interpretato come una pausa nella quale l'uomo “prende fiato” per impadronirsi di sé e del suo mondo. «Nel rapporto il silenzio è un incontro preriflessivo nel quale i due partners si misurano, a distanza, reciprocamente sguardo-oggettivante e silenzio-giudizio. Nel silenzio resta infatti sempre presente e viva la tensione dei due corpi, l'uno verso l'altro: è il riconoscimento reciproco del proprio posto, del proprio spazio, del proprio corpo» (BASAGLIA 2005, 33). In proposito si richiama, ancora, la riflessione di Merleau-Ponty (MERLEAU-PONTY 1960).

⁸ Per una riflessione critica sullo “sguardo del diritto”, laddove guardare non significa solo ricevere, ma ordinare il visibile, così che la forma della nostra rappresentazione non è che la conseguenza della legalità del nostro vedere si veda COSTANTINI 2017, 231 (ove si richiama di Régis Debray; DEBRAY 1999). In questa prospettiva lo sguardo può essere considerato “nomico”, ossia attivatore di un processo di mondificazione (COSTANTINI 2017, 323). Ulteriormente, sul carattere attivo e quasi predatorio della vista, tanto che mito e letteratura hanno offerto esempi di sguardi capaci di pietrificare ed uccidere, ZANETTI 2019, 143.

⁹ In questa prospettiva Zanetti dimostra come, nella tradizione giuridica statunitense, la *color blindness* proclamata dal giudice John Marshall Harlan nel celebre caso *Plessy v. Ferguson* [*Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, 1896: «Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful»], si sia trasformata negli anni successivi in una “grottesca giustificazione di una vera e propria cecità morale” (ZANETTI 2019, 38 s.). Nell'interpretazione proposta, la teoria critica della razza intenderebbe superare la posizione ideologica di quanti pretendono di osservare senza vedere: essa, infatti, renderebbe visibile la sperequazione basata su rapporti di potere attraverso la linea del colore, sperequazione spesso occultata da un asserito formalismo, oltre che dalla supposta neutralità delle categorie filosofiche, giuridiche e politiche del liberalismo tradizionale (ZANETTI 2019, 41). In considerazione del fatto che le discriminazioni riguardano individui situati, ossia storicamente determinati, così che la loro appartenenza ad un determinato gruppo costituito come vulnerabile dipende proprio da tali circostanze non astratte, le nozioni neutrali e formali non risultano idonee ad apprestare sufficienti garanzie. In via esemplificativa, anche la formula *separate but equals* – ampiamente utilizzata nel contesto giuridico statunitense per difendere la liceità della segregazione razziale – si tradusse operazionalmente in un dispositivo di argomentazione giuridica capace di «rendere invisibile la

Appare, perciò, interessante analizzare criticamente questo dispiegarsi e ritrarsi dello sguardo della Legge, così da seguirne le mobili evoluzioni che si sono poste alla base di processi opposti di giuridificazione e di de-giuridificazione, di protensione e retrocessione, e che al contempo hanno portato alla costruzione di un preciso lessico, formato da parole definite. Il punto di vista ha strategicamente costruito il piano del discorso, articolandolo nella segmentazione e dislocazione spaziale del Giuridico: vista e cecità si sono associate a vere e proprie politiche semantiche, ossia ad un dire e ad un non dire selettivi, per convalidare o mettere in crisi dispositivi egemonici.

La riflessione sulla definizione del concetto di capacità e sull'attribuzione della qualifica giuridica di "capace" contribuisce perciò a delineare, in una prospettiva originale, una compiuta epistemologia ed estetica dello sguardo giuridico, nella consapevolezza dell'intrinseca politicità del vedere e del guardare, che non sono mai atti neutri.

Ultimamente, il diritto ha contribuito a plasmare una compiuta economia politico-normativa della percezione.

2. Gradazioni di visibilità e forme di vulnerabilità sociali. Paradigmi a confronto

In questa direzione, le ragioni di antagonismo nella costruzione discorsiva di soggettività e capacità si sono misurate nello scontro tra un paradigma di "ecceità/eccezionalità biopolitica" ed un paradigma di "relazionalità abilitante".

È noto come le narrazioni della Modernità abbiano insistito sull'ontologia negativa della disabilità, elaborando una retorica della limitazione e della devianza, che ha fatto del soggetto "diverso" dall'individuo normodotato un ente reale e sociale collocato in una posizione di minorità, volta per volta descritta in termini di passività e dipendenza, se non di effettiva inutilità. Per effetto di una trasposizione successiva dall'ambito morale-religioso a quello scientifico-medico, il concetto stesso di "normalità" ha assunto un ruolo, assiologico e funzionale, di indubbia rilevanza: oggettivatane la definizione, esso è stato automaticamente esteso alla sfera sociale, dove ha acquisito una valenza normativa e prescrittiva. Ne è derivato un determinismo sociale figlio dell'originario determinismo biologico: il predicato naturale della normalità è stato trasformato in vero e proprio operatore strategico, in dispositivo di soggettivazione mediante omologazione. Su queste premesse è stato possibile attuare un regime autenticamente biopolitico, in cui l'integrità delle funzionalità biologiche ha operato quale standard normativo di appartenenza ad una determinata collettività.

In questo contesto storico e politico, l'occhio della Legge ha ibridato giorno e notte, contaminando visione e cecità.

È, perciò, possibile rileggere in termini estetici la relazione di "inclusione esclusiva" che, nella prospettiva affascinante aperta da Giorgio Agamben (AGAMBEN 2005a), può essere utilizzata per rappresentare il *sacrificio* di debolezza e fragilità¹⁰. Lo sguardo normativo ha, infatti, compiuto

brutale sostanza e iniquità del fatto della segregazione, attivando una nozione tutta formale e astratta di eguaglianza, incapace di vedere le sostanziose vulnerabilità situate che essa anzi rendeva invisibili e non riconoscibili (e che quindi proteggeva) in quanto tali» (ZANETTI 2019, 41). In modo storicamente e filosoficamente lucido si è segnalato come oggi il referente antropologico della nozione di soggetto della modernità giuridica, ossia il soggetto giuridico astrattamente considerato, sia sotto accusa, e come, al pari, la sua pretesa universalità sia sottoposta a decostruzione. La molteplicità è divenuta, infatti, la cifra dominante dell'attuale scenario (PASTORE 2018, 129).

¹⁰ Qui si richiama la semantica del sacrificio che Giorgio Agamben ha introdotto a partire dalla precisa riqualificazione giuridica e politica del concetto di *sacer*, così come portato dalla figura paradigmatica dell'*homo sacer*. Nel pensiero di Agamben sacrificio e profanazione si codeterminano in senso oppositivo: «sacro e profano rappresentano [...] nella macchina del sacrificio un sistema a due poli, in cui un significante fluttuante transita da un ambito all'altro senza cessare di riferirsi al medesimo oggetto» (AGAMBEN 2005b, 90). Sacrificio è il dispositivo che attua e regola una separazione: esso designa, originariamente, l'uscita delle cose dalla sfera del diritto umano, la loro sottra-

to un'operazione percettibile di cattura escludente, volta ad apprendere per via di eccezione l'individuo deviante, così da collocarlo in uno spazio marginale, in un campo. A questo atto estetico, che risponde alla provocazione del mondo ed implica una decisione, è associato un progetto declamatorio di cecità: quella zona, che fattualmente esibisce la propria natura di gabbia feroce, di ghetto esistenziale, è presentata come area riservata e seclusa di protezione e difesa.

Di fronte ad un simile paradigma di visiva invisibilità, la riflessione critica ha promosso la riappropriazione di quella distanza o la riapertura di quello scarto che, come Basaglia ha ammonito, è essenziale per il riconoscimento della alterità. La normalizzazione imposta agli sguardi individuali per renderli veicoli di una silenziosa forma di coercizione normativa è stata posta sotto accusa e contestualmente è stato vinto l'antico imbarazzo di fronte ad una domanda di cura che non si sapeva riconoscere, o alla quale non si era in grado di attribuire un senso.¹¹ Ciò ha determinato la transizione da una politica del disgusto ad una politica dell'umanità, per impiegare le espressioni che notoriamente si devono a Martha Nussbaum (NUSSBAUM 2011a).

Come è stato possibile superare l'antica anestesia performativa? Che cosa dicono, oggi, le più recenti forme di protezione dei soggetti vulnerabili e come esse portano a (ri)guardare – in murata prospettiva – il concetto filosofico e giuridico di capacità? Che cosa è implicato dalle scelte lessicali che ogni ordinamento ha espresso nella nomenclatura degli strumenti di tutela? Verso quali orizzonti è possibile oggi orientare la comprensione?

Con differente intensità, i sistemi giuridici europei hanno plasmato un diverso paradigma di relazionalità intersoggettiva in grado di offrire una possibilità di espressione sociale, giuridica e politica alle plurali condizioni di sofferenza tanto da valorizzare e promuovere una risignificazione della disabilità in termini positivi, al riparo da ogni formulazione stereotipica o stigmatizzante. L'applicazione programmatica di quello che è stato definito, in sede teorica, come "approccio delle capacità"¹² (SEN 1999; NUSSBAUM 2002, 2003, 2011b) ha progressivamente permesso di modificare la definizione stessa di benessere e di promuovere politiche di sviluppo orientate a

zione dall'uso comune. Per contro, profanare significa restituire all'uso ciò che il sacro ha separato e impietrito; la profanazione disattiva i dispositivi del potere e restituisce all'uso comune gli spazi che esso aveva confiscato. «Profanare significa: aprire la possibilità di una forma speciale di negligenza, che ignora la separazione o, piuttosto, ne fa un uso particolare» (AGAMBEN 2005b, 85). Proprio a partire dall'indagine sull'*homo sacer*, Agamben porta ad evidenza l'ambiguità costitutiva dell'operazione profanatoria, e di quella inversa della consacrazione: «[i]n quanto si riferiscono a un medesimo oggetto, che deve passare dal profano al sacro e dal sacro al profano, esse devono fare i conti ogni volta con qualcosa come un residuo di profanità in ogni cosa consacrata e a un resto di sacralità presente in un oggetto profanato» (AGAMBEN 2005b, 89). Con specifico riferimento alla "distribuzione ontologica" dell'uomo dichiarato *sacer*, nota Agamben: «[n]el mondo profano, al suo corpo inerisce un residuo irriducibile di sacralità, che lo sottrae al normale commercio con i suoi simili e lo espone alla possibilità della morte violenta, che lo restituisce agli dèi cui in verità appartiene; considerato, invece, nella sfera divina, egli non può essere sacrificato ed è escluso dal culto, perché la sua vita è già proprietà degli dèi e tuttavia, in quanto sopravvive, per così dire, a se stessa, essa introduce un resto incongruo di profanità nell'ambito del sacro» (AGAMBEN 2005b, 89 s.). Per una riflessione sulla ideologia sacrificale come ricostruita da Giorgio Agamben si veda il saggio critico di Francesco Valerio Tommasi (TOMMASI 2008). Per una ulteriore riflessione che mette in relazione, cogliendone le differenze, il pensiero di Giorgio Agamben a quello di René Girard, si veda il recente contributo di Sandra Rossetti (ROSSETTI 2018).

¹¹ La riflessione più avveduta si interroga sul modo in cui, genealogicamente, si è fatto uso del concetto di cura per concludere che, anche se troppo spesso circoscritta ad una dimensione squisitamente morale, l'etica della cura può assumere – e di fatto ha assunto – una valenza propriamente politica (BERNARDINI 2018, 275 ss.).

¹² Inteso come teoria etico-politica. Nella declinazione proposta da Amartya Sen, la teoria dell'approccio delle capacità si propone quale alternativa critica al welfarismo ed all'utilitarismo, minandone la posizione egemone nel dibattito intellettuale. Lo scopo del nuovo pensiero sarebbe quello di identificare lo spazio in cui valutare le condizioni di vita degli individui (con particolare attenzione alle situazioni di povertà ed ineguaglianza) onde definire i criteri in base ai quali orientare le scelte pubbliche. Particolarmente rilevante è la riqualificazione che tale approccio ha inteso offrire del concetto di benessere, da ritenersi inclusivo di interessi, ideali, aspirazioni, motivazioni e sentimenti morali che vanno al di là del perseguimento del benessere materiale individuale. Su queste basi Martha Nussbaum giunge a costruire una innovativa teoria della giustizia. Per una articolata riflessione sull'egalitarismo, come classe di concezioni politiche della giustizia, si veda RIVA 2016.

rafforzare la partecipazione e l'*empowerment* dei soggetti vulnerabili. La direzione verso nuovi obiettivi è stata marcata dall'utilizzo creativo di una precisa terminologia giuridica che, a seconda dei contesti, ha misurato ed espresso diversi livelli di superamento e/o di ambiguo ancoraggio a dispositivi linguistici e concettuali tradizionali¹³.

Così, la forza libertaria francese, sprigionata dall'imponente riflessione foucaultiana (FOUCAULT 1954; 1961; 1963), ha ispirato un'ampia strategia di diversificazione delle tecniche protettive, integralmente parametrata sui principi di flessibilità, *individualisation* e sussidiarietà¹⁴ e ha portato in primo piano l'istituto della salvaguardia di giustizia (*sauvegarde de justice*), che reca impressa nel proprio nome la prevalenza di una esigenza di difesa del soggetto debole rispetto ad una esigenza di tutela del terzo contro l'altrui vulnerabilità. Tale forma di protezione, infatti, non si attua attraverso una pregiudiziale limitazione della capacità, ma attraverso una successiva immunizzazione dell'interessato dagli effetti pregiudizievoli che possono derivare dagli atti compiuti.

Gli indirizzi accolti dalla psichiatria democratica in area germanica hanno portato ad una ulteriore e più coraggiosa idea riformista, che si è concretata sia nella formale cancellazione delle forme tradizionali di interdizione ed inabilitazione, sia nell'abbandono degli schemi classici della tutela e della curatela, per accogliere regimi di protezione elastici, plasmabili e graduabili dal giudice delle tutele secondo le concrete esigenze di sostegno della persona. Se la nomenclatura austriaca risente ancora del più risalente retaggio gestionale, utilizzando in radice l'idea di *Sachwalter* (VECCHI 1987), mentre la definizione tedesca aderisce totalmente al nuovo indirizzo, facendo perno sull'idea di *Betreuung* (NAPOLI 1995), ossia di cura, l'operatività di entrambi gli istituti, così qualificati, è assicurata grazie al meccanismo della "riserva di consenso", che minimizza l'ablazione di capacità negoziale dell'assistito, e grazie ad una totale riduzione, se non effettiva cancellazione, delle forme di pubblicità.

Nell'ordinamento italiano, l'introduzione dell'amministrazione di sostegno¹⁵ ha spezzato la logica binaria che civilisticamente ha contrapposto capacità ad incapacità e ha sciolto il vincolo di consequenzialità naturalistica e necessaria tra infermità e incapacità (FERRANDO 2010)¹⁶. La monocrazia degli strumenti materiali di negazione o limitazione della capacità di agire è stata intaccata per dare ingresso ad un rimedio a contenuto positivo in grado di valorizzare la possibilità concreta del soggetto di autodeterminarsi senza rischi. La geometria stessa della costruzione codicistica ne è risultata modificata: la preminenza accordata al profilo relazionale non solo ha restituito il senso di una curvatura nuova di istituti tradizionali, ma ha anche imposto una trasformazione dell'esistente topografia normativa. La pluralizzazione delle tutele, attuata per addizione e non per sottrazione, ha consegnato all'interprete tre diverse misure che si attivano per mezzo di tre diversi procedimenti e sono dispensate nell'ambito di due diverse giurisdizioni, volontaria ovvero contenziosa. La staticità del vecchio impianto è stata, così, smantellata a favore di una struttura a composizione variabile.

Il passaggio dalla insuperabilità delle originarie demarcazioni alla permeabilità delle nuove soglie è culminato, da ultimo, in un movimento espansivo e contrattivo, che ha trasformato in residuale e subalterno quanto un tempo era prevalente e dominante. Questa profonda alterazione dei pregressi equilibri sistematici ha a sua volta innescato uno slittamento tra diversi para-

¹³ Lo stesso lemma "vulnerabilità" è stato impiegato in differenti ambiti e riferito a diversi enti; neppure quando posto in relazione alla persona fisica, esso ha mantenuto un significato unitario, venendo declinato in modo mutevole e sfuggente (VIRILIO 2018, 161).

¹⁴ In netto superamento rispetto all'impianto normativo dell'originario *Code Napoléon*. L'intervento correttivo e riformista è stato attuato con la legge 68-75 del 3 gennaio 1968. Per ogni dettaglio sulla conformazione dell'attuale disciplina rispetto al previgente paradigma regolativo si rinvia all'analisi comparatistica (*ex multis*, AUTORINO STANZIONE 1991; VENCHIARUTTI 1988; PESCARA 1997; COSTANTINI 2013).

¹⁵ Avvenuta con legge 9 gennaio 2004, n. 6.

¹⁶ «Il rapporto tra capacità ed incapacità, stabilito nel codice nei termini di un'alternativa netta e senza scampo, diviene ora mobile e fluido» (FERRANDO 2010, 840).

digmi regolativi e valoriali. L'allontanamento da una particolare concezione dello *status*, come dispositivo di emarginazione e di applicazione di un regime speciale in quanto differenziato, ha comportato, per conseguenza, la più ampia valorizzazione dell'individuo, della sua personalità e della sua dignità, oltre che, nello specifico, la massima tutela possibile dell'autodeterminazione e della capacità anche del soggetto in posizione di debolezza o di difficoltà.

In questo rinnovato contesto si è, poi, lanciato un vero e proprio anatema contro i demoni dell'interdizione e dell'inabilitazione, chiedendo (da parte dei giuristi) che i corpi dei codici ne siano esorcizzati e (da parte degli psichiatri forensi) che il paziente sia liberato da quella posizione regredita in cui era stato stabilizzato dalla trappola giuridica.

È possibile che un certo obiettivo tattico sia stato conseguito con il mantenimento iniziale degli istituti tradizionali. Come si è notato, la conservazione del vecchio accanto al nuovo può essere stata funzionale per attuare un effettivo sforzo di de-stigmatizzazione di massa, o, con diversa ma equivalente espressione, per produrre una secolarizzazione intramondana del microcosmo della diversità (CARBONE 2004). In questa prima fase di transizione, interdizione e inabilitazione si sarebbero, pertanto, presentati come dispositivi catalizzatori delle antiche sacche di pregiudizio e resistenza, come contenitori dello stigma, ed avrebbero per l'effetto mondato le nuove forme di tutela da ogni ipoteca culturale, rendendole funzionalmente pronte a restituire appieno il soggetto vulnerabile al vivere sociale.

È d'altra parte vero che il contesto, da allora, è ulteriormente mutato: la giurisprudenza ha deciso per una disapplicazione progressiva delle misure tradizionali di incapacitazione, rimettendole al destino di una inevitabile eutanasia, e per una estensione dell'area di concreta operatività dell'amministrazione di sostegno, così da avvalorare, sinteticamente, un principio generale di "dovere di protezione senza interdizione".

È allora, forse, davvero giunto il momento di interrogarsi a fondo sul senso della permanenza di tali istituti. Più che rimanere legati ad una dicotomica partizione, che porterebbe ad affermare o a negare l'ammissibilità civilistica di una "amministrazione non incapacitante", sarebbe proficuo porre al centro della riflessione una diversa figura, quella della inadeguatezza gestionale¹⁷ (CENDON 2005), fino a promuoverla al ruolo di nozione guida nel processo di individuazione dei casi in cui l'intervento di protezione è giustificato e consentito (CENDON, ROSSI 2014). Alternativamente, si potrebbe pensare all'introduzione di una nuova forma di tutela che si affianchi all'uso della amministrazione di sostegno esteso anche alle ipotesi di maggiore gravità, una forma più agile e snella che potrebbe essere configurata nei termini di una "assistenza privata".

3. Visioni e Revisioni. Tra reazioni immunitarie ed esposizioni di volti situati

Nell'ulteriore sviluppo della prospettiva riformista, appaiono percorribili tre linee direttrici, che qui si intendono suggerire. Esse derivano dall'applicazione al tema in questione del pensiero di Roberto Esposito, di François Jullien e di Giorgio Agamben.

In primo luogo, Roberto Esposito ha definito l'ontologia della comunità a partire dalla riquilificazione della radice etimologica del termine *communitas*, ponendo l'accento sull'orizzonte semantico di per sé plurivoco della parola *munus* (ESPOSITO 1998). In questa prospettiva, la comu-

¹⁷ La figura viene così caratterizzata dai promoventi: «maculata, puntinata, reticolare, funzionalistica, operativo/burocratica, depersonalizzata, non lombrosiana, circoscritta di regola a una serie ben precisa di operazioni e di atti: una categoria che al suo interno si presenta divisa in due sub-versioni disciplinari, quella dell'inadeguatezza "negozialmente pericolosa" (es. prodighi irriducibili), la quale condurrà di regola a indicazioni di taglio incapacitante, più o meno ampie, ad opera del giudice tutelare; e quella dell'inadeguatezza "negozialmente non pericolosa" (es. anziani sfiancati, malinconici, con disturbi del carattere, ma lucidi, vigili, pignoli, rigorosi), che non comporterà invece alcuna incapacitazione, o eventualmente approdi specifici al solo modello curatoriale» (CENDON 2005).

nità si costituirebbe attraverso l'attuazione di un paradigma immunitario: se la *communitas* è quella relazione che vincola i propri membri ad un impegno di donazione reciproca (il *munus*, appunto), l'*immunitas* identificherebbe la condizione di dispensa da tale obbligo, e dunque di difesa nei confronti dei suoi effetti espropriativi. L'immunizzazione costituirebbe, perciò, un ingranaggio interno alla comunità, «la piega che separa la comunità da sé stessa, mettendola al riparo da un eccesso non sostenibile; il margine differenziale che vieta alla comunità di coincidere con sé medesima» (ESPOSITO 2004, 48).

La genealogia delle forme di tutela dei soggetti vulnerabili e delle misure di incapacitazione avrebbe denunciato, nel nostro ordinamento, un disegno di progressiva immunizzazione.¹⁸ In particolare, i dispositivi giuridici di maggiore incisività avrebbero storicamente preservato la collettività dalla crisi di rigetto che sarebbe stata espressa ove fosse stato danneggiato quel bene essenziale per le economie aperte che riposa nella certezza dei rapporti. Proprio l'attuazione del paradigma immunitario, portando ad evidenza la paradossalità dell'ontologia comunitaria, che vive (dis)articolata attraverso il funzionamento di un duplice dispositivo,¹⁹ avrebbe reso possibile la modernità in quanto biopolitica²⁰ (PEZZANO 2011, 1). In tempi successivi, si sarebbe perseguita un'ulteriore dinamica immunitaria, sia pure in senso inverso rispetto alla precedente: il riformato art. 414 c.c. avrebbe, infatti, introdotto un ulteriore anticorpo nei confronti dell'istituto tradizionale dell'interdizione, condizionandone la pronuncia alla necessità di adeguata protezione dell'infermo. Nel mutato contesto generale, che tiene conto dell'applicazione pratica ed estensiva dell'amministrazione di sostegno, pare che la funzione propria dell'originario disegno immunitario sia stata esaurita, fino a giungere al proprio epilogo storico. Appare, perciò, auspicabile un altro modo di «abitare la distanza», che consenta, oggi, di esercitare un doppio sguardo, uno strabismo à la *Derrida*, capace di superare le opposizioni senza rimanere bloccati in uno dei due poli contrastivi del discorso giuridico (capacità/incapacità). Diversamente, si continuerebbe a costruire il soggetto contemporaneo sulla grande aporia in cui l'assicurazione immunitaria aveva confinato l'esperienza del soggetto moderno: quella di trovare il riparo della vita nelle stesse potenze che ne interdiccono lo sviluppo.

In seconda battuta, pare illuminante il pensiero di François Jullien che, nel misurare lo scarto tra il pensiero occidentale ed il pensiero orientale, ha aperto ad una nuova ermeneutica del soggetto. Esiti interessanti, anche dal punto di vista giuridico, potrebbero derivare, infatti, dalla valorizzazione offerta del concetto di situazione, rimasto (nelle parole di Jullien) «sottosviluppato in Europa sotto il regno della ascesa del soggetto» (JULLIEN 2017, 242). La situazione, in quanto momento-posizione, è da pensare non come l'intorno della «circo»-stanza, ma come una congiunzione di istanze e di fattori che esercitano tra loro una reciproca incitazione, sempre rinnovata ed evolutiva (JULLIEN 2017, 249). Per questo, più che di situazione sarebbe corretto parlare di «potenziale di situazione» non modellizzato, ma vivo e pro-reattivo²¹. Su queste basi, l'etica non procede-

¹⁸ L'immunizzazione esprime la ricerca di una «risposta protettiva nei confronti di un rischio»: «ciò che prima era sano, sicuro, identico a se stesso, è ora esposto a una contaminazione che rischia di devastarlo» (ESPOSITO 2002, 3 s.). Come si è sottolineato, il rischio si traduce nella minaccia di uno sconfinamento, di una spaccatura lungo la linea di confine tra interno ed esterno, proprio ed estraneo, individuale e comunitario (PEZZANO 2011, 1).

¹⁹ Il dispositivo del *munus* ed il contro-dispositivo, o correttivo dell'*immunitas*.

²⁰ Fino a passare dalla biopolitica alla tanatopolitica, l'eccesso difensivo potendosi tradurre in espulsione e distruzione dell'altro. L'ambiguità paradossale risiede nel fatto che il meccanismo di protezione della vita ha in sé il rovesciamento nella distruzione della vita, nell'annichilimento e nello sterminio (FIMIANI 2008, 84). Commentando il pensiero di Esposito, per esporne le ragioni al contempo di continuità e di superamento di parte della tradizione filosofica, si è notato come «la reazione al contagio, la spinta immunitaria [traduca] lo scontro amico-nemico nella complessità di una disposizione reticolare, dove l'altro, l'estraneo appar[e] come effetto e motore della vita singolare, disegna il primo profilo – oltre l'assoluto fuori – di una pur difficile articolazione di un *dentro-fuori*, di uno spazio di costruito complesso. Mobile, trasformativo, sottrattivo dell'autoaffermazione e dell'indifferenza» (FIMIANI 2008, 84 s.).

²¹ In questa prospettiva non si considera la situazione secondo il piano concepito a partire dall'iniziativa di un io-soggetto; si è conseguentemente in grado «di captare costantemente ciò che, nella configurazione in evoluzione, può

rebbe da regole predeterminate, ma da una regolazione continua e, al di là del concetto di libertà, eserciterebbe forza attrattiva il diverso concetto di disponibilità, da intendersi come apertura alla situazione fino all'effettivo dis-facimento della consistenza del soggetto²².

Da ultimo, un ulteriore sviluppo intellettuale può portare a defocalizzare l'attenzione dalla predominanza delle forme di vita, così come compiutamente riconcettualizzate da Giorgio Agamben (AGAMBEN 2005a), ossia come articolazioni e dislocazioni ontologiche delle possibilità biologiche messe in atto dal Politico, ai modi di vita, plurali e compossibili, che si danno ontologicamente prima dell'incontro con il Politico ed il Giuridico e che, anzi, nel Politico e nel Giuridico chiedono di essere riconosciuti e tutelati nella pienezza della dignità che a ciascuno di essi pertiene.

In questa cornice, che si è inteso delineare, appare stimolante concludere con un auspicio, per coniugare la riflessione di Jullien sul senso della disponibilità alla riflessione di Agamben sul senso del volto (AGAMBEN 1996), che non è simulacro (ossia qualcosa che dissimula e copre la verità), ma *simultas*, ossia l'essere insieme dei molteplici visi che lo costituiscono, senza che alcuno di essi sia più vero degli altri; sul volto, quindi, come soglia di de-propriaione e di de-identificazione di tutti i modi e di tutte le qualità nella quale soltanto essi diventano puramente comunicabili²³. Forse, prima di intraprendere il passo finale, è bene tornare a lasciarci essere puramente e semplicemente come "nostro volto"; nelle parole di Agamben, è bene «andare alla soglia, non rimanere i soggetti delle nostre proprietà o facoltà, non rimanere sotto di esse, ma andare con esse, in esse, oltre esse» (AGAMBEN 1996, 80).

essere sfruttato in maniera più vantaggiosa» (JULLIEN 2017, 250).

²² «L'aspirazione etica non è quella dell'"autonomia", l'"essere legge (a) se stessi", come per gli Stoici; non è la Libertà intesa come nel pensiero classico europeo, cioè quella proprietà prima di un soggetto – è piuttosto l'inverso che esprime la *disponibilità*; non il contrario ma il contraddittorio, a rigor di termini. Lo specifico della libertà consiste nel trascendere la situazione, ogni situazione; la disponibilità è invece l'apertura alla situazione, senza alcuna proiezione che potrebbe ostacolarla, tanto che si disfa la consistenza di un "soggetto"» (JULLIEN 2017, 237).

²³ «Il mio volto è il mio fuori: un punto di indifferenza rispetto a tutte le mie proprietà, rispetto a ciò che è proprio e a ciò che è comune, a ciò che è interno e a ciò che è esterno. Nel volto, io sto con tutte le mie proprietà (il mio essere-bruno, alto, pallido, orgoglioso, emotivo...), ma senza che nessuna di esse mi identifichi o mi appartenga essenzialmente. Esso è la soglia di de-propriaione e di de-identificazione di tutti i modi e di tutte le qualità, nella quale soltanto essi diventano puramente comunicabili. E solo dove trovo un volto, un fuori mi avviene, incontro un'esteriorità» (AGAMBEN 1996, 80).

Riferimenti bibliografici

- AGAMBEN G. 1996. *Mezzi senza fine*, Torino, Bollati Boringhieri.
- AGAMBEN G. 2005a. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi.
- AGAMBEN G. 2005b. *Profanazioni*, Roma, Nottetempo.
- AUTORINO STANZIONE G. 1991. *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in «Riv. dir. civ.», 37, 1991, 523 ss.
- BASAGLIA F. 2005. *Corpo, sguardo e silenzio. L'enigma della soggettività in psichiatria*, in ID., *L'utopia della realtà*, a cura di F. Ongaro Basaglia, Torino, Einaudi, 27 ss. (ed. or. 1965).
- BERNARDINI M.G. 2018. *Dalla responsabilità alla democrazia abilitante: prospettive (non troppo) future su etica della cura e vulnerabilità*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 275 ss.
- CARBONE E. 2004. *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, disponibile in <https://www.personaedanno.it/articolo/liberta-e-protezione-nella-riforma-dellincapacita-dagire-enrico-carbone> (consultato il 10 gennaio 2020).
- CENDON P. 2005. *Abrogare l'interdizione (e l'inabilitazione)*, disponibile in <https://www.personaedanno.it/articolo/abrogare-linterdizione-e-linabilitazione-persona-e-danno> (consultato il 10 gennaio 2020).
- CENDON P., ROSSI R. 2014. *Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e inabilitazione*, Milano, Key Editore.
- COSTANTINI C. 2013. *Il quadro comparatistico: Prospettiva generale*, in SALITO G., MATERA P.L. (eds.), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, Cedam, 2013, 1335 ss.
- COSTANTINI C. 2017. *Nomos e Rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato*, Milano, Mimesis.
- DEBRAY R. 1999. *Vita e morte dell'immagine. Una storia dello sguardo in Occidente*, Milano, Editrice Il Castoro.
- DERRIDA J. 2000. *Le toucher*, Jean-Luc Nancy, Paris, Galilée.
- DERRIDA J. 2007. *Toccare*, Jean-Luc Nancy, Genova, Marietti.
- ESPOSITO R. 1998. *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi.
- ESPOSITO R. 2002. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi.
- ESPOSITO R. 2004. *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi.
- FERRANDO G. 2010. *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in «Famiglia, Persone, Successioni», 6, 12, 2010, 836 ss.
- FIMIANI M. 2008. *Oltre l'impersonale*, in BAZZICALUPO L. (ed.), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Milano, Mimesis, 83 ss.
- FOUCAULT M. 1954. *Maladie mentale et personnalité*, Paris, Presses Universitaires de France.
- FOUCAULT M. 1961. *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge Classique*, Paris, Librairie Plon.
- FOUCAULT M. 1963. *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical*, Paris, Presses Universitaires de France.
- GHILARDI M. 2011. *Derrida e la questione dello sguardo*, Palermo, Aesthetica Preprint.
- JULLIEN F. 2017. *Essere o vivere. Il pensiero occidentale e il pensiero cinese in venti contrasti*, Milano, Feltrinelli Universale Economica.
- MERLEAU-PONTY M. 1945. *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard (*Fenomenologia della percezione*, Milano, Bompiani, 2005, trad.it. di A. Bonomi).

- MERLEAU-PONTY M. 1960. *Signes*, Gallimard, Paris.
- MERLEAU-PONTY M. 1961. *L'œil et l'esprit*, in «Art de France», 1, 1961, 187 ss. (*L'occhio e lo spirito*, Milano, SE, 1989, trad.it. di A. Sordini).
- MERLEAU-PONTY M. 1964. *Le visible et l'invisible*, Paris, Gallimard (*Il visibile e l'invisibile*, Milano, Bompiani, 1994, trad.it. di A. Bonomi).
- NAPOLI E.V. 1995. *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania*, in «Rivista di diritto civile», 41, 1995, 539 ss.
- NUSSBAUM M. 2002. *Capabilities and Social Justice*, in «International Studies Review», 4, 2, 2002, 123 ss.
- NUSSBAUM M. 2003. *Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice*, in «Feminist Economics», 9, 2-3, 2003, 33 ss.
- NUSSBAUM M. 2011a. *Disgusto e umanità*, Milano, Il Saggiatore.
- NUSSBAUM M. 2011b. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press.
- PASTORE B. 2018. *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 127 ss.
- PESCARA R. 1997. *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in RESCIGNO P. (ed.), *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, seconda edizione, Vol.4, III, Torino, Utet, 756 ss.
- PEZZANO G. 2011. *Il paradigma dell'antropologia filosofica tra immunità e apertura al mondo*, in «Dialegesthai», disponibile in: <https://mondodomani.org/dialegesthai/gpeoi.htm> (consultato l'11 maggio 2020)
- RESTA E. 2008. *Diritto vivente*, Roma, Laterza.
- RIVA N. 2016. *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia*, Torino, Giappichelli.
- ROSSETTI S. 2018. *La vulnerabilità nel pensiero di René Gurard e Giorgio Agamben*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 115 ss.
- SARTRE J.-P. 1950. *L'être et le néant*, Gallimard, Paris.
- SEN A. 1999. *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press (*Lo sviluppo è libertà*, Milano, Modadori, 2000, trad. it. di G. Rigamonti).
- SILVESTRI R. 2007. *La dicotomia soggetto/oggetto nel pensiero di Lacan e Merleau-Ponty*, in «Aut aut», 333, 2007, 167 ss.
- STRAUS E. 1933. *Die Scham als historiologisches Problem*, in «Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie», 31, 1933, 1 ss.
- STRAUS E. 1949. *Die aufrechte Haltung. Eine anthropologische Studie*, in «Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie», 117, 1949, 367 ss.
- TOMMASI F.V. 2008. *Homo Sacer e i dispositivi. Sulla semantica del sacrificio in Giorgio Agamben*, in «Archivio di filosofia», 76, 2008, 395 ss.
- VECCHI P.M. 1987. *La riforma austriaca della tutela degli incapaci*, in «Rivista di diritto civile», 33, 1987, 37 ss.
- VENCHIARUTTI A. 1988. *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in «Diritto di famiglia e delle persone», vol. 17, I, 1988, 1455 ss.
- VIRILIO M. 2018. *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizione e contesti*, in GIOLO O., PASTORE B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 161 ss.
- ZANETTI G. 2019. *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma, Carocci.

L'AMBIGUA CAPACITÀ

RIFLESSIONI MINIME SULLA RINNOVATA ATTUALITÀ DI UN DIBATTITO E PRIMI TENTATIVI DI CHIARIFICAZIONE CONCETTUALE

MARIA GIULIA **BERNARDINI**



L'ambigua capacità
Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito
e primi tentativi di chiarificazione concettuale

The Ambiguous Capacity
Minimal Reflections on the Renewed Topicality of a Debate
and First Attempts of Conceptual Clarification

MARIA GIULIA BERNARDINI

Università degli Studi di Ferrara.
E-mail: mariagiulia.bernardini@unife.it

ABSTRACT

Analizzando l'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, la dottrina è solita parlare di una "rivoluzione", relativa all'affermazione del paradigma della capacità legale universale nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani. Nel corso del contributo, l'Autrice riflette sul contenuto dell'art. 12, ne mette in luce i profili controversi e prova a comprendere le ragioni del fermento che ha indotto la dottrina a rimarcare con sempre maggiore insistenza la rilevanza del cambiamento in atto.

In the analysis of art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, doctrine usually speaks of a "revolution", concerning the affirmation of the paradigm of universal legal capacity in international human rights law. Throughout her contribution, the Author reflects on the content of art. 12, highlights its controversial profiles and tries to understand the reasons underlying the turmoil that has led the doctrine to increasingly stress the relevance of the shift taking place.

KEYWORDS

capacità legale universale, disabilità, responsabilità, sostituzione, supporto

universal legal capacity, disability, responsibility, substitution, support

L'ambigua capacità

Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale

MARIA GIULIA BERNARDINI

1. "Delle capacità": *spunti per un inquadramento teorico generale* – 2. *L'art. 12 CRPD e l'ambigua capacità* – 2.1. *...per mettere a tema: i profili contenutistici* – 2.2. *Aspetti tecnici e rilievo simbolico: quale (o quali) capacità?* – 2.3. *Capacità universale e supporto: un equilibrio (in)stabile* – 2.4. *L'antico rapporto tra capacità legale e capacità mentale ad una svolta?* – 3. *Tra cliché e necessari dialoghi: prospettive possibili.*

«Capacity is a shifting network of values and circumstances»

MARGULIES 1994

1. "Delle capacità": *spunti per un inquadramento teorico generale*

La nozione di capacità può essere annoverata tra quei concetti che, seppur ormai da tempo sono oggetto di attenzione da parte della dottrina giuridica, tuttavia non smettono di essere fonte di disaccordi e incertezze, di perplessità e fraintendimenti, sia sul versante teorico sia – inevitabilmente – su quello pratico-applicativo. Le ragioni dell'insorgere e della permanenza di tali contrasti sono molteplici, e in gran parte ben note, a partire dalla polisemia che caratterizza il termine in questione già nell'ambito del linguaggio ordinario (ad esempio, si pensi alla differenza tra il significato che esso assume quando viene riferito ad uno stato mentale o, piuttosto, all'attitudine a compiere determinati atti), e che acquista dimensioni ancor più significative ove si volga la propria attenzione direttamente alla sfera giuridica.

In relazione a tale ultimo profilo, non può mancare di ricordare come, in tempi ormai risalenti, sia stato osservato che la «larga frangia di idee imprecise ed eterogenee» relative alla capacità dovesse essere addebitata non solo all'ambiguità del linguaggio, ma anche al legislatore e alla dottrina, che hanno fatto indistintamente appello alla nozione di "capacità" per individuare fenomeni del genere più vario, con ciò impedendo di rinvenire un substrato tecnico-giuridico ad essi comune¹. Secondo Angelo Falzea, l'eclettismo rivelato dagli operatori giuridici nel riferirsi al concetto da un lato, e la pluralità ed eterogeneità dei contesti al cui interno la nozione di capacità trovava accoglimento dall'altro, avrebbero permesso di stabilire o inferire legami assai vaghi tra le varie concezioni di capacità esistenti, senza alcuna possibilità di trovare una matrice comune. Ne era riprova la differenza, talvolta assai marcata, tra la nozione di capacità rilevante nell'ambito privatistico, pubblicistico, penalistico, internazionalistico, processuale (civile e penale) o tributario, così come quella tra la capacità a delinquere, di intendere e di volere, di discernimento, e così via.

A tale indeterminatezza ha fatto da contraltare una raffinata e plurisecolare elaborazione dottrinale, che ha rivelato come le brillanti costruzioni teoriche proposte nel corso del tempo fossero caratterizzate da una stringente coerenza interna, che «una volta accettata la logica dalla quale esse prendono le mosse, non riconoscono spazio alcuno ad ulteriori e diverse considerazioni» (STANZIONE 1988, 1)². Eppure, proprio questa autoreferenzialità non ha consentito di giungere

¹ Queste, in riferimento all'ordinamento italiano, le parole di Angelo Falzea: cfr. FALZEA 1960, 8 s.

² Queste considerazioni sono state svolte in relazione al diritto civile. Sull'evoluzione della nozione di "capacità", che nei suoi termini astratti e generali era sconosciuta all'esperienza romana e medievale, cfr. almeno ALPA 1993 e

ad alcuna soluzione condivisa: ancora alla fine degli anni Ottanta, Pasquale Stanzone osservava come i risultati a cui erano approdate le ricerche condotte fino a quel momento fossero discordanti e insoddisfacenti, laddove da un lato non avevano permesso di trovare la sintesi tra i vari indirizzi dottrinali e, dall'altro, si erano rivelati inapplicabili alle fattispecie concrete che la vita di relazione offriva all'attenzione del giurista, soprattutto ove declinati in riferimento alla soggettività giuridica e alla personalità (STANZIONE 1988, 1). Per il giurista campano, tale insuccesso era da addebitarsi ad un vizio metodologico, rinvenibile appunto nella tendenza ad inquadrare il problema in termini generali ed astratti, quasi che non spettasse al giurista interessarsi «alla singola persona umana in ciascuna delle molteplici manifestazioni del suo essere» (STANZIONE 1988, 4). Da qui, la progressiva tendenza a lasciare sullo sfondo gli studi di teoria generale relativi alla capacità “in generale”, per concentrarsi piuttosto sulla vita materiale degli individui.

A distanza di alcuni decenni, se anche le parole di Falzea sulla confusione concettuale che caratterizza la nozione di capacità si rivelano di persistente attualità, non può però mancare di osservare come il tema non abbia smesso di interessare i giuristi, seppure secondo modalità sensibilmente diverse. Ad esempio, dopo un periodo in cui i tentativi – più o meno radicali – volti ad una rieditazione della tematica sono stati sopiti, in tempi più recenti parte della civilistica italiana si è diffusamente soffermata su questo profilo.

Seppur lungo traiettorie solo in parte convergenti, studi consolidati ascrivibili principalmente alle Scuole facenti capo proprio a Pasquale Stanzone e a Stefano Rodotà hanno infatti permesso di mettere in discussione il modello cartesiano di soggettività recepito nel Codice civile e il rigido binarismo tra capacità e incapacità, di problematizzare il rilievo e l'estensione della capacità di intendere e di volere, nonché di esplicitare il profondo nesso sussistente tra la capacità (giuridica e d'agire) e il principio di eguaglianza, ove declinati in riferimento alla soggettività, anche in ragione del processo di costituzionalizzazione del diritto civile³. In questa cornice, si distinguono principalmente gli studi che hanno posto in evidenza che la capacità può essere utilizzata come un dispositivo di esclusione, nonché quelli (non necessariamente riconducibili ai primi) che pongono attenzione alle soggettività tradizionalmente considerate “incapaci”, “deboli”, “fragili” o, più di recente, “vulnerabili”⁴.

La parabola che ha interessato la riflessione della penalistica italiana sul tema, stabilendo un nesso tra capacità giuridica ed imputabilità, è di segno parzialmente differente, laddove attualmente non sembra caratterizzarsi per lo stesso dinamismo che contraddistingue la sfera civilistica. Se, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento e per alcuni decenni successivi, il tema della relazione tra imputabilità e capacità del soggetto aveva suscitato l'attenzione della dottrina, tanto da portare taluni a respingere *in toto* la riduzione della capacità all'imputabilità, oggi l'interesse è più tiepido⁵, e le prospettive più radicali sono state lentamente tacitate⁶. La marginalizzazione del di-

STANZIONE 1988. Con riferimento al diritto romano, pongono attenzione a coloro che presentano specificità tali da legittimare la limitazione della capacità STAGL, MARAGNO 2020.

³ Cfr. almeno RODOTÀ 2007 e MARELLA 1998.

⁴ Nonostante i termini in questione non siano coestensivi, spesso la dottrina italiana vi ricorre in modo fungibile, analizzando le tecniche attraverso le quali il diritto si propone di garantire gli interessi dei soggetti considerati – appunto – incapaci, deboli, fragili o vulnerabili. Ad esempio, si sofferma su tali aspetti Dianora Poletti (POLETTI 2014, 978 s.), che individua nell’“iperprotezionismo legislativo” e nella creazione di uno “statuto differenziato”, derogatorio rispetto al regime comune, due modalità attraverso le quali il diritto civile garantisce visibilità a quelli che le teorie critiche del diritto considerano “soggetti non paradigmatici”. Riflettendo sullo stretto legame che unisce soggettività, capacità e diritto di proprietà nella sfera del diritto civile, Maria Rosaria Marella ricorre proprio all'apparato concettuale delle teorie critiche del diritto per puntare la propria attenzione (anche) sull'attitudine del “dogma della volontà” a generare quelle che vengono ancora percepite come “identità negative” (tra le quali, nelle varie epoche storiche, “matti”, prodighi, persone con disabilità, donne, minori), escluse dal mercato attraverso specifiche previsioni o tramite l'operatività degli istituti di incapacitazione legale, al fine di garantire la permanenza dei loro patrimoni all'interno del traffico giuridico (MARELLA 2020, 55).

⁵ Non mancano rilevanti eccezioni: tra le più autorevoli e recenti, BERTOLINO 2020.

scorso non può comunque essere considerata espressione di una posizione condivisa sul tema. Al contrario, si può ritenere che nella dottrina penalistica sussista un certo consenso unicamente in relazione alla necessità di scardinare il nesso meccanicistico tra follia, non imputabilità e pericolosità sociale. La giustapposizione (tanto dottrinale, quanto giurisprudenziale) tra la concezione medico-organicistica, psicologica, nosografica e neuroscientifica dell'imputabilità non sembra invece avere trovato ancora una sintesi definitiva, a fronte della rinuncia all'aspetto diagnostico quale unico criterio selettivo attraverso cui accertare la sussistenza, in capo al soggetto, della capacità⁷.

L'entrata in vigore della *Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità* (CRPD), che all'art. 12 accoglie il principio della capacità legale universale, fornisce dunque alla dottrina l'opportunità di tornare ad occuparsi del tema, rivelando l'inesauribilità di un dibattito che ha significative implicazioni su numerosi versanti: teorico, pratico-applicativo, di politica del diritto. Ad oggi, sembra che l'opportunità in questione sia stata colta principalmente al di fuori dell'ordinamento italiano, dove il tema della capacità legale universale sta ricevendo sempre maggiore attenzione, soprattutto ove declinato in riferimento alla sostenibilità teorica e alla traducibilità pratica del paradigma del *supported decision making*, che ne costituisce una delle più significative estrinsecazioni⁸. Al contrario, nel nostro ordinamento la maturazione di tale consapevolezza appare più lenta, anche se non mancano indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che vanno nella direzione tracciata dalla CRPD⁹. È opportuno, dunque, soffermarsi più specificamente sul contenuto dell'art. 12, sì da meglio comprendere quali siano i suoi elementi caratterizzanti, i profili problematici e, infine, le ragioni del fermento che ha indotto la dottrina a rimarcare con sempre maggiore insistenza la rilevanza del cambiamento in atto¹⁰.

2. L'art. 12 CRPD e l'ambigua capacità

La dottrina che si occupa di *disability law* rinviene pressoché unanimemente nell'art. 12 CRPD, rubricato «eguale riconoscimento di fronte alla legge», l'architrave della Convenzione e, per la sua portata trasversale, il pilastro del riconoscimento della soggettività e dei diritti umani delle persone con disabilità¹¹. L'articolo è attraversato da una significativa (e in parte voluta) dose di ambiguità, tanto da far rilevare a Lucy Series e Anna Nilsson (2019, 344), due tra le più note studiose in tema di *legal capacity*, che «[a]mbiguity is a central theme in the history and literature of article 12». Dopo avere presentato il contenuto dell'art. 12, concentrerò brevemente l'attenzione su alcune delle criticità più significative, in modo da meglio cogliere le sfide con le quali la dottrina è chiamata a cimentarsi.

2.1. ...per mettere a tema: i profili contenutistici

⁶ I rilievi sullo stato dell'arte della dottrina penalistica che ho riportato sinteticamente sono ripresi da Giandomenico Dodaro (DODARO 2020, specialmente § 3.2), al quale rimando anche per ulteriori approfondimenti teorici, nonché per i relativi riferimenti bibliografici.

⁷ Tale rinuncia è funzionale all'ampliamento delle ipotesi in cui un soggetto possa essere dichiarato non imputabile, superando il tradizionale riferimento all'infermità (per ricomprendervi, ad esempio, anche le disabilità psicosociali).

⁸ Per una disamina, cfr. almeno BACH, KERZNER 2010; SERIES, ARSTEIN-KERSLAKE, KAMUNDIA 2017; ARSTEIN-KERSLAKE 2017. Per una valutazione relativa allo stato dell'implementazione di tale articolo nel contesto italiano, cfr. invece CERA, DELLA FINA 2019.

⁹ Se pure i riferimenti espliciti alla CRPD sono piuttosto rari, la dottrina costituzionalistica e quella comparatistica sembrano maggiormente inclini a riconoscere il rilievo di tale testo normativo, anche in riferimento al profilo della capacità: cfr. almeno ADDIS 2018; VIVALDI 2019.

¹⁰ Per raggiungere questo obiettivo mi rifarò, ampliandole, ad alcune delle considerazioni che ho svolto sul tema in questi anni, e che non sembrano avere perso la propria attualità (cfr. BERNARDINI 2016, cap. III; 2017; 2019).

¹¹ Cfr. almeno DHANDA 2006-2007.

Come anticipato, l'art. 12 CRPD accoglie il paradigma della capacità legale universale, in base al quale la disabilità, di per sé, non può costituire una ragione per discriminare un soggetto in ordine alla titolarità della capacità o all'esercizio della stessa. Se anche presenta disabilità fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali, la persona deve dunque essere ritenuta capace fino a prova contraria, né la sua capacità può essere limitata o negata attraverso presunzioni che assumano come necessario il nesso tra l'incapacità e la disabilità. Ciò che si richiede, nell'apprezzamento del rilievo giuridico di tale condizione esistenziale, è dunque l'adozione di un approccio "neutrale"¹².

Nell'aprirsi con l'affermazione del diritto all'eguale riconoscimento di fronte alla legge, l'art. 12 CRPD non introduce alcun principio innovativo, ma riprende quanto era già patrimonio del diritto internazionale dei diritti umani¹³: era stato sancito in precedenza anche all'art. 7 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, nonché all'art. 26 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966. Lo stesso schema si ripete peraltro al § 1, dove si afferma il diritto al riconoscimento degli individui con disabilità quali persone di fronte alla legge e si ripete quanto già stabilito dall'art. 6 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* e dall'art. 16 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, riferendolo specificamente alle persone con (ogni tipo di) disabilità.

Al § 2, l'art. 12 riconosce la capacità delle persone con disabilità su basi di eguaglianza, corroborando dunque la statuizione di cui al § 1. Anche in questo caso, non viene introdotto alcun principio innovativo, ma si riafferma, sempre con specifico riferimento alle persone con disabilità, quanto statuito per la prima volta nella *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* del 1981 (CEDAW), il primo documento che, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, riconosceva espressamente alle donne la titolarità della capacità legale. Il paragrafo in oggetto vieta la discriminazione diretta ed indiretta delle persone con disabilità per quanto concerne il riconoscimento della titolarità e l'esercizio della capacità. Che quest'ultima sia giuridica, come si evince dalla traduzione (non ufficiale) italiana del testo, o legale (data dall'unione della capacità giuridica e di quella d'agire), in base alla versione originale, è questione che affronterò tra poco. Per il momento, preme mettere in luce come essa sia strettamente connessa all'autonomia, il che consente di soffermarsi sul contenuto del § 3, la base giuridica di quel "support paradigm" che si ritiene costituisca il fondamento della capacità legale universale (SERIES, NILSSON 2018, 362). Ai sensi di questo paragrafo, gli Stati parti sono tenuti a prendere tutte quelle misure che siano dirette a favorire l'accesso delle persone con disabilità al sostegno da esse richiesto per l'esercizio della propria capacità. In altri termini, gli Stati sono vincolati ad adottare quegli accorgimenti (formali ed informali) che consentano al beneficiario di prendere le proprie decisioni, sì da esercitare un controllo reale sulla propria vita, a partire dalla scelta del soggetto deputato a prestare il supporto e delle modalità con le quali quest'ultimo deve essere fornito. Il § 4 specifica le caratteristiche di tali misure: devono essere realizzate rispettando le esigenze dell'interessato, i suoi diritti, volontà e preferenze, essere applicate unicamente per il tempo necessario e in modo tale da evitare che si verifichino casi di abuso o di influenza indebita. Infine, il § 5 riconosce il diritto delle persone con disabilità ad avere il controllo dei propri affari finanziari, prevedendo esplicitamente che esse possano testare e ricevere per testamento, avere accesso alle forme di credito, nonché conservare il diritto di proprietà.

¹² L'appello alla neutralità è effettuato dalla dottrina maggioritaria che si occupa di *disability law* sia con riferimento allo specifico tema della capacità (*ex multis*, MINKOWITZ 2014) sia, più generale, per richiamare l'attenzione sulla necessità di limitare la legittimità dell'ingerenza statale nella vita delle persone con disabilità (cfr. FLYNN, ARTSTEIN-KERSLAKE 2017).

¹³ La stessa CRPD, del resto, viene sovente presentata come un documento normativo che non crea nuovi diritti, ma riformula quelli esistenti con specifico riferimento alla condizione di disabilità. È opportuno precisare che la CRPD non è il primo documento nel quale le Nazioni Unite prendono in considerazione la specifica soggettività delle persone con disabilità; pare dunque che il profilo di "novità" debba essere rinvenuto nel riferimento alla soggettività "capace" e nella riconfigurazione dei diritti che si origina a partire da questo mutato assunto.

2.2. Aspetti tecnici e rilievo simbolico: quale (o quali) capacità?

Come osservato in precedenza, le tensioni che attraversano il dettato dell'art. 12 sono molteplici, e in parte sono dovute alla necessità di contemperare le contrapposte esigenze di chi ha partecipato ai negoziati della Convenzione, tra i quali figurano i rappresentanti delle persone con disabilità, che sono stati coinvolti in ogni momento della stesura del testo, in attuazione del celebre motto «nulla su di noi senza di noi»¹⁴.

La prima ambiguità è stata voluta dagli stessi redattori e, come si evince dai lavori preparatori, rispecchia il profondo disaccordo sussistente in riferimento al tipo di capacità riconosciuto nell'art. 12: unicamente giuridica, o anche d'agire?

Tra le varie proposte avanzate¹⁵, una suggeriva di formulare l'art. 12 distinguendo appunto tra i due tipi di capacità, sì da riconoscere incondizionatamente la prima ma non la seconda, che in questa prospettiva avrebbe potuto dunque essere soggetta a limitazioni anche sulla base di presunzioni, e non unicamente a seguito di un accertamento in concreto, diretto a rilevare in capo all'interessato l'effettiva incapacità di prendere specifiche decisioni. Tale proposta trovò però una ferma opposizione da parte degli esponenti del movimento per i diritti delle persone con disabilità, che la ritenevano ancorata al “vecchio paradigma”, a quella logica incapacitante del soggetto disabile ascrivibile al “modello medico” della disabilità che nega la capacità di autodeterminazione delle persone disabili e, di conseguenza, ne legittima l'eterodeterminazione¹⁶.

Dal punto di vista delle Ong che parteciparono ai negoziati, il riconoscimento normativo congiunto dei due tipi di capacità era dunque imprescindibile: se la finalità della CRPD era quella di “fare uscire dall'ombra”¹⁷ gli individui disabili, allora non poteva prescindere dal riconoscimento della loro *legal capacity*, intesa come unione di *legal standing* e *legal agency*. È evidente, infatti, che non è unicamente il mancato riconoscimento della capacità giuridica a rendere invisibile a livello normativo la soggettività di un individuo (*rectius*, di un gruppo di individui, o di un individuo in quanto appartenente ad un determinato gruppo). Piuttosto, il medesimo effetto può essere conseguito anche con l'ablazione della sua capacità d'agire, che si traduce nella negazione della sua autonomia e nella tendenziale irrilevanza giuridica della sua volontà.

Nel caso della CEDAW, nel cui solco la CRPD si colloca, il riconoscimento esplicito della capacità legale delle donne era stato pensato in una funzione critica¹⁸, di contestazione di un assetto socio-giuridico in cui il “soggetto-donna” era stato reso invisibile in ragione del recepimento, da parte del

¹⁴ Tale motto trova menzione in pressoché ogni documento adottato dalle associazioni che si battono per il riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità; sul piano accademico, cfr. almeno CHARLTON 1998. Si noti che l'ammissione delle Ong delle persone con disabilità ai negoziati non può essere intesa come espressiva di una posizione unitaria sui temi oggetto della CRPD, primi fra tutti quelli correlati al riconoscimento della capacità legale universale. Ad esempio, i rappresentanti di coloro che hanno disabilità psichiatriche procedono con cautela in relazione al completo superamento del paradigma medico, non per avversione al riconoscimento della piena soggettività delle persone con disabilità, ma a causa della valutazione delle conseguenze che un'affermazione radicale del nuovo paradigma può comportare. Per approfondimenti, cfr. almeno JONES, SHATTELL 2014.

¹⁵ Più ampiamente, DHANDA 2017.

¹⁶ Come è noto, di norma al riguardo ci si richiama alla presenza di istituti ablativi della capacità d'agire e all'operatività del criterio del *best interest*, che presuppongono appunto l'incapacità di decidere e di autodeterminarsi degli individui disabili, finendo per negarne, in un'ottica *disability oriented*, la soggettività. Sul “modello medico” e sui paradigmi alternativi, elaborati all'interno dei *disability studies* al fine del suo superamento, sia permesso rimandare a BERNARDINI 2016, cap. I.

¹⁷ Seppure in chiave critica, con specifico riferimento proprio alla CRPD, cfr. KAYESS, FRENCH 2008.

¹⁸ L'attenzione alle tecniche attraverso le quali storicamente è stata prodotta la gerarchizzazione delle diverse soggettività – la più nota è probabilmente la previsione di istituti diretti a limitare la capacità d'agire degli *outliers* – e quella, ad essa strettamente correlata, all'antropologia sottesa al soggetto di diritto, costituisce notoriamente una costante degli studi ascrivibili alle teorie critiche del diritto. All'interno della fluviale letteratura, cfr. almeno NEFFINE 2003; CHRISTODOULIDIS, DUKES, GOLDONI 2019. Sia permesso rimandare anche a BERNARDINI, GIOLO 2017.

diritto, degli stereotipi socialmente diffusi sull'irrazionalità e sull'inferiorità femminili. Si era dunque trattato di mettere in discussione la concezione tradizionale di soggettività e di capacità, di denunciare l'operatività quali meccanismi di esclusione, al fine di procedere ad una loro riformulazione. Lo stesso intento ha animato i redattori della CRPD: oltre a produrre conseguenze certamente significative sul piano giuridico, il riconoscimento della capacità delle persone con disabilità all'interno di tale documento assume dunque in primo luogo un'importanza *simbolica*, ossia contrastare l'invisibilità di questi individui e l'operatività delle presunzioni legate ad una loro visione stereotipata¹⁹. In più, il fatto che tale riconoscimento sia stato effettuato all'interno di un documento che tutela i diritti umani rivela la fiducia nel diritto quale importante direttiva di cambiamento sociale²⁰.

In una prospettiva *disability oriented*, la capacità è dunque un mezzo attraverso il quale dischiudere alla persona (disabile) spazi di libertà personale, di interazioni non soggette o assoggettabili a coercizione (in senso analogo, cfr. QUINN 2010, 10). È solo a partire da tali premesse che è possibile comprendere l'importanza, per il dibattito in oggetto, del fatto che nella CRPD trovassero esplicito riconoscimento sia la capacità giuridica, sia quella d'agire. Come si evince dal testo dell'art. 12, è prevalsa proprio questa linea interpretativa.

Da quanto osservato fino ad ora, emerge con chiarezza che, seppure tale riconoscimento ha un indubbio valore tecnico-giuridico, tuttavia è l'aspetto simbolico ad assumere il rilievo maggiore, laddove è funzionale a richiamare l'attenzione sugli obiettivi *politici* che il movimento per i diritti civili delle persone con disabilità storicamente si è prefissato, tra i quali spiccano l'interruzione dell'istituzionalizzazione e dei trattamenti forzati, nonché il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali (ivi compreso quello all'esercizio dei diritti personalissimi).

Orbene, la "questione simbolica" sembra assumere un rilievo ancora maggiore in riferimento alla traduzione italiana (non ufficiale) dell'art. 12, in quanto si è scelto di tradurre *legal capacity* con *capacità giuridica*, così depotenziando la portata dell'art. 12, tra l'altro in aperto contrasto con l'intenzione dei partecipanti ai negoziati. Per superare questa criticità, di recente parte della dottrina ha affermato che, almeno per quanto concerne i commi 2 e ss. dell'art. 12, il riferimento alla capacità giuridica (che si comporrebbe tanto della capacità giuridica in senso stretto, quanto di quella d'agire) debba essere interpretato come un richiamo alla capacità d'agire (CERA, DALLA FINA 2019, 4 e 10). Pare che questa posizione possa essere accolta unicamente ove si aderisca a quell'orientamento che ritiene possibile procedere alla *conversione* della capacità giuridica nella capacità d'agire (STANZIONE 1988, 20 ss.). Piuttosto, sembra più fondato ritenere che la capacità giuridica cui allude (se non la Convenzione, almeno) la traduzione italiana sia di tipo *generale* e, come tale, equivalga al riconoscimento del fatto che tutti gli esseri umani sono soggetti di diritto²¹, secondo quella che in passato è stata efficacemente definita una "considerazione statica" del soggetto di diritto (RESCIGNO 1973, 213).

Eppure, non può mancarsi di rilevare come tale scelta sia idonea ad ingenerare dubbi interpretativi che non sarebbero sorti ove si fosse fatto esplicitamente rilievo (anche) alla capacità d'agire.

¹⁹ Ad avviso della dottrina che si occupa di *disability law*, l'importanza dell'art. 12 risiede in primo luogo nella sua idoneità a favorire il superamento della nozione tradizionale di soggettività giuridica, ancorata al mito del soggetto autonomo e razionale, proponendone una alternativa, basata sull'assunto filosofico del sé relazionale, che consente di "scardinare" le dicotomie sulle quali è eretto il diritto moderno, tra le quali la contrapposizione capacità/incapacità, vulnerabilità/invulnerabilità, autonomia/paternalismo, *empowerment*/protezione (*ex multis*, cfr. almeno CLOUGH 2018).

²⁰ «[...] [H]uman rights norms have the power to work change through non-legal mechanisms [...]. [They] trigger belief changes by providing information to societies about the human rights ideas with the attendant effect of serving as educational tools for altering social mores» (LORD, STEIN 2008: 474 s.).

²¹ Sul nesso tra capacità giuridica generale, soggettività ed eguale riconoscimento, oltre a STANZIONE 1988, 6, cfr. anche il più recente STANZIONE 2017, 3 ss. Come è noto, si tratta anche di uno dei *files rouges* delle teorie critiche del diritto. Un'articolata riflessione sulla "parabola" che ha interessato il soggetto di diritto e sulle vicende connesse alle tre "globalizzazioni" individuate da Duncan Kennedy è offerta da Marella, per la quale la perdurante crisi della nozione dovrebbe infine portare a un suo superamento (da ultimo, cfr. MARELLA 2020).

Inoltre, residua il dubbio che la scelta in questione non sia precipuamente tecnica, ma risponda anch'essa in primo luogo ad esigenze di natura politica. Queste ultime sono da rinvenirsi, in particolare, nella necessità di garantire una maggiore "accettazione" del dettato della CRPD a livello socio-istituzionale, anche in riferimento alle "esigenze difensive" ripetutamente manifestate dagli Stati parti per quanto concerne il recepimento dell'art. 12, relativamente alla cui attuazione – all'interno dell'ordinamento italiano e non solo – il Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilità ha rilevato numerose criticità, soprattutto per quanto concerne la corretta implementazione del principio del supporto²².

2.3. Capacità universale e supporto: un equilibrio (in)stabile

Una seconda, rilevante, ambiguità che contraddistingue l'art. 12 è di tipo interpretativo, e riguarda due profili tra loro strettamente interconnessi. Attiene in primo luogo all'individuazione dei limiti all'operatività del principio del supporto enunciato al § 3, considerato dalla dottrina il *core* del dettato normativo. Inoltre, finisce per interessare anche la relazione tra capacità mentale e capacità legale e, con essa, la possibilità di ascrivere le persone con disabilità al novero dei soggetti *giuridicamente responsabili* (su cui *infra*, § 2.4).

Come si è già avuto modo di ricordare, ai sensi del § 3 gli Stati parti sono tenuti a permettere alle persone con disabilità l'accesso al *sostegno* richiesto per l'esercizio della propria capacità. Per il suo tramite, infatti, il soggetto disabile è ritenuto in grado di esercitare la propria capacità d'agire (della quale si presume in possesso, fino a prova contraria) avvalendosi del supporto che gli sia necessario, *senza che altri si sostituiscano a lui*. A tal fine, è possibile ricorrere a "regimi" di *supported decision-making*, variamente articolati, che hanno la funzione di assistere un individuo nella fase di formazione, espressione o implementazione delle proprie decisioni²³.

Ai sensi della CRPD, dunque, la sostituzione deve "cedere il passo" al supporto. È proprio in relazione a tale profilo che si pone la questione più spinosa: la sostituzione è *sempre e comunque* esclusa? Anche in quelle ipotesi – come, ad esempio, lo stato vegetativo – in cui parlare di supporto nell'effettuazione di una scelta (in luogo della sostituzione) non sembra altro che un esercizio di stile o una *fictio*? La dottrina maggioritaria ritiene di sì: anche laddove apparentemente il rappresentante si sostituisca all'interessato, il meccanismo del supporto sarebbe comunque fatto salvo, in quanto il primo è tenuto a fare riferimento alla volontà e alle preferenze del secondo, sicché si deve ritenere che le decisioni siano state poste in essere dalla persona con disabilità. Sembra dunque di poter arguire che, nei casi "difficili", la persona di supporto sia un *nuncius* o, al più, che la decisione sia – in un certo qual modo – concertata²⁴.

Aderendo a quest'ultima interpretazione, anche il Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilità ha affermato, nell'ormai celebre *General Comment n. 1*, che «[s]upport in the exercise of legal capacity must respect the rights, will and preferences of persons with disabilities and should never amount to substitute decision-making»²⁵. Gli ordinamenti sono dunque tenuti a valorizzare appieno la capacità decisionale della persona con disabilità e a garantire a quest'ultima il controllo sui propri interessi, abbandonando qualsivoglia misura che consenta la sua sostituzio-

²² In riferimento all'ordinamento italiano, cfr. le *Concluding observations on the initial report of Italy* del 2016.

²³ Tale famiglia di strumenti, in realtà non definita nel dettaglio, è pensata come funzionale al superamento dei regimi sostitutivi, ossia di «any systems whereby: 1) "legal capacity is removed from a person"; 2) a substituted decision maker can be "appointed" against the person's will; or 3) any decision made by a "substitute decision maker" is based on the objective "best interest" of the person rather than on their "will and preferences"»: cfr. Series, Nilsson (2018, 365), che in questo passaggio riprendono quanto statuito dal Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilità nel *General Comment n. 1* del 2014. Va osservato, al riguardo, che la sussistenza di un nesso causale tra supporto e aumento della capacità di autodeterminazione è, allo stato attuale, ancora oggetto di studio (SERIES, NILSSON 2018, 368).

²⁴ La mia preferenza va decisamente alla prima ipotesi interpretativa.

²⁵ *General Comment n. 1*, 4, corsivo aggiunto.

ne nell'effettuazione delle scelte che la riguardano e rinunciando altresì all'operatività del criterio del *best interest*. Laddove non sia possibile riferirsi alle preferenze attuali, esse andranno ricostruite avuto riguardo alla volontà precedentemente espressa dall'interessato. Infine – ed è qui il *punctum dolens* – gli Stati sono tenuti anche ad abrogare gli istituti di tutela che, formalmente o *de facto*, siano incapacitanti²⁶.

È certamente opportuno svolgere alcune considerazioni in merito. In primo luogo, fermi restando il principio della presunzione di capacità e la *regola* del supporto, nell'ottica di una *tailored guardianship* va osservato che *nulla*, nel tenore letterale dell'art. 12, § 3 (e, più in generale, dell'art. 12), legittima a concludere a favore della completa inammissibilità di qualsivoglia meccanismo sostitutivo, qualora non si possa utilmente fornire il supporto. Del resto, se ammette che, nel caso in cui un soggetto non sia in grado di esprimere le proprie preferenze, queste ultime vadano ricostruite – ove possibile – in base alla volontà precedentemente espressa, la Convenzione non fa altro che *aprire alla possibilità* di quella che di fatto non può essere altro che una sostituzione, seppure con il vincolo del rispetto di ciò che è stato manifestato in precedenza dall'interessato. Anche a questo proposito, tra l'altro, si deve osservare che, se la dottrina non manca di mettere in rilievo come ai sensi dell'art. 12 debba essere recisamente escluso il ricorso al principio del *best interest* (in quanto rispondente a una logica paternalistica e veicolante un'immagine stereotipata del soggetto disabile, considerato incapace di autodeterminarsi), tuttavia l'interpretazione che viene fatta di quest'ultimo (nell'ordinamento italiano, almeno a partire dal noto caso Englaro) non sembra affatto discostarsi dallo spirito che anima il dettato dell'art. 12²⁷.

Inoltre, se anche si considerasse il *best interest* nell'accezione rigidamente paternalista fatta propria dagli esperti di *disability law*, si porrebbe un problema ulteriore: quale criterio utilizzare in sua vece, qualora non fosse possibile ricostruire alcuna volontà pregressa, o nel caso in cui fosse necessario andare “contro” la volontà del beneficiario? Si pensi all'ipotesi per la quale una persona con disabilità intenda compiere atti autolesionistici o, più in generale, a quelle in cui sia ragionevole supporre che la capacità decisionale di un individuo sia alterata, magari per la presenza di una disabilità psicosociale in fase acuta. Come coniugare la posizione più radicale fatta propria dal Comitato Onu e dalla *disability law doctrine* maggioritaria con le esigenze del caso concreto? Non mi sembra che il punto sia stato affrontato diffusamente in dottrina²⁸; anzi, a più di dieci anni di entrata in vigore della CRPD, i tentativi di addentrarsi nei profili rilevanti della questione non sono parsi particolarmente convincenti. Ad esempio, proprio prendendo in considerazione l'ipotesi di un soggetto che ponga in essere comportamenti autolesionistici e rifiuti il supporto, si è affermato che il rifiuto in oggetto potrebbe non essere espressione della volontà e delle preferenze *reali* dell'individuo. Nella medesima ottica, si è ritenuto che sia necessario distinguere tra il volere *autentico*, che presenta una certa stabilità nel tempo, e quello manifestato dall'individuo in modo episodico (sempre nel caso di disabilità psicosociale, si pensi allo stato di

²⁶ Si richiede dunque l'abbandono di tutti quegli “approcci” (la dottrina di norma richiama lo *status based approach*, l'*outcome approach* e il *functional approach*) che, facendo propria una concezione “medica” della disabilità, vedono l'operatività di presunzioni relative all'incapacità del soggetto, o al cui interno si presta attenzione pressoché esclusivamente alla sfera cognitiva e volitiva di quest'ultimo.

²⁷ Come è noto, nella sent. n. 21748 del 2007 la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che, nella ricerca del *best interest* del paziente, il tutore non deve decidere “al posto” dell'incapace o “per” lui, ma “con” lui, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente. In questa sede non mi soffermo sull'adeguatezza lessicale dei termini impiegati (in particolare, mi riferisco all'incapacità), ma mi preme unicamente mettere in rilievo il fatto che, se la decisione deve essere presa facendo riferimento alla volontà e preferenze dell'interessato, si registra una piena consonanza con quanto previsto all'art. 12, § 3 della CRPD. In ambito internazionale, la dottrina inquadra tali casi nell'ottica del *substitute judgement* (ritenuto compatibile con il dettato della CRPD) e non del *best interest*.

²⁸ Chiaramente, sollevando questi interrogativi e proponendo una lettura più moderata dell'art. 12, mi discosto tanto dalla posizione del Comitato Onu, quanto da quella della dottrina finora maggioritaria che si è occupata del tema in ambito sovranazionale. Il fronte più moderato sembra però aumentare (per un primo inquadramento delle questioni più rilevanti, *ex multis*, FREEMAN et al. 2015).

alterazione mentale) sicché, se i due tipi volontà divergono, sarebbe giustificato privilegiare il primo, a detrimento del secondo²⁹.

Tali posizioni richiamano le note teorie giusfilosofiche relative all'autenticità del sé, ai criteri di imputazione delle scelte, alla razionalità del soggetto, alla sua autonomia e, infine, ai margini di ammissibilità del paternalismo. Data la loro complessità, non posso soffermarmi su questi aspetti; confesso, però, di non essere affatto persuasa dal fatto che il richiamo alla volontà "autentica" del soggetto – definita come tale da *altri*³⁰ – possa costituire un completo superamento del modello paternalista né, invero, che si possa davvero rinunciare ad una forma, per quanto *minimale*, di paternalismo. Piuttosto, pare ragionevole aderire alla posizione di chi ritenga che all'interno degli ordinamenti giuridici siano ammissibili istituti informati ad un paternalismo di tipo procedurale, o libertario³¹. Inoltre, va osservato che il riferimento all'autenticità in luogo della razionalità è problematico anche perché non sembra escludere il rischio di sfruttamento e coercizione e, al contempo, rende ancora più incerto di quanto sia ora l'accertamento in oggetto, laddove non fornisce alcuno standard al quale ancorare la valutazione delle preferenze³².

Dunque, se si aderisce all'orientamento dottrinale minoritario e si ritiene che la sostituzione sia ammissibile, seppure come *extrema ratio*, la questione rilevante in relazione all'art. 12 § 3 attiene alla necessità di comprendere la portata di questa "apertura": la presenza – sia pure residuale – di istituti incapacitanti è compatibile con la CRPD? Se la risposta è affermativa, quali limiti devono essere rispettati? Orbene, è di tutta evidenza che, se volgiamo lo sguardo all'ordinamento italiano, il tema non è certamente nuovo: richiama alla mente il risalente dibattito sull'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione³³, nonché quello relativo agli elementi caratterizzanti l'amministrazione di sostegno (e ai limiti dei poteri dell'amministratore di sostegno)³⁴. Si tratta, dunque, di richiamare in estrema sintesi tale dibattito, ponendolo in dialogo con quanto stabilito dalla CRPD.

Secondo quanto osservato finora, sembra che degli istituti con una funzione patrimonialistica, che non siano né graduabili in relazione all'intensità della limitazione imposta, né diretti a valorizzare le capacità residue dell'interessato – come l'interdizione e l'inabilitazione – non possano in alcun modo essere considerati conformi ai principi sanciti nella Convenzione (sicché la loro abrogazione pare non solo opportuna ma, piuttosto, doverosa). Per l'amministrazione di sostegno, che ha invece una base personalistica, è graduabile ed è volta a valorizzare le capacità residue, si pone il

²⁹ Per una prima ricognizione, cfr. SERIES, NILSSON 2018, 369 s.

³⁰ Non è escluso, tra l'altro, che questi soggetti possano trovarsi in una condizione di conflitto di interessi con la persona con disabilità.

³¹ Su tali aspetti, *ex multis*, Cfr. CATERINA 2005. In un'ottica di più ampio respiro, sui rischi del paternalismo libertario, cfr. GALLETTI, VIDA 2018. Nello sviluppare alcune interessanti riflessioni sulle necessità di riforma della disciplina del TSO, Francesca Poggi parla di «insanabile conflitto tra autonomia individuale ed indisponibilità del bene salute», che rimanda inevitabilmente al rapporto tra capacità e paternalismo; cfr. POGGI 2017.

³² Da un lato, è ormai noto che è impossibile procedere ad una valutazione oggettiva del grado di razionalità del soggetto e delle sue scelte; dall'altro, però, sembra si debba ammettere che il riferimento a criteri condivisi di accertamento (pur sempre rivedibili) può consentire il raggiungimento di un certo grado di certezza al riguardo, mentre quello all'autenticità delle scelte è assai più vago e indeterminato. Se, dunque, pare necessario procedere ad una riformulazione dei criteri di accertamento correntemente in uso, non sembra però che si possa prescindere dal ricorrere all'impiego di un qualche tipo di criterio.

³³ Almeno a partire dalla fine degli anni Ottanta, la "battaglia" per l'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione fa notoriamente riferimento a Paolo Cendon (cfr. CENDON 1988). Dei numerosi ddl presentati a tal fine, l'ultimo è del 6 settembre 2019 (iniziativa del sen. Marilotti).

³⁴ In questa sede non mi è permesso ripercorrere il dibattito in oggetto, del quale pare però opportuno mettere in luce sinteticamente alcuni elementi qualificanti: a differenza dei tradizionali istituti di incapacitazione, l'amministrazione di sostegno è uno strumento duttile, sorretto da una logica personalistica, con il quale si abbandona la concezione basata sullo status di incapacità del beneficiario e si valorizzano, di converso, le sue capacità residue e aspirazioni. Si supera in tal modo la logica dicotomica che vede la capacità e l'incapacità contrapposte, a favore di una concezione graduale di capacità di agire, relativa al singolo atto. Anche in relazione a tale profilo, interessanti riflessioni relative alla (in)capacità negoziale del soggetto ("vulnerabile") sono reperibili in FUSARO 2019.

problema di comprendere quale sia la possibile estensione dei poteri dell'amministratore di sostegno: in questo caso, è consentita la *sostituzione* dell'interessato? Ad avviso del Comitato CRPD, la risposta sembra negativa: «[t]he Committee is concerned that substituted decision-making continues to be practised through the mechanism of administrative support "Amministrazione di Sostegno"»³⁵.

Il Comitato evidenzia qui un problema di applicazione *pratica* dell'istituto, relativamente al quale esorta ad abbandonare la sostituzione e a valorizzare il rispetto delle preferenze del beneficiario, senza però richiedere (o almeno, così mi pare) una riforma dell'amministrazione di sostegno. Ebbene, il rilievo della questione è particolarmente evidente in relazione al compimento degli atti personalissimi, dove la possibilità di ricorrere alla rappresentanza esclusiva è stata a lungo negata dalla giurisprudenza maggioritaria, e solo di recente si è verificata una significativa apertura.

Si potrebbe ritenere che, tanto adottando un atteggiamento di chiusura in relazione all'ammissibilità di poteri sostitutivi, quanto assumendone uno di apertura, la finalità ultima sia la tutela della persona e dell'autonomia del singolo; se però guardiamo agli effetti che ne derivano, è solo nel secondo caso che alla titolarità di un diritto può corrispondere un qualche grado di effettività del medesimo. Non a caso, fermo restando che l'interessato non può essere esautorato (nemmeno *formalmente*) dalla possibilità di compiere quegli atti per i quali nel decreto di nomina (comunque sempre modificabile) è prevista la rappresentanza, né essere privato della propria autonomia nello svolgimento delle attività quotidiane, sono sempre più numerosi i casi in cui è ammesso il ricorso alla rappresentanza (più ampiamente, PRISCO 2018). Bisogna ammettere però che, adottando questa impostazione, gli argini alla riproposizione *de facto* del meccanismo interdittivo rimangono piuttosto fragili, in quanto dipendono primariamente da un diverso atteggiamento della cultura giuridica nei confronti della disabilità, che l'approvazione della CRPD è diretto a promuovere, e che tuttavia la normativa sull'amministrazione di sostegno non sembra ancora avere conseguito, nonostante sia in vigore da più di quindici anni.

2.4. *L'antico rapporto tra capacità legale e capacità mentale ad una svolta?*

L'ultima ambiguità sulla quale intendo soffermarmi attiene al rapporto che, ai sensi della CRPD – o, più precisamente, secondo la dottrina che se ne occupa – esiste tra la capacità mentale e quella legale. In particolare, riguarda l'ambiguità degli effetti che si possono produrre, in capo alle persone con disabilità, qualora si dia seguito all'accoglimento della posizione della dottrina maggioritaria e del Comitato CRPD sul punto.

Come si è già avuto modo di osservare nel corso di questo contributo, i sostenitori del paradigma della capacità legale universale ritengono che, per impedire che si producano conseguenze discriminatorie nei confronti delle persone con disabilità, nella valutazione della loro capacità legale non dovrebbe farsi riferimento alcuno alla capacità mentale. La stessa posizione è assunta dal Comitato Onu nel *General Comment n. 1*, ove si rimarca inoltre come la capacità mentale non sia un fenomeno oggettivo, naturale e scientificamente accertabile, ma dipenda dai contesti sociali e politici, sicché ogni accertamento ad essa relativo che si basi unicamente su standard medici non è da ritenersi conforme allo spirito della CRPD.

Giova osservare incidentalmente che, almeno per quanto attiene alla posizione del Comitato, non pare potersi arguire che la disabilità mentale non esista, né che essa sia *esclusivamente* frutto di una costruzione socio-culturale. Piuttosto, (anche) il Comitato sollecita a mantenere concettualmente distinte la capacità mentale da quella legale e, dunque, ad adottare un approccio "neutrale" nei confronti della disabilità.

Un merito significativo di tale posizione risiede nella sua attitudine ad interrogare il diritto circa la diversità dei criteri che, in presenza di soggetti con o senza disabilità, vengono impiegati

³⁵ CRPD Committee, *Concluding observations on the initial report of Italy* (2016), § 27.

per comprimere la capacità legale, sollecitando a riflettere sulle modalità attraverso le quali gli stereotipi correlati al “modello medico” della disabilità operano all’interno della sfera giuridica. Inoltre, la proposta in oggetto appare certamente condivisibile laddove denuncia l’insufficienza della sola diagnosi medica nell’accertamento della capacità mentale, sollecitando al contempo l’elaborazione di criteri ulteriori.

Eppure, la sua declinazione principale sembra provare troppo e, in ultima analisi, rivela un alto potenziale di dannosità per le stesse persone con disabilità, laddove il rischio è quello di adottare un approccio egualitario di stampo assimilazionista, che finisce per discriminare tali soggetti, anziché valorizzarne la specificità. Per comprendere come ciò sia possibile, è necessario muovere dalla ragione che sta alla base di tale posizione: il riconoscimento del fatto che l’individuo disabile è un soggetto che, essendo in grado di autodeterminarsi e di scegliere (proprio in quanto *capace*), è anche *responsabile* delle proprie azioni³⁶. Orbene, sembra che i profili di maggiore criticità legati a questa proposta attengano alla sfera del diritto penale, e su di essi mi soffermerò brevemente, nonostante non sia un terreno con il quale ho molta familiarità; esporrò dunque alcuni dubbi, riservando ad altra sede uno studio più approfondito della questione.

Un primo elemento di perplessità riguarda la concreta possibilità di ricorrere al supporto ex art. 12, § 3; invero, proprio in relazione alla responsabilità, la questione relativa all’operatività di tale previsione nella sfera penalistica mi sembra più complessa di come viene presentata *prima facie*. Nel dibattito sul tema, nulla si dice in relazione al soggetto che supporta l’individuo: quasi per ironia del destino, la conquistata visibilità della persona con disabilità sembra gettare il velo dell’invisibilità su chi esercita la funzione di supporto, come se non potesse essere ammessa alcuna “compresenza” dei due attori. Eppure, mi pare ragionevole ipotizzare che, almeno in linea di principio, anche a tale soggetto sia ascrivibile una qualche responsabilità. A tal fine, immagino sarebbe necessario fare riferimento alle categorie generali dei singoli ordinamenti, ritenendo ad esempio che la persona di supporto abbia una posizione di garanzia in relazione a quella con disabilità e, dunque, eventualmente possa essere considerata una sua concorrente nella commissione dell’illecito. Nutro però qualche dubbio relativamente al fatto che la presenza di un garante sia compatibile con la prospettiva *disability oriented*, in quanto mi sembra che sullo sfondo aleggi comunque l’idea di un soggetto (disabile) non pienamente capace e responsabile. Inoltre, anche ammesso che il concorso nel reato sia configurabile per le ragioni che ho delineato, residua comunque un dubbio, che finora non mi pare sia stato affrontato a livello dottrinale: fino a che punto le categorie di cui disponiamo sono compatibili con i principi accolti all’interno della CPRD? E, nel caso in cui non lo siano, è possibile riformularle, o l’unica soluzione possibile è affidarsi ad una prassi giurisprudenziale maggiormente sensibile al mutamento culturale relativo alla percezione della soggettività e dei diritti delle persone con disabilità?

Se questi interrogativi ad oggi non hanno ricevuto ancora attenzione e, dunque, rimangono senza risposta, diverso è il discorso relativo ad un altro aspetto del dettato dell’art. 12 CPRD. La dottrina si è infatti occupata in modo più sistematico della responsabilità penale della persona con disabilità, sia in relazione al profilo dell’imputabilità, sia in riferimento alla sua capacità di stare in giudizio. Il dibattito, condotto perlopiù a livello internazionale³⁷, ha visto un significativo attivismo della dottrina statunitense e si è caratterizzato per la presenza di un nutrito fronte di studiosi che ha chiesto tanto l’abolizione dell’*insanity defense*, quanto – seppure in minor misu-

³⁶ Quello della responsabilità è uno dei temi filosofico-giuridici più affrontati; all’interno della rilevante letteratura in merito, cfr. il recente BAGNOLI 2019.

³⁷ Non si trova menzione alcuna del tema nel *General Comment n.1*, mentre più di recente, per quanto attiene all’art. 14 CPRD («Libertà e sicurezza della persona»), il Comitato CPRD ha invitato gli Stati parti a riformare i propri ordinamenti adottando un approccio neutrale in riferimento alla disabilità in relazione all’elemento soggettivo del reato (CPRD Committee, *Concluding observations on the Plurinational State of Bolivia*, 2016, parr. 35 s.).

ra – la “riconfigurazione” della *competency*, sempre in un’ottica neutrale rispetto alla disabilità. Mi soffermerò dunque brevemente su tali aspetti.

Gli elementi caratterizzanti l'*insanity defense* sono noti, ma conviene richiamarli in modo sintetico. Si tratta di una causa di esclusione della punibilità, in relazione alla quale sussiste una presunzione semplice di capacità di intendere e volere del soggetto della cui responsabilità si discute³⁸. A livello dottrinale, nel corso del tempo le critiche hanno riguardato principalmente il fatto che i test volti all'accertamento della capacità dell'accusato fossero incentrati esclusivamente sulla verifica delle sue capacità cognitive (egli deve essere consapevole sia del significato assunto dalla sua condotta, sia della sua ingiustizia) e sul contestuale mancato rilievo accordato alle sue capacità volitive. Non a caso, si sono susseguite molteplici riformulazioni del test in oggetto, che hanno portato ad ampliare il novero delle ipotesi in cui la *defense* può essere invocata. Eppure, all'atto pratico si ricorre alla sua applicazione assai di rado, principalmente a causa di due fattori: innanzitutto, il riconoscimento della *defense* è legato al superamento di un test che presenta requisiti stringenti (ancora basati principalmente su standard cognitivi). In secondo luogo, invocarne l'applicazione si rivela controproducente per la stessa difesa poiché, in caso di accertata pericolosità sociale dell'interessato, può legittimare il ricovero coatto per un periodo di tempo di durata indeterminata e l'effettuazione di trattamenti involontari, la cui compatibilità con il rispetto dei diritti umani di chi sia sottoposto alla misura pare peraltro particolarmente dubbia³⁹. Non a caso, le ragioni appena esposte hanno indotto numerosi ordinamenti americani a procedere alla sua abolizione⁴⁰.

Assai più di frequente, la capacità mentale dell'interessato è sottoposta a valutazione per stabilire se sussistano o meno i presupposti – non dell'*insanity defense*, ma – della sua *competency* (intesa come capacità relativa sia alla fase anteriore al processo, sia a quella del processo vero e proprio), quale espressione del diritto costituzionale a non essere giudicati in mancanza della capacità psicofisica di partecipare al processo⁴¹. La *competency* presenta infatti requisiti di applicazione meno stringenti rispetto all'*insanity defense* e, di conseguenza, una maggiore flessibilità, che permette di meglio graduare le strategie difensive di chi si trovi in una condizione di incapacità⁴².

Volgendo una specifica attenzione alla *disability law doctrine*, le proposte relative all'abrogazione dell'*insanity defense* spaziano da un fronte più moderato, che non esclude la possibilità di attenuare la colpevolezza dell'interessato ricorrendo ad altri tipi di *defenses* (ritenuti meno stigmatizzanti) e facendo riferimento alle circostanze del caso concreto (tra le quali anche la disabilità può rilevare), ad uno più radicale. Secondo quest'ultimo, la capacità di essere ritenuti responsabili per il danno prodotto ad altri deve essere considerata un corollario della capacità di esercitare i propri diritti ed assumere obbligazioni sicché, nell'accertamento della responsabilità penale, ogni riferimento alla capacità mentale (e, di conseguenza, ogni istituto che ne consenta la limitazione) deve essere respinto⁴³.

Mentre la posizione moderata appare fondata (anche se può essere problematica in relazione agli effetti che produrrebbe il trattamento “ordinario” di chi sia accertato come colpevole), quella più ra-

³⁸ Sul punto, più ampiamente, cfr. GRANDI 2016, 132 ss. e PERLIN 2017, in particolare 487 ss.

³⁹ Il richiamo è in primo luogo alla pratica della contenzione fisica e meccanica, che non mi è possibile discutere più ampiamente in questa sede.

⁴⁰ Più ampiamente, PERLIN, CUCOLO 2016. Tali Stati hanno però mantenuto il riferimento alla *mens rea*.

⁴¹ Affinché la *competency* sia riconosciuta, non è sufficiente che l'accusato manifesti una generica capacità di orientamento, ma si deve dimostrare un ragionevole grado di discernimento che gli permetta di interagire con l'avvocato e di comprendere il significato del procedimento in atto nei suoi confronti (ed è dunque a tal fine che viene sottoposto al test di accertamento delle sue capacità cognitive e volitive).

⁴² Nel caso in cui non siano soddisfatti i requisiti né dell'uno, né dell'altro istituto, la disabilità mentale dell'individuo potrà comunque venire in rilievo in ogni fase in cui si tratti di procedere all'accertamento della *mens rea*. Di converso, la difesa potrà avvalersi dell'istituto della *diminished responsibility* al fine di contestare l'esistenza o il grado della stessa *mens rea*.

⁴³ Più ampiamente, PERLIN 2017, 499 ss., nonché SERIES, NILSSON 2018, 359-361.

dicale lascia perplessi. Potrebbe essere condivisa *unicamente* laddove si voglia esplicitare che dal mero fatto che un soggetto sia disabile non può automaticamente discendere la negazione della sua responsabilità penale, in quanto andrà piuttosto accertato se, *nel caso concreto*, la sua disabilità abbia inciso sulla capacità di rappresentarsi l'antigiuridicità del fatto e/o sull'aspetto volitivo. È certamente vero, infatti, che la condizione di disabilità di un individuo non rileva in modo necessario in ordine all'integrazione degli elementi costitutivi della fattispecie di reato: ad esempio, nel caso in cui una persona cleptomane commetta un omicidio, pare difficile che il fattore "disabilità" possa essere invocato per sostenere che il soggetto è incapace. Parimenti, in relazione alla valutazione dell'applicabilità della scriminante della legittima difesa putativa ad un soggetto con sindrome paranoide, non può ritenersi che la presenza della disabilità mentale debba portare in modo automatico a ritenere sussistente la causa di giustificazione. Nell'effettuare tali valutazioni, ci si dovrà dunque rifare alla valutazione degli elementi del caso concreto, dove non potrà prescindersi dall'accertamento della capacità mentale del soggetto. Quest'ultima non sembra l'impostazione accolta dagli abolizionisti, ma mi pare che sia proprio questo il modo in cui si dovrebbe fare ricorso alla *defense* in oggetto, in quegli ordinamenti in cui essa è ancora presente. Che poi, in pratica, la si impieghi secondo un'ottica stigmatizzante, è questione ulteriore, che chiama nuovamente in causa la responsabilità di coloro che operano all'interno del sistema-giustizia, rivelando una precomprensione in relazione alla non piena soggettività – ad un'umanità che potremmo considerare "degradata" – di chi sia disabile. Il problema dell'interazione tra i due tipi di capacità è dunque, semmai, pratico-applicativo, e non teorico: riguarda lo stigma che ancora colpisce le persone con disabilità mentali e l'(in)adeguatezza degli strumenti volti ad accertarne la capacità.

In relazione all'abolizione della *competency*, confesso come non mi sia del tutto chiaro in cosa si sostanzi il vantaggio della proposta abolizionista. Gli abolizionisti ritengono che, con il suo richiamo all'incapacità, anche la *competency* sia incompatibile con i principi accolti all'interno della CRPD e, in particolare, con il principio in base al quale il soggetto disabile deve sempre essere ritenuto capace. Eppure, l'istituto in oggetto svolge indubbiamente una funzione garantista, essendo diretto ad assicurare che partecipi al processo unicamente chi *attualmente* (e non al momento del fatto) sia in grado di comprenderne il significato e di consultarsi con il proprio avvocato, per un migliore esercizio del diritto di difesa⁴⁴. Anche in questo caso, dunque, potrà al più ravvisarsi un problema relativo alle modalità di accertamento della capacità di cui si discute, il che non legittima a concludere circa la necessaria soppressione dell'istituto (né il verificarsi di tale eventualità pare opportuna).

Un'ultima critica è volta a mettere in luce gli effetti (chiaramente non voluti) della proposta abolizionista. L'obiettivo prioritario di politica criminale perseguito è costituito dal miglioramento delle condizioni di vita di soggetti che, a fronte di un giudizio di pericolosità sociale, si vedono applicata una misura di sicurezza per un periodo di tempo indeterminato e sono costretti a vivere in strutture dai connotati spesso stigmatizzanti. Eppure, almeno in relazione al secondo profilo (il "dove" in cui la pena viene scontata), la battaglia volta ad ottenere l'applicazione del regime ordinario pare attualmente risolversi in un approccio egualitario di stampo assimilazionista. Infatti, mentre la battaglia contro l'applicazione di una misura di sicurezza per un tempo indefinito pare senz'altro ragionevole e rispondente a un principio di civiltà giuridica, se si acco-

⁴⁴ Il rilievo della problematica richiama alla mente anche il disposto di cui all'art. 70 c.p.p. dell'ordinamento italiano, relativo appunto all'accertamento della capacità dell'imputato. La portata garantista del principio emerge in maniera peculiare proprio in relazione alla condizione degli "eterni giudicabili"; non a caso, nel 2013 la Corte costituzionale ha dichiarato l'irragionevolezza della sospensione indefinita della prescrizione del processo e dei termini di prescrizione del reato nell'ipotesi in cui l'imputato sia irreversibilmente *incapace* di prendervi parte, in quanto in tal modo l'interessato sarebbe indefinitamente esposto alla potestà punitiva statale (cfr. Corte cost., sent. n. 23 del 2013). In seguito, con l'entrata in vigore della c.d. "Riforma Orlando", il Legislatore ha inteso risolvere tale delicata questione passando dalla "sospensione protratta" ad un'impostazione secondo la quale nell'incapacità irreversibile è da ravvisarsi l'assenza di una condizione di procedibilità. In relazione alla recente riforma della prescrizione, nell'ambito di una riflessione più ampia, richiamano l'attenzione anche sugli "eterni giudicabili" MORELLI 2019, 1607, nt. 32 e MANES 2019, 565.

gliesse l'impostazione abolizionista così come delineata fino ad ora, sembra di comprendere che l'interessato dovrebbe essere sottoposto al "regime ordinario", dunque al trattamento carcerario "comune". In tal modo, oltre a fare fronte alle significative criticità con le quali già devono misurarsi i detenuti comuni, verrebbe esposto in modo significativo anche al rischio di violenza e costretto a vivere all'interno di strutture in gran parte ancora inaccessibili, peraltro con il supporto di personale spesso non specializzato e non adeguatamente formato⁴⁵. Ancora una volta, dunque, la questione è di politica del diritto e, senza che siano in alcun modo giustificati i profili critici meritoriamente denunciati dal fronte abolizionista in relazione all'internamento – soprattutto per quanto concerne gli abusi –, almeno allo stato attuale sembra riemergere con forza l'interrogativo «when is separate unequal?»⁴⁶.

3. Tra cliché e necessari dialoghi: prospettive possibili

Nel corso di questo contributo, ho cercato di ricostruire i principali aspetti relativi al paradigma della capacità legale universale, presentato come "rivoluzionario" dalla *disability law doctrine*. Dall'analisi effettuata, sono emersi numerosi profili di interesse, ma anche significative criticità, che rendono evidente come sia necessario riflettere in modo più sistematico tanto sulla rilevanza della nozione a livello teorico generale (a tal fine mettendola in relazione con le elaborazioni dogmatiche conosciute finora), quanto sugli aspetti tecnico-giuridici relativi alla sua implementazione. Presumere la capacità del soggetto disabile rende infatti evidente come sia indifferibile ridefinire, riformulare e rinegoziare i confini apposti alla sua libertà di azione.

Al riguardo, non va taciuto come l'enfasi sull'aspetto "rivoluzionario" di questa proposta incontri numerosi limiti. In particolare, ove non sorretta da un'adeguata riflessione, rischia da un lato di rivelarsi un *cliché*⁴⁷, e dall'altro di sovrastimare la specificità del dibattito in oggetto, non cogliendone la dimensione più ampia, di carattere teorico generale, né gli aspetti di continuità con i confronti già in corso. Ad esempio, è evidente che il dibattito internazionale e quello sviluppato dalla civilistica italiana in relazione agli istituti di (in)capacitazione tendono a convergere sicché, da un'ottica interna, un maggiore dialogo sarebbe funzionale soprattutto all'affermazione della "svolta" che ci si proponeva di attuare attraverso l'amministrazione di sostegno, e che ancora non può dirsi compiuta.

Al contrario, da una rapida rassegna sembra che la penalistica italiana sia rimasta pressoché impermeabile all'entrata in vigore della CRPD e che, di converso, a livello internazionale non si sia proceduto ad uno studio teoricamente rigoroso delle implicazioni del paradigma della capacità legale universale (ad eccezione di alcuni tentativi, condotti principalmente nell'area statunitense).

Se sul piano internazionale è dunque fondamentale spingersi oltre l'aspetto simbolico della rivendicazione relativa al fatto che la capacità mentale e quella legale devono essere tenute separate, sì da vagliare le implicazioni tecnico-giuridiche del loro rapporto, un'apertura della dottrina italiana alle suggestioni provenienti dal contesto internazionale pare certamente opportuna. Tale rilievo vale soprattutto per quanto concerne temi quali l'imputabilità (che, come si è avuto modo di osservare, a fronte della rinuncia all'aspetto diagnostico quale unico criterio selettivo ai fini del suo accertamento, non ha ancora trovato un approdo condiviso), la capacità di stare in giudizio e il trattamento delle persone con disabilità mentali che, accertata la loro pericolosità sociale,

⁴⁵ Taluni ritengono che, sottoponendo le persone con disabilità al regime ordinario, si violi l'art. 4 CRPD (PERLIN 2017, 482 s.).

⁴⁶ In riferimento alla disabilità (ma non alle riflessioni oggetto di questo contributo), tale interrogativo è stato sollevato in COLKER 2008.

⁴⁷ Dello stesso avviso, seppur incidentalmente, anche BOOTH GLEN 2012, 97.

siano destinatarie di una misura di sicurezza⁴⁸. Le riflessioni in oggetto, infatti, non possono prescindere dalla considerazione delle specificità dei singoli ordinamenti giuridici e dei vari sotto-sistemi normativi, sicché pare doversi ammettere che di capacità “universale” sia possibile parlare unicamente laddove si riconosca che essa si articola in modo differente (ed è sottoponibile e limiti diversi) a seconda dei contesti.

Il paradigma della capacità legale universale può essere dunque considerato “rivoluzionario” unicamente ove si prenda atto che molti dibattiti sulle questioni fondamentali sulle quali esso impone di riflettere – e alle quali richiede che sia data risposta – sono già presenti all’interno della cultura giuridica, sicché la sua importanza sembra risiedere principalmente nell’attitudine a fornire un rinnovato impulso a quel mutamento culturale di cui da tempo si discute.

⁴⁸ Dato che il confronto relativo all’art. 12 non ha visto impegnata la dottrina italiana, in questa sede non mi sono spinta oltre rispetto al richiamo di alcuni profili generalissimi del dibattito. Anche se non posso approfondire in questa sede, tuttavia preme rimarcare come, ai fini di un corretto inquadramento della questione in relazione all’ordinamento italiano, non sia possibile rifarsi al dibattito statunitense, ma sia necessario riferirsi agli istituti giuridici di diritto interno e alle scelte nazionali di politica del diritto.

Riferimenti bibliografici

- ADDIS P. 2018. *Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza*, in «Consulta online», 2, 2018, 435 ss.
- ALPA G. 1993. *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza.
- ARSTEIN-KERSLAKE A. 2017. *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BACH M., KERZNER L. 2010. *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, paper prepared for the Law Commission of Ontario (October 2010). <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>
- BAGNOLI C. 2019. *Teoria della responsabilità*, Bologna, il Mulino.
- BERNARDINI M.G. 2016. *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli.
- BERNARDINI M.G. 2017. *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in «Rivista di filosofia del diritto», 6, 2, 2017, 365 ss.
- BERNARDINI M.G. 2019. *Disabilità e capacità. Alla ricerca di una sintesi*, in «Minority Reports. Cultural Disability Studies», 9, 2019, 109 ss.
- BERNARDINI M.G., GIOLO O. (a cura di). 2017. *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini.
- BERTOLINO M. 2020. *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in «Sistema Penale» <https://sistemapenale.it/it/articolo/bertolino-imputabilita-secondo-il-codice-penale> (ultima consultazione 28.2.2020).
- BOOTH GLEN K. 2012. *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity Guardianship, and Beyond*, in «Columbia Human Rights Law Review», 44, 1, 2012, 93 ss.
- CATERINA R. 2005. *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in «Rivista di Diritto Civile», 6, 2, 2005, 771 ss.
- CENDON P. (a cura di). 1988. *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, Esi.
- CERA R., DELLA FINA V. 2019. *Valutazione della conformità della normativa italiana all'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CRPD)*, Rapporto dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR).
- CHARLTON J.I. 1998. *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, Berkeley, University of California Press.
- CHRISTODOULIDIS E., DUKES R., GOLDONI M. (a cura di). 2019. *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Glasgow, Edward Elgar Publishing.
- CLOUGH B. 2018. *New Legal Landscapes: (Re)Constructing the Boundaries of Mental Capacity Law*, in «Medical Law Review», 26, 2, 2018, 246 ss.
- COLKER R. 2008. *When Is Separate Unequal? A Disability Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DHANDA A. 2006-2007. *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, in «Syracuse Journal of International Law & Commerce», 34, 2006-2007, 429 ss.
- DHANDA A. 2017. *Conversations between the Proponents of the New Paradigm of Legal Capacity*, in «International Journal of Law in Context», 13, 1, 2017, 87 ss.
- DODARO G. 2020. *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale "soggetto di diritto penale"*, in «Diritto & questioni pubbliche», 1, 2020, 63 ss.
- FALZEA A. 1960. *Capacità (teoria generale)*, in «Enciclopedia del diritto», VI, Milano, Giuffrè, 8 ss.

- FLYNN E., ARSTEIN-KERSLAKE A. 2017. *State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework*, in «International Journal of Law in Context», 13, 1, 2017, 39 ss.
- FREEMAN M.C. et al. 2015. *Reversing Hard Won Victories in the Name of Human Rights: A Critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in «The Lancet Psychiatry», 2, 9, 2015, 844 ss.
- FUSARO A. 2019. *Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità*, in «Ars interpretandi», 2, 2019, 39 ss.
- JONES, N., SHATTELL M. 2014. *Beyond Easy Answers: Facing the Entanglements of Violence and Psychosis*, in «Issues in Mental Health Nursing», 809 ss.
- KAYESS R., FRENCH PH. 2008. *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in «Human Rights Law Review», 8, 1, 2008, 1 ss.
- GALLETTI M., VIDA S. 2018. *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, Carocci.
- GRANDI C. 2016. *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giapichelli.
- GOODING P., O'MAHONY C.P. 2016. *Laws on Unfitness to Stand Trial and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Comparing Reform in England, Wales, Northern Ireland and Australia*, in «International Journal of Law Crime and Justice», 44, 2016, 122 ss.
- LORD J.E., STEIN M.A. 2008. *The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in «Washington Law Review», 83, 2008, 449 ss.
- MANES V. 2019. *Sulla riforma della prescrizione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 62, 1, 2019, 557 ss.
- MARELLA M.R. 1998. *Note critiche in tema di soggettività giuridica e diversità*, in «Politica del diritto», 4, 1998, 581 ss.
- MARELLA M.R. 2020. *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 47 ss.
- MARGULIES P. 1994. *Access, Correction and Voice: A Contextual Approach to Representing Senior Citizens of Questionable Capacity*, in «Fordham Law Review», 62, 1994, 1073 ss.
- MINKOWITZ T. 2014. *Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The Abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead, and Beyond*, in «Griffith Law Review», 23, 3, 2014, 434 ss.
- MORELLI F. 2019. *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 62, 3, 2019, 1599 ss.
- NEFFINE N. 2003. *Who Are Law's Persons? From Chesire Cats to Responsible Subjects*, in «Modern Law Review», 66, 3, 2003, 346 ss.
- PERLIN M.L. 2017. *God Said to Abraham/Kill Me a Son: Why the Insanity Defense and the Incompetency Status Are Compatible with and Required by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Basic Principles of Therapeutic Jurisprudence*, in «American Criminal Law Review», 54, 2017, 477 ss.
- PERLIN M.L., CUCOLO H.E. 2016. *Mental Disability Law. Civil and Criminal* (3rd ed.), Newark (NJ), Lexis Law Publishing.
- POGGI F. 2017. *Sull'insanabile confitto tra autonomia individuale e indisponibilità del bene salute. Il caso del TSO per malattia mentale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 47, 2, 2017, 339 ss.
- POLETTI D. 2014. *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 962 ss.
- PRISCO I. 2018. *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

- QUINN G. 2010. *Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, paper presented at Conference on Disability and Legal Capacity under the CRPD, Harvard Law School, Boston, 20 February 2010, available at: www.inclusionireland.ie/documents/HarvardLegalCapacitydraft2.doc (ultimo accesso 20 febbraio 2020).
- RESCIGNO P. 1973. *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, I, 209 ss.
- RODOTÀ S. 2007. *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- STANZIONE P. 1988. *Capacità (diritto privato)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», V, Roma, I ss.
- STANZIONE P. 2017. *Il soggetto, II. Capacità, legittimazione, status*, in «Trattato Cicu-Messineo-Mengoni», 3 ss., Giuffrè, Milano.
- SERIES L., NILSSON A. 2018. *Article 12 CRPD. Equal Recognition before the Law*, in BANTEKAS I., STEIN M.A., ANASTASIOU D. (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 339 ss.
- SERIES L., ARSTEIN-KERSLAKE A., KAMUNDIA E. 2017. *Legal Capacity: A Global Analysis of Reform Trends*, in BLANCK P., FLYNN, E. (eds.), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, London, Routledge, 137 ss.
- STAGL J., MARAGNO G. 2020. *§ 30 Fälle beschränkter Handlungsfähigkeit (infantes, impuberes, minores, furiosi, prodigi und Personen mit körperlichen Gebrechen)*, in BABUSIAUX U., BALDUS C., ERNST W., MEISSEL F.S., PLATSCHEK J., RÜFNER T. (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Berlin, Walterde Gruyter (in corso di pubblicazione).
- VIVALDI E. 2019. *L'esercizio dei doveri di solidarietà da parte della persona con disabilità*, in «Osservatorio AIC», 4, 2019, 145 ss.

L'ATTRIBUZIONE DI CAPACITÀ COME PRATICA DI RICONOSCIMENTO DELLA PERSONA CON DISABILITÀ QUALE 'SOGGETTO DI DIRITTO PENALE'

GIANDOMENICO **DODARO**



L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento
della persona con disabilità quale "soggetto di diritto penale"

The Attribution of Capacity as a Practice of Recognition
of the Person with Disabilities as "Subject of Criminal Law"

GIANDOMENICO DODARO

Professore associato presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.
E-mail: giandomenico.dodaro@unimib.it

ABSTRACT

Con il saggio si introduce un'analisi del diritto penale basata sul paradigma della disabilità. L'analisi mostra come la legislazione penale italiana sia condizionata da un approccio alla disabilità oscillante tra promozione dei diritti umani e protezione paternalistica della persona disabile. Nei confronti della vittima disabile si assiste, negli ultimi anni, a una proliferazione di meccanismi di tutela incapacitanti, che presumono l'incapacità della persona di provvedere a se stesso. Invece, all'autore di reato disabile sono riconosciuti sempre maggiori spazi di autonomia e responsabilità. Per il riconoscimento di una piena soggettività giuridica del reo disabile occorre, tuttavia, un ripensamento della capacità giuridica penale, basata sul concetto di "capacità giuridica universale" accolto dalla CPDP.

The paper introduces an analysis of the disability paradigm based criminal law. The analysis shows that Italian criminal law is conditioned by an approach to disability fluttering between human rights promotion and paternalistic protection of the disabled person. In recent years, there has been a proliferation of incapacitating protection mechanisms towards the disabled victim, which presumes the person's inability to provide for himself. On the contrary, the disabled offender is recognized with more and more areas of autonomy and responsibility. However, in order to achieve the recognition of the disabled offender's full legal subjectivity, we are asked for a rethinking of legal capacity, based on the concept of "universal legal capacity" accepted by the UNCRPD.

KEYWORDS

vittima di reato disabile, autore di reato disabile, inimputabilità

disabled crime victim, disabled offender, legal insanity

L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale "soggetto di diritto penale"

GIANDOMENICO DODARO

1. Focus dell'indagine – 2. La rilevanza normativa della disabilità nel diritto penale. Il soggetto passivo del reato – 2.1. Disabilità come causa di incapacità di provvedere a se stesso – 2.2. Disabilità come causa di incapacità di intendere e volere – 2.3. Aspetti regressivi della più recente politica criminale in materia di disabilità – 3. La rilevanza normativa della disabilità nel diritto penale. Il soggetto attivo del reato – 3.1. L'imputabilità come capacità di colpevolezza – 3.1.1. Sulla compatibilità della concezione della capacità come imputabilità con il modello sociale di disabilità 3.2. Crisi dell'imputabilità e proposta di abolizione in Italia – 3.2.1. L'abbandono dell'imputabilità nel codice penale svedese – 3.2.2. Argomenti contro la proposta abolizionista – 3.3. Suggerimenti teoriche per un'ipotesi di "capacità giuridica universale" penale.

1. Focus dell'indagine

Nella mia disamina stringerò il *focus* sulla rilevanza assegnata nell'ordinamento penale alla disabilità¹, intesa genericamente come sinonimo di menomazione fisica, psichica, intellettuale o sensoriale. Cercherò, dapprima, di determinare se e quanto la disabilità assuma rilievo espresso nella legislazione penale e, successivamente, di descrivere e comprendere se e quali spazi di autonomia e responsabilità, siano riconosciuti alla persona disabile che non presenti quei caratteri di razionalità decisionale che si ritengono connaturati al soggetto di diritto normodotato. L'obiettivo è quello di verificare la compatibilità dell'approccio alla disabilità del legislatore penale nazionale con i recenti indirizzi di politica del diritto, recepiti da ultimo dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (di seguito, CDPD)², che muovono dal presupposto di una "capacità giuridica universale"³.

2. La rilevanza normativa della disabilità nel diritto penale. Il soggetto passivo del reato

La legislazione penale contiene un ampio complesso di norme che prendono espressamente in considerazione impedimenti fisici, psichici, intellettivi o sensoriali del soggetto passivo del reato, causati da malattie nel corpo o nella mente, che potrebbero essere causa di disabilità, riconoscendovi una speciale rilevanza ai fini della definizione del precetto o della misura della pena. Tali norme sono aumentate di numero negli ultimi anni a seguito di riforme, sovente sollecitate da fonti sovranazionali, tendenti ad accrescere la protezione dei "soggetti deboli"⁴.

¹ Per una riflessione critica sui significati e sulle implicazioni culturali, sociali, politiche, filosofiche e giuridiche del concetto di disabilità, BERNARDINI 2016, 1 ss.

² La convenzione, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18.

³ La nozione di "capacità giuridica universale", che emerge dall'art. 12, comma 2, CDPD («Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di eguaglianza rispetto agli altri in tutti gli aspetti della vita»), rappresenta la «sfida più rilevante che la concettualizzazione della persona disabile come soggetto di diritto pone al soggetto di diritto liberale», BERNARDINI 2016, 167.

⁴ Sulla rilevanza attribuita alla condizione di "debolezza" nel diritto privato e sulle ragioni di questo riconoscimento si veda, per tutti, POLETTI 2014, 962 ss.

2.1. *Disabilità come causa di incapacità di provvedere a se stesso*

La disabilità è prevista, innanzi tutto, come possibile causa di una inidoneità, fisica o psichica, del soggetto a provvedere a se stesso mediante il compimento di attività necessarie a scongiurare rischi per la propria vita o incolumità psico-fisica, e costituisce un tratto soggettivo che caratterizza e identifica la persona offesa dal reato.

Talvolta, la vulnerabilità della vittima è la ragione giustificativa stessa di alcune incriminazioni. In questi reati essa è assunta a elemento costitutivo di fattispecie e viene tipizzata mediante clausole generali suscettibili di ricomprendere varie tipologie di minorazioni fisiche o psichiche di grado grave o medio-grave. Sono reati posti a protezione di soggetti deboli disabili, ad esempio, tra i delitti contro la persona, la Sottrazione di persona incapace (art. 574 c.p.), l'Abbandono di persone incapaci (art. 591 c.p.), l'Omissione di soccorso (art. 593 c.p.), la Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600, commi 1 e 2, c.p.), la Tratta di persone (art. 601 c.p.), la Violenza sessuale (art. 609 *bis*, comma 2 c.p.) e, tra i delitti contro il patrimonio, la Circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.).

In tutte le ipotesi citate l'incapacità del soggetto debole non è presunta dalla legge, ma deve essere accertata attraverso l'apprezzamento discrezionale del giudice, il quale deve verificare se e in quale misura la disabilità al momento della commissione del reato abbia reso la persona offesa vulnerabile, al punto da impedirle di difendersi o prendersi cura di sé⁵.

La vulnerabilità della vittima, inoltre, nelle condizioni di "minorata difesa", tipizzate nell'art. 61 n. 5 c.p., costituisce circostanza aggravante comune, nonché condizione ostativa alla concessione del beneficio della "Esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto" (art. 131-*bis* c.p.). Entrambe le norme richiedono che siano accertati non solo la debolezza della vittima, ma anche l'approfittamento di suddetta condizione da parte del reo⁶.

2.2. *Disabilità come causa di incapacità di intendere e volere*

La disabilità è prevista, altresì, come causa di incapacità naturale di intendere e volere gli atti che si compiono, ostativa all'esercizio di taluni specifici diritti fondamentali, e costituisce, ancora una volta, una caratteristica soggettiva che identifica la persona offesa dal reato.

Si tratta di situazioni che riguardano essenzialmente la persona psichicamente sofferente.

L'incapacità naturale esclude la validità del consenso, ad esempio, nel delitto di Omicidio del consenziente (art. 579 c.p.); parimenti, come vizio del consenso, era prevista quale elemento costitutivo delle fattispecie incriminatrici, ora abrogate, di Violenza carnale (art. 519, comma 2, n. 3 c.p.) o di Atti di libidine violenti (art. 521 c.p.).

A differenza della incapacità di provvedere a se stesso, l'incapacità naturale della vittima nelle fattispecie appena citate è presunta in via assoluta dalla legge, conformemente a un tradizionale indirizzo tendente a ravvisare nel malato di mente una inettitudine psichica all'esercizio di diritti personalissimi.

Il superamento di questa concezione ha contribuito a una profonda riconsiderazione di alcune incriminazioni, che ha portato a riconoscere all'infermo di mente la possibilità di esercitare diritti fino ad allora preclusi per legge.

Nell'ambito del diritto penale sostanziale, la riflessione sulla tutela del soggetto debole è ancora allo stadio iniziale e pochi sono i saggi di carattere generalista; per tutti, VENTUROLI, 2015; con particolare riferimento alla vittima disabile, si vedano RIVERDITI 2018 e LAMANUZZI 2015.

Sul concetto di vulnerabilità nella riflessione filosofico-giuridica, cfr. BERNARDINI et al. 2018, GIOLO, PASTORE 2018 e il numero monografico *Vulnerabilità e interpretazione giudiziale* della rivista *Ars interpretandi*, 2018, 2.

⁵ Sia consentito il rinvio a qualsiasi commentario al codice penale.

⁶ Si vedano PALERMO FABRIS, PERINA 2017, 277 ss. e ASTORINA 2017, 576.

Con la riforma dei reati sessuali (legge 15 febbraio 1996, n. 66) l'infermo di mente ha conquistato il diritto di sperimentare ed esprimere liberamente la propria sessualità all'interno di rapporti autenticamente liberi e consensuali. È punito a titolo di Violenza sessuale solamente l'abuso delle «condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto» (art. 609-bis c.p.), il quale deve essere accertato in concreto dal giudice⁷.

Sul delicato terreno delle decisioni concernenti il fine-vita, sono stati riconosciuti nuovi spazi di autonomia decisionale attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 579 c.p., sperimentata da qualche isolata, controversa, decisione di merito, che ha ammesso la configurabilità del delitto di omicidio del consenziente, al posto del più grave delitto di omicidio comune, a danno della persona inferma di mente, in condizioni di parità con la persona "sana"⁸.

Significative innovazioni si sono avute anche sul terreno di diritti processuali della persona offesa, *in primis* del diritto di querela⁹. Tale diritto, riconosciuto all'inabilitato *sub condicione*, ossia salvo diversa disposizione del curatore, negato all'interdetto, in passato era sottratto temporaneamente alla disponibilità anche dell'infermo di mente non interdetto (art. 120 c.p.), per essere assegnato a un curatore speciale, senza alcuna considerazione per la capacità in concreto della persona di comprendere e valutare il significato, le implicazioni e le conseguenze della querela (art. 121 c.p.). Attualmente, al contrario, in linea con l'evoluzione normativa più recente culminata nella legge 9 gennaio 2004, n. 6, istitutiva dell'amministratore di sostegno, la rappresentanza legale dell'infermo da parte del curatore speciale viene a configurarsi come residuale, sussidiaria ed eventuale limitatamente all'ipotesi di incapacità naturale a esercitare il potere di querela¹⁰.

2.3. Aspetti regressivi della più recente politica criminale in materia di disabilità

L'osservazione dell'evoluzione storica della legislazione penale sostanziale restituisce l'immagine di un settore dell'ordinamento giuridico che si è progressivamente sempre più aperto, nel periodo che va a cavallo tra la seconda metà degli anni Settanta e la prima metà degli anni Novanta, al riconoscimento della rilevanza delle situazioni di vulnerabilità connesse alla disabilità del soggetto.

La politica penale dell'ultimo decennio nel campo dei soggetti deboli presenta, invece, un quadro a chiaroscuri con aspetti regressivi di una certa importanza. Nelle scelte più recenti si riscontra una perdurante attenzione al bisogno di protezione delle persone disabili ma, nel contempo, si registra un mutamento di indirizzo relativamente al meccanismo di tutela. Si passa cioè da norme elastiche che, come abbiamo visto, affidano al giudice l'accertamento dell'eventuale sussistenza dell'incapacità della persona vulnerabile e la valutazione in concreto della sua incidenza al momento del fatto, a norme rigide che tale incapacità, al contrario, presumono¹¹.

Gli esempi più numerosi sono rappresentati da alcune nuove circostanze aggravanti, che si indicano in base all'ordine cronologico della loro introduzione nell'ordinamento.

La legge 5 febbraio 1992, n. 104 "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate" ha previsto, per la prima volta, l'aggravante comune della disabilità (art. 36), il cui ambito di applicazione si è ampliato, negli anni, a seguito di successive riforme

⁷ Per tutti, BERTOLINO 2017, 2023.

⁸ Corte d'Assise di Roma, 25.2.1984, in «Rivista italiana di medicina legale», 1987, 201, con nota di INTRONA. Per una ricognizione critica del dibattito sul tentativo giurisprudenziale di riconoscere spazi di validità al consenso della persona psichicamente sofferente ai fini dell'applicabilità dell'art. 579 c.p., si veda MASERA 2015, 48 s.

⁹ Considerazioni analoghe valgono anche per il diritto di istanza e di remissione di querela (artt. 125 e 153 c.p.).

¹⁰ MAZZUCATO 2017, 551 s.

¹¹ Un'eccezione rispetto a questo *trend* è la norma incriminatrice del delitto di Costrizione o induzione al matrimonio, di cui all'art. 588-bis c.p., introdotto di recente dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, la quale dispone che il fatto si configura anche quando l'induzione al matrimonio o all'unione civile sia stata realizzata «approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica [...] della persona».

fino ad assumere, con la legge 15 luglio 2009, n. 95 “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, l’attuale configurazione:

«Quando i reati di cui all’articolo 527 del codice penale [Atti osceni], i delitti non colposi di cui ai titoli XII [Delitti contro la persona] e XIII [Delitti contro il patrimonio] del libro II del codice penale, nonché i reati di cui alla legge 20 febbraio 1958, n. 75 [Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui], sono commessi *in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale*, la pena è aumentata da un terzo alla metà» (corsivi nostri).

Nello stesso anno, nel codice penale è stato inserito, con il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”, convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009, n. 38, l’art. 612-bis, che incrimina il delitto di Atti persecutori. Nelle ipotesi in cui il fatto sia commesso *a danno di «una persona con disabilità* (corsivo nostro) di cui all’art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104¹²» la pena è aumentata fino alla metà (comma 3) e la procedibilità non è più a querela ma d’ufficio (comma 4).

Sulla falsariga di queste norme la legge 11 gennaio 2018, n. 3 “Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute” ha ampliato il catalogo delle aggravanti comuni, disponendo un più severo trattamento sanzionatorio per il fatto di «avere, nei delitti non colposi, commesso il fatto *in danno di persone ricoverate* (corsivo nostro) presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative» (art. 61, n. 11-sexies) c.p., aggiunto dalla legge 11 gennaio 2018, n. 3).

Un ulteriore esempio è dato dalla nuova configurazione della circostanza aggravante dell’art. 112, comma 1, n. 4) e comma 2 c.p., che dispone un aumento della pena per la persona che concorre alla commissione di un delitto, per il quale sia previsto l’arresto in flagranza, assieme a una persona imputabile o semi-imputabile in stato di infermità o deficienza psichica. L’ambito di applicazione della norma, che era originariamente circoscritto alla sola ipotesi del concorso morale mediante determinazione, è stato successivamente esteso, dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, a due nuove ipotesi di concorso materiale, consistenti nel fatto di “essersi avvalso” del contributo dell’infermo di mente o di “aver partecipato” con esso. Tali locuzioni non richiedono per la configurazione dell’aggravante che il concorrente “sano” abbia esercitato una qualche forma di influenza sulla psiche del concorrente disabile e si prestano, quindi, a ricomprendere anche ipotesi in cui sia stata la persona disabile a proporre di fornire il proprio contributo o sia stata persino lei a ideare l’impresa criminosa. In tali ultime situazioni, l’aumento di pena non corrisponderebbe più a una maggiore gravità della condotta del concorrente per aver abusato della minore capacità di resistenza all’opera di determinazione o istigazione, ma per aver egli subdolamente approfittato di una situazione creata da una persona che, ancorché imputabile o semi-imputabile, si assume, evidentemente, in via presuntiva, che non sia adeguatamente capace di autodeterminarsi alla commissione di un reato.

Emblema di questo indirizzo politico-criminale può essere considerata la nuova disciplina dell’eccesso colposo, introdotta dalla legge 26 aprile 2019, n. 36 “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”. Il riformato art. 55, comma 2, c.p. dispone che nei casi di legittima difesa domiciliare la responsabilità della vittima che difende la propria o altrui incolumità è esclusa, non solo in caso di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto, ma anche quando essa «ha agito nelle condizioni di cui all’articolo 61, primo comma, n. 5)». Stando al te-

¹² Ai sensi dell’art. 3 “Soggetti aventi diritto” «È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione [...] 3. Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l’autonomia personale, correlata all’età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità».

nore letterale della norma, la minorata difesa, che viene in questa situazione riferita alla persona che respinge l'aggressione nel proprio domicilio, dovrebbe ritenersi presunta dalla legge¹³.

Queste norme, germinate all'interno di una politica populistica e securitaria¹⁴, segnano la via italiana per la protezione penale della disabilità, la quale, come anticipato, presenta luci e ombre.

Lodevole è senz'altro l'espresso riconoscimento normativo della disabilità, che per la prima volta viene nominata in una norma penale e descritta facendo riferimento alla nozione allargata della legge n. 104 del 1992; scelta che, di conseguenza, amplia considerevolmente l'ambito della tutela. Così come è apprezzabile, in termini generali, il tentativo di innalzare il livello di protezione della vulnerabilità.

Appare, invece, criticabile la decisione di costruire le norme sulla base di una presunzione assoluta di vulnerabilità della persona disabile. Al di là delle buone intenzioni della riforma, è difficile non intravedere nella decisione, politica e normativa, profili di illegittimità costituzionale e aspetti culturalmente regressivi di una forma di tutela orientata verso un paternalismo forte. Una presunzione così rigida, se da un lato intende costituire una forma di supporto sociale, dall'altro restituisce tuttavia un'immagine fuorviante della disabilità, ispirata al tradizionale modello medico, e intesa come una generalizzata passività o inettitudine della persona disabile ad attendere in maniera autonoma, competente e razionale alla cura dei propri interessi. In tal modo essa rischia di perpetrare e radicalizzare a livello sociale il messaggio ingannevole che la condizione di disabile sia sempre uno svantaggio da compensare attraverso un "prendersi cura" che riduce la persona a mero oggetto¹⁵.

L'opzione di tecnica normativa rappresenta una scelta, potremmo dire, tutta italiana, non imposta, né raccomandata o influenzata a livello sovranazionale, e che, anzi, appare contrastante con le indicazioni della CDPD. Questa ha posto, infatti, tra i principi generali di cui all'art. 3, lett. a) «il rispetto per dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone», e all'art. 12 il concetto di "capacità giuridica universale", da cui si può dedurre la contrarietà al dettato convenzionale di ogni presunzione di incapacità. Le presunzioni nelle norme citate operano alla stregua di una "barriera", che converte la minorazione in una disabilità incapacitante, secondo il modello sociale di disabilità, impedendo alla persona la «piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri» (lett. e) del Preambolo).

3. La rilevanza normativa della disabilità nel diritto penale. Il soggetto attivo del reato

La disabilità, vista dall'angolo prospettivo del reo, può venire in considerazione su diversi piani attinenti alla configurazione dei presupposti oggettivi o soggettivi della responsabilità penale. L'analisi si focalizza soltanto sulla capacità naturale di intendere e volere, in relazione alla quale la disabilità può assumere rilievo come causa di riduzione o di esclusione dell'imputabilità del fatto di reato (art. 85 c.p.).

La dottrina penalistica ha a lungo discusso sull'inquadramento teorico dell'imputabilità in relazione alle diverse categorie della capacità (capacità giuridica *vs* capacità d'agire), procedendo

¹³ In tal senso, GATTA 2019. Secondo l'Autore la norma potrebbe, tuttavia, essere reinterpretata in senso costituzionalmente conforme, in modo da affidare al giudice il riscontro probatorio della minorata difesa da valutare alla luce del complessivo contesto e delle dinamiche dell'aggressione. Analoga proposta è stata formulata da BACCO 2019, 58.

¹⁴ Per un'analisi delle forme del contemporaneo populismo penale, si vedano, a mero titolo d'esempio, ANASTASIA et al. 2020; AMODIO 2019; DONINI 2019; SOTIS, PULITANÒ et al. 2016. Con particolare riferimento all'uso simbolico delle circostanze del reato si vedano, tra i contributi più recenti, PULITANÒ 2017b, BARTOLI 2016 e BARTOLI, PIFFERI 2016.

¹⁵ Per una storia della disabilità, si vedano: SHAKESPEARE 2017, SCHIANCHI 2012 e SCHIANCHI 2019.

da indirizzi metodologici differenti. Il dibattito può considerarsi ormai concluso attorno a una posizione ampiamente condivisa, ma che, come vedremo, presenta criticità dal punto di vista di una concezione della capacità *disability oriented*.

3.1. L'imputabilità come capacità di colpevolezza

Dalla dottrina maggioritaria l'imputabilità viene ricondotta, dal punto di vista dogmatico, alla categoria della "capacità giuridica penale", la quale consente di qualificare come soggetto di diritto all'interno di un rapporto giuridico-penale la persona imputabile al momento del fatto¹⁶.

Dal punto di vista sostanziale, l'imputabilità come presupposto della capacità giuridica penale trova fondamento nel nostro ordinamento nella colpevolezza, intesa nella dottrina più recente come rimproverabilità di un agire contrario a doveri (c.d. concezione normativa). L'imputabilità viene, quindi, pensata a livello teorico e costituita a livello normativo come "capacità di colpevolezza"¹⁷.

L'idea di colpevolezza (normativa) è legata all'immagine prototipica dell'uomo come soggetto morale. Ciò non significa – afferma la dottrina penalistica – postulare una presa di posizione sul problema filosofico del libero arbitrio. Quando si parla di capacità di autodeterminazione o di volontà libera, si pensa alla capacità di scegliere in base a ragioni, attitudine che ipotizziamo sussistente in via di principio nell'essere umano maturo a partire da una certa età. In termini generali, si può dire che imputabile, ai fini della legge penale, è «un soggetto capace di recepire il messaggio normativo e di motivarsi in base ad esso»¹⁸. Nel linguaggio del codice penale è «chi ha la capacità di intendere e di volere», intesa come capacità di percepire la realtà e di comprendere il significato del proprio comportamento e di autodeterminarsi in assenza di condizioni psichiche che escludano la possibilità di controllo e di scelta¹⁹.

La capacità giuridica penale, a differenza della capacità giuridica civile, non è un attributo di tutte le persone acquisito alla nascita. Il diritto penale, essendo un sistema imperniato, prevalentemente, su situazioni di "dovere", è interessato alla capacità quale stato psicologico "dinamico" e vi riconosce rilevanza giuridica se sussistente al *tempus commissi delicti*. L'autore del fatto, se imputabile, può essere dichiarato penalmente responsabile e conseguentemente punito; se non imputabile, non essendo "responsabile"²⁰, non è assoggettabile a pena²¹, ma, se giudicato socialmente pericoloso, potrà essergli applicata una misura di sicurezza (art. 203 c.p.). Per il minorenni, che abbia compiuto i quattordici anni, l'imputabilità va accertata caso per caso (art. 98 c.p.). Nella persona adulta la piena soggettività giuridica è solo presunta e la questione della sua effettiva sussistenza si pone eventualmente in sede processuale, dove il giudice può dichiararne l'assenza, qualora accerti la mancanza del substrato empirico cui è agganciata.

Il codice penale indica una serie di cause di esclusione dell'imputabilità, alcune delle quali, come il sordomutismo (art. 96 c.p.) o il vizio di mente, in grado di ricomprendere variegate forme di disabilità fisica o psichica (artt. 88 e 89 c.p.). Il catalogo delle menomazioni inabilitanti si è, peraltro, ampliato dopo che l'interpretazione del concetto di infermità mentale si è sganciata, dapprima

¹⁶ Per tutti, ROMANO, GRASSO 2012, 2.

¹⁷ PULITANÒ, 2017a, 352.

¹⁸ PULITANÒ, 2017a, 352.

¹⁹ La classica concezione del reo come agente razionale è oggi messa in crisi del sapere neuroscientifico, cfr. MAGRO 2019; BERTOLINO 2018; COLLICA 2018; GRANDI 2016; BERTOLINO 2015, 2014, 2013a, 2013b; DI GIOVINE 2013; MERZAGORA 2012. Per una aggiornata rilettura del tema, arricchita da originali e stimolanti spunti di riflessione sul tema dell'imputabilità, si veda il recente saggio di DI GIOVINE 2019.

²⁰ PALAZZO 2011, 477.

²¹ Secondo un controverso indirizzo giurisprudenziale, il fatto del non imputabile sarebbe fonte di responsabilità civile ai sensi degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c. L'interpretazione è criticata, tra gli altri, da ROMANO et al. 2011, 353.

in dottrina²², poi in giurisprudenza²³, dal riferimento esclusivo al paradigma medico-biologico-organicistico, aprendosi a modelli esplicativi alternativi, multifattoriali e integrati, ossia capaci di spiegare il disturbo mentale sulla base di variabili biologiche, psicologiche, sociali e relazionali.

La condizione disabile, anche quando permanente, non è di per sé causa di inimputabilità, nemmeno quella mentale. La non imputabilità, ostativa all'attribuzione di responsabilità penale, si presenta come episodica, legata cioè al manifestarsi di stati fisici o psichici di consistenza, intensità e gravità tali da escludere la capacità di intendere e volere. Inoltre, il codice penale dà rilievo anche al c.d. vizio parziale di mente, consentendo di attribuire la responsabilità anche al reo la cui capacità di intendere e volere al momento del fatto era significativamente diminuita. In entrambe le ipotesi, l'imputabilità è oggetto di un giudizio bifasico che deve essere svolto caso per caso, mirante a diagnosticare le condizioni di salute del soggetto ed a valutare la concreta incidenza della disabilità sulle capacità al momento del fatto, per stabilire retrospettivamente l'eventuale sussistenza di uno spazio di residua capacità di autodeterminazione.

La scelta di agganciare la responsabilità penale alla soggettiva rimproverabilità, oltre a corrispondere all'idea di responsabilità morale nelle teorie etiche moderne²⁴, è diffusa nella quasi totalità delle codificazioni penali contemporanee, anche in quelle più recentemente riformate²⁵. Essa, infatti, contribuisce alla costruzione di un sistema di attribuzione di responsabilità coerente con i principi di garanzia del diritto penale e con le funzioni generalmente assegnate alla pena.

Secondo la concezione laica di rimproverabilità, essendo il principio di colpevolezza diritto di protezione nei confronti dello Stato²⁶, l'ancoraggio ad esso della responsabilità penale è, innanzi tutto, necessario a completare la funzione di garanzia per cui è posto il principio di legalità, attuando una forma di tutela della libertà. L'ordinamento «intende assicurare in definitiva a ogni consociato che la sua responsabilità è nelle sue mani, dipende da lui»²⁷. In questo modo, la colpevolezza diviene coesistente per una razionale politica del diritto penale anche sotto il profilo della prevenzione, assicurando che la minaccia legale di pena non sia attuata nei casi in cui non poteva svolgere la sua efficacia preventiva e stimolando nei consociati la disponibilità ad assumersi la responsabilità per le proprie azioni²⁸.

Come era stato anticipato, la disciplina dell'imputabilità presenta, dal punto di vista di una concezione della capacità *disability oriented*, criticità che è opportuno vagliare con attenzione.

3.1.1. Sulla compatibilità della concezione della capacità come imputabilità con il modello sociale di disabilità

Il sistema codicistico di attribuzione della responsabilità, secondo quanto emerge dalla descrizione precedente, è strutturalmente costruito attorno a due presupposti fondamentali: a) il tradizionale “modello clinico” di disabilità, per quanto di esso non faccia propria la rigida e semplicistica dicotomia: “chi è sano è responsabile”/“chi è malato è irresponsabile”; b) la teoria contrattualistica della società.

La disciplina dell'imputabilità elegge a paradigma della responsabilità l'individuo astratto razionale, coerentemente a una idea di società, diffusa nella teoria politica occidentale, basata sulla finzione di un contratto sociale tra individui adulti, competenti, liberi e indipendenti. La capa-

²² In una selezionatissima bibliografia in materia non possono mancare i saggi di BERTOLINO 2007, BERTOLINO 2006, BERTOLINO 1990, e MANNA 1997.

²³ Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, Raso, con commento di BERTOLINO 2005.

²⁴ Per tutti, tra i lavori più recenti, REICHLIN 2013, 175 ss.

²⁵ FIANDACA 2002, 870.

²⁶ ROXIN 1973, 21.

²⁷ PADOVANI 1987, 825.

²⁸ PULITANÒ 2017a, 272.

cità morale è elemento costitutivo della condizione umana ed è fonte di dignità sociale.

A differenza di ciò che postulano le meta-narrazioni illuministiche, ove le persone che hanno bisogni inusuali non fanno parte della relazione morale basata sul patto istitutivo, poiché l'associazione viene ipotizzata in funzione del mutuo vantaggio²⁹, il codice penale accoglie una concezione di soggetto, tutto sommato, più flessibile, in grado di adattarsi alle nuove conoscenze scientifiche sull'uomo, e inclusiva. Il diritto penale opera nei confronti di una platea di persone con bisogni fisici o psichici superiori al *range* di normalità che postuliamo in via di principio nel soggetto normodotato. Fa propria una concezione antropologica del soggetto, che predica, per così dire, un'ontologia umana potenzialmente connotata da *deficit* suscettibili di convertirsi in una condizione di vulnerabilità.

Tale sistema, per quanto sia caratterizzato da un certo grado di inclusività, se analizzato però dal punto di vista del "modello sociale" di disabilità, non sembra poter essere giudicato pienamente coerente con un approccio *disability oriented*, in quanto foriero di costi non marginali. Il fatto di condizionare l'attribuzione della capacità giuridica penale all'imputabilità nega, alla radice, lo *status* normativo di agente morale della persona non imputabile e la sua soggettività giuridica in diritto penale, convertendo una menomazione in una "barriera" incapacitante, confermando l'idea della disabilità come una deviazione dalla normalità. Peraltro, l'apertura al riconoscimento di nuove forme di disabilità potenzialmente rilevanti come infermità in base al paradigma bio-psico-sociale accresce la possibilità di negare al reo la condizione di agente responsabile.

Tuttavia, la disparità di trattamento nel codice non assume i caratteri di una intollerabile discriminazione soggettiva, incompatibile con l'art. 12 CPDP, e non perché costituisca un modo di proteggere la persona con disabilità dalle implicazioni penali di un atto che non riconosce come proprio, ma perché non sembra davvero realizzare l'esclusione di essa dalla comunità dei pari. Il codice penale, pur non accordando l'imputabilità, non nega dignità alla persona con disabilità e non disconosce valore alle esperienze più estreme dell'esistenza. Pensando la persona solo come occasionalmente incapace in una data situazione in virtù del temporaneo manifestarsi della sua vulnerabilità, continua a riconoscerle il ruolo di "contraente produttivo" del consorzio sociale³⁰.

3.2. Crisi dell'imputabilità e proposta di abolizione in Italia

L'imputabilità è da quasi più di un secolo messa in discussione e fatta oggetto di revisione critica da parte di indirizzi penalistici, diversi dal punto di vista concettuale e metodologico, ma accomunati sul piano culturale dalla prospettiva di una rifondazione del potere punitivo dello Stato su basi deeticizzate e razionali, sganciata quindi da modelli di derivazione metafisica.

Nella seconda metà dell'Ottocento fu la scuola positiva, sostenitrice di un progetto di diritto penale rinnovato dal metodo sperimentale e basato sui dati dell'antropologia e della statistica criminale, a proporre il superamento dell'imputabilità e la sostituzione nel campo penalistico della concezione morale di responsabilità con una concezione di tipo sociale. «[L]'uomo è imputabile, e quindi responsabile – affermò Enrico Ferri –, perché vive in società», e conseguentemente «deve risentire e sopportare quegli effetti, che saranno utili o buoni per lui, se l'azione sua sarà stata utile o buona per la società, e saranno dannosi o cattivi per lui, se dannosa o cattiva per la società sarà stata la sua azione»³¹. Alla pena è assegnata una funzione di difesa sociale³².

²⁹ Così spiega NUSSBAUM 2002, 35 ss., la quale osserva anche che provvedimenti a favore delle persone meno dotate possono essere un'aggiunta successiva, ma non parte della struttura di base dell'accordo.

³⁰ Se, come rileva NUSSBAUM 2002, 47, un sistema che consideri i cittadini come simili in quanto parti di uno scambio reciprocamente vantaggioso, sarà in grado di annettere valore agli incapaci, solamente pensandoli come persone che in altri tempi sono state produttive e che meritano una ricompensa per la loro precedente produttività, sarà in grado di riconoscere loro valore tanto più nel caso del manifestarsi accidentale di un *handicap*.

³¹ FERRI 1930, 148.

³² Per un esame più approfondito delle teorie della c.d. Scuola positiva, si rinvia a PELISSERO 2008, 80 ss. Per un'analisi socio-politica della proposta ferriana si veda PECORELLA, 1988.

Agli inizi degli anni Novanta l'abbandono dell'imputabilità è stato riproposto in Italia sulla base di una riflessione sulla colpevolezza, densa di suggestioni provenienti dalla dogmatica tedesca. In estrema sintesi, stante l'inaccettabilità in uno stato sociale di diritto di una connotazione etica della colpevolezza, intesa come rimproverabilità, considerati il suo legame indissolubile con il concetto, irrazionale, di libertà del volere e l'impossibilità di una misurazione della capacità del soggetto di recepire il messaggio normativo, si propone la sostituzione del concetto di colpevolezza normativa con quello di colpevolezza psicologica, in modo da sganciare la pena da una valutazione sulla responsabilità morale del reo. La concezione psicologica definisce la colpevolezza come mera relazione soggettiva dell'agente con il fatto antiggiuridico, ritenendo idoneo a fondare la responsabilità penale la mera esistenza di un collegamento soggettivo come il dolo, la colpa ed eventuali forme intermedie, che sono sufficienti a qualificare come "proprio" dell'agente il fatto commesso. Ogni componente della comunità statuale, in quanto tenuto *ex art. 54 Cost.* al dovere costituzionale di osservare la legge, dovrà compiere, secondo le sue capacità, tutto ciò che è necessario, affinché sia assicurata la pacifica convivenza tra consociati, assumendosi la responsabilità per il proprio agire in caso di violazione della legge penale, accettando eventualmente l'assoggettamento a una pena orientata all'integrazione sociale. Secondo questa visione l'eventuale accertamento di un disturbo mentale perde la funzione ascrivitiva, recuperando la sua valenza eminentemente descrittiva. L'infermità mentale diviene strumento principe per la determinazione di un percorso di cura e di un trattamento sanzionatorio adeguato alle caratteristiche personali del reo entro il limite invalicabile determinato dal principio di proporzione e ragionevolezza³³.

La tesi abolizionista trova una saldatura negli stessi anni con la posizione di un gruppo di operatori dell'area della salute mentale, aderenti a "Psichiatria democratica". Il movimento era impegnato, dopo la riforma del manicomio civile, nella lotta per la soppressione dell'ospedale psichiatrico giudiziario e per il superamento della logica manicomiale che governava l'internamento nei luoghi deputati alla cura del "reo folle". L'internamento risultava ancorato, nella prassi, alla convinzione dell'esistenza di un rigido nesso, meccanicistico e necessitato, tra follia, inimputabilità e pericolosità sociale, avallato a livello scientifico da una concezione di salute mentale ispirata al paradigma medico-organicista e alimentato a livello sociale da un pregiudizio culturale nei confronti del malato di mente, tale per cui questi veniva considerato come connotato, in ogni caso, non solo da pericolosità ma anche da incapacità³⁴.

Secondo gli psichiatri, diversi argomenti orienterebbero a favore dell'abolizione della imputabilità fondata sul vizio di mente: a) la problematicità della distinzione tra imputabili e non imputabili a causa della equivocità stessa del concetto di infermità mentale, conseguente all'evolversi della scienza medica verso una revisione della nozione di salute mentale³⁵; b) la rilevazione di riflessi negativi intrapsichici e intersoggettivi della pronuncia di irresponsabilità penale per difetto di imputabilità, avente per la persona che ne è oggetto «un chiaro significato invalidante e globalmente "deresponsabilizzante"»³⁶; c) il rifiuto da parte della psichiatria di farsi carico di esigenze punitive e di difesa sociale, contribuendo a rendere operativi quei meccanismi giuridici, come

³³ MOCCIA 1992, 95 s.

³⁴ La paternità della proposta di abolizione dell'imputabilità non sembra poter essere attribuita con certezza a Franco Basaglia, come tradizionalmente si afferma. In nessuno dei suoi scritti, nemmeno in quelli sul manicomio giudiziario, una simile proposta viene mai espressamente formulata, cfr. BASAGLIA 2018, 61 e 128 s., BASAGLIA 1982a, 185 ss.; BASAGLIA 1982b, p. 209 ss.

³⁵ Diffusamente D'AMATO 2017, 551 ss.

³⁶ MANACORDA 1995, 100. L'Autore spiega che la dichiarazione giudiziale di irresponsabilità «comporta una serie di conseguenze, tra le quali spiccano un progressivo distacco dall'esame di realtà, ed una tendenziale percezione di onnipotenza. Si tratta di fattori che spingono in senso opposto all'integrazione intrapsichica ed intersoggettiva, contribuendo all'approfondimento del disturbo di partenza. Sotto questo profilo, quindi, il proscioglimento per vizio di mente ha l'effetto – solo apparentemente paradossale – di rendere sempre più disturbata una persona già in partenza disturbata».

l'imputabilità, forieri di discriminazione e marginalizzazione, unitamente alla rivendicazione di un mandato puramente terapeutico; d) la definitiva maturazione culturale e politica sul tema dei diritti del malato di mente, che ha portato con la legge n. 180 del 1978 al riconoscimento di "quote di libertà e di responsabilità"³⁷ sul presupposto che, sebbene la follia trovi spazio nella normalità, «il folle è di norma capace di intendere e volere»³⁸.

Se, dunque, il modello di responsabilità penale diseguale per soggetti vulnerabili risulta ormai obsoleto, inadeguato e foriero di incertezze applicative tali da generare trattamenti discriminatori, più severi e per giunta meno garantiti rispetto a quelli cui sono sottoposti i rei sani di mente, l'esclusione di punibilità non appare più giustificata³⁹. Tale sistema – si afferma – deve venir sostituito da un modello alternativo che attribuisca per "convenzione sociale", sulla base di una *fictio juris*⁴⁰, alla persona con disturbo mentale l'imputabilità e la piena soggettività giuridica, quale esito di un percorso di riconoscimento del malato come soggetto di diritto, e circoscriva la rilevanza dell'infermità mentale all'ambito dell'esecuzione penale, prevedendo tipologie di sanzioni a contenuto prevalentemente terapeutico, da scontare in contesto penitenziario o in libertà in rapporto costante e programmato con i servizi di salute mentale del territorio⁴¹.

Si tratta di rivendicare per il malato – soggiungono gli psichiatri – non solo la valenza terapeutica del riconoscimento della propria responsabilità di fronte a se stesso come di fronte alla legge, quale "potente fattore di crescita individuale"⁴², ma prima di tutto l'imputabilità quale "diritto fondamentale di cittadinanza"⁴³, indispensabile al «riconoscimento sociale delle sue ragioni»; perché, se è possibile ammettere che spesso la responsabilità morale sia ridotta nel folle, forse anche, eccezionalmente assente, le ragioni sono «sempre presenti, indagabili e riconoscibili e, di norma, punibili»⁴⁴. Avanzare riserve circa il concetto di non imputabilità del soggetto psichicamente sofferente, non significa negare la sua malattia, ma sottrarre – se si è ben compreso il ragionamento –

³⁷ MANNA 1997, 62 ss.

³⁸ ROTELLI 2016, 210. Conf. DELL'ACQUA 1998, secondo cui «L'evento incapacità (semmai possibile) è eccezionale».

³⁹ In questo senso, ancora di recente, D'AMATO 2017, 560. Della stessa Autrice, si veda anche D'AMATO 2014, 276 e in particolare 305 ss.

⁴⁰ Così espressamente CASCINI 2010, 16.

⁴¹ GIANNICHEDDA 1983, 248. Conf. DELL'ACQUA 1998. Nell'esperienza del servizio di salute mentale di Trieste, riferisce Dell'Acqua, «Già oggi nella pratica è possibile non discriminare la possibilità di cura, il luogo della cura e la qualità della stessa per il cittadino detenuto. Spesso il servizio di salute mentale, il centro di salute mentale 24 ore, si è offerto come luogo di cura in corso di custodia cautelare e in attesa della fine del procedimento giudiziario. In alcuni casi modalità di alternative alla detenzione per il detenuto al termine dei tre gradi di giudizio sono state concordate dal servizio con i magistrati di sorveglianza e le autorità carcerarie. La persona che abbia commesso un reato grave e che presenti severi problemi psichiatrici, laddove tale condizione sia incompatibile con la detenzione, viene trattato, secondo un progetto terapeutico riabilitativo articolato e per un periodo di tempo prestabilito, ovvero fino al raggiungimento di un equilibrio psichico adeguato all'interno del centro di salute mentale 24 ore o di strutture residenziali comunitarie in regime di detenzione domiciliare, di libertà vigilata o di sospensione della pena. In ogni caso le misure alternative alla detenzione e tutte le modalità di flessibilizzazione del regime detentivo (visite, lavoro in carcere, corsi di formazione) costituiscono un canale preferenziale attraverso il quale i servizi di salute mentale col magistrato di sorveglianza e con la direzione e gli operatori del carcere cercano di trattenere nel tessuto sociale (e cittadino) la persona che deve scontare una pena».

⁴² NOVELLO 2013, 180.

⁴³ NOVELLO 2013, 177.

⁴⁴ ROTELLI 2016, 211. È ricorrente nei sostenitori della proposta abolizionista l'affermazione che, allo stato delle attuali conoscenze neurofisiologiche e psicopatologiche, la capacità di intendere e volere possa operativamente considerarsi abolita in un individuo umano, quantomeno in una data serie molto limitata di ipotesi: coma, sonno profondo, crisi convulsiva di grande male. «Con tutta verosimiglianza, questa capacità è parimenti abolita in alcune forme di oligofrenia di grado particolarmente elevato, in specie quando sia sostenuta da importanti alterazioni morfofunzionali del sistema nervoso centrale; alla stessa stregua, nelle sindromi demenziali ormai psichicamente marasmatiche. Con molta probabilità, essa potrà considerarsi abolita in alcuni quadri confusionali, in specie acuti, di entità molto grave. Caratteristica comune a tutte le situazioni elencate è quella che si denomina in maniera abituale e convenzione come "profonda destrutturazione dello stato di coscienza"», MANACORDA 1995, 97.

l'attribuzione di soggettività giuridica e di responsabilità a una valutazione circa la meritevolezza morale delle ragioni del suo agire⁴⁵.

La prospettiva penalistica e quella psichiatrica si ritrovano attualmente sintetizzate nelle argomentazioni di chi, impegnato a sostenere le istanze di emancipazione e di reinserimento sociale del malato di mente, continua con ostinazione a tenere viva, a livello culturale e scientifico, la proposta dell'abolizione dell'imputabilità, la quale in tempi recenti si è riusciti a tematizzare a livello politico-parlamentare. Dapprima, nel 1983, attraverso la presentazione di un disegno di legge⁴⁶, cui si sono richiamate tre analoghe proposte⁴⁷, la quale proponeva di riformulare l'art. 85 c.p. nel modo seguente: «L'infermità psichica non esclude, né diminuisce l'imputabilità», assegnando rilievo allo stato psicopatologico del soggetto solamente nell'ambito dell'esecuzione della pena (una volta abolite le misure di sicurezza). Successivamente, nel 2011, con la Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, dove si auspica, tre le modificazioni necessarie per il definitivo superamento dell'o.p.g., l'abolizione dell'istituto della non imputabilità⁴⁸. Le proposte di riforma non sono mai arrivate alla discussione parlamentare.

3.2.1. *L'abbandono dell'imputabilità nel codice penale svedese*

I sostenitori dell'abolizione dell'imputabilità portano a modello il codice penale svedese (*Brottsbalk*, di seguito BrB), il quale dopo la riforma del 1962 (entrata in vigore nel 1965) non prevede più la capacità di intendere e volere quale criterio di attribuzione della responsabilità, abbandonando la classica distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili⁴⁹.

In Svezia, come in Italia, a mettere in discussione la distinzione tra imputabili e non imputabili furono, all'inizio del XX secolo, gli psichiatri, primo fra tutti Olof Kimberg, primo professore di psichiatria forense in Svezia e influente sostenitore delle idee della Scuola positiva di criminologia di Lombroso, Ferri e Garofalo. Secondo Kimberg, la scienza medica avrebbe dimostrato che l'agire umano è sempre il risultato di ragioni, per cui la distinzione tra individui basata sulla capacità, lungi da avere fondamento scientifico, si baserebbe su speculazioni metafisiche. L'incapacità di intendere e volere si rivelerebbe, peraltro, oltre che «artificiosa, fittizia, equivoca», anche «degradante l'essere umano». Il concetto di colpevolezza doveva, quindi, esse-

⁴⁵ Una proposta affine è stata avanzata, nel contesto internazionale dei *Disability Studies*, da MINKOWITZ 2014, favorevole ad abbandonare ai fini della responsabilità penale l'idea di «capacità funzionale» a vantaggio di una capacità giuridica universale, attribuita su base presuntiva a tutte le persone con disabilità.

⁴⁶ Cfr. Disegno di legge S. 177 «Imputabilità del malato di mente autore di reato e trattamento penitenziario del medesimo», del 29 settembre 1983, d'iniziativa dei senatori Grossi, Gozzini, Tedesco Tatò, Salvato, Benedetti, Rossanda, Ongaro, Basaglia, Flamigni, Imbriaco, Volponi, Calì, Meriggi, Ranalli, Bellafiore, Bonazzi, Alberti e Martorelli. Il disegno di legge fu oggetto di un ampio dibattito nel *Colloquio su «Imputabilità e pericolosità del malato di mente»*, svoltosi a Gargnano del Garda nei giorni 24-26 giugno 1984. Per il resoconto dell'incontro si veda CERETTI 1984, 977 ss.

⁴⁷ Disegno di legge S. 2894 del 1° luglio 1991, d'iniziativa dei senatori Corleone e Modugno; Proposta di legge C. 151 del 9 maggio 1996 d'iniziativa del deputato Corleone; Disegno di legge C. 335, del 3 maggio 2006, d'iniziativa del deputato Cento. L'iniziativa di riforma è stata di recente rilanciata con una nuova proposta di legge, presentata nel volume CORLEONE 2019. Per un commento dei primi disegni di legge, MOLINARI 1987, 315 ss.

⁴⁸ La Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale del Senato della repubblica, nella seduta del 20 luglio 2011, p. 210. La relazione è disponibile all'indirizzo https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf.

L'eco di queste posizioni si ritrova anche nel recente parere del Comitato Nazionale per la Bioetica «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere» del 22 marzo 2019, il quale si limita ad avanzare riserve circa il concetto di non-imputabilità del soggetto affetto da disturbo psichiatrico senza arrivare però a richiedere una modifica del codice penale.

⁴⁹ Prima di questa storica novella il codice svedese, che recepiva la teoria della responsabilità della Scuola classica del diritto penale, prevedeva una disciplina dell'imputabilità analoga a quella del codice italiano.

re abbandonato assieme all'idea retributiva della punizione⁵⁰. Come ha rilevato Ivan Strahl, professore di diritto penale a Uppsala, il legislatore svedese ha privilegiato una prospettiva umanitaria e pratica rispetto a una di matrice filosofica⁵¹.

L'abolizione della non imputabilità rappresentò una delle innovazioni più salienti e soprattutto più rappresentative dello spirito di quel momento storico, fortemente orientato in Svezia da una concezione radicale del finalismo special-preventivo della pena, ossia dall'idea che la prevenzione dei reati dovesse essere perseguita principalmente attraverso la risocializzazione del reo mediante il trattamento individualizzato fuori dal carcere, eventualmente anche con il ricorso a sanzioni di durata indeterminata⁵².

Ai sensi della legge penale svedese vigente, tutti gli individui sono considerati legalmente capaci e penalmente responsabili per i reati commessi, indipendentemente dalle loro condizioni mentali al momento del fatto. Si richiede che il fatto sia loro ascrivibile a titolo doloso o colposo. L'eventuale disturbo mentale, valutato al momento della condanna, gioca un ruolo fondamentale sul piano sanzionatorio, in relazione al tipo e alla misura della sanzione, la quale viene individuata dal giudice secondo il criterio guida della prevenzione all'interno di un ventaglio di percorsi differenziati e rispondenti agli speciali bisogni di trattamento del reo.

Nel caso in cui il reato sia commesso sotto l'influenza decisiva di un severo disturbo psichico, tale da condizionare causalmente la realizzazione del fatto, è esclusa la pena detentiva (Cap. 30, § 6 BrB). Il giudice potrà irrogare una pena pecuniaria o, qualora questa appaia inadeguata, una tra le seguenti sanzioni: *Conditional sentence* (Cap. 27 BrB); *Probation* (Cap. 28 BrB); *Committal to special care*, nella forma dell'invio al «servizio di psichiatria forense» (Cap. 31, § 3 BrB), o al limite decidere di non applicare alcuna sanzione⁵³.

Di regola, la sanzione in questi casi è il trattamento psichiatrico obbligatorio (avente una durata tendenzialmente indeterminata), che viene eseguito in contesto istituzionale con limitazione della libertà personale o in contesto ambulatoriale sul territorio⁵⁴. In caso di internamento, qualora a causa del disturbo psichico sussista il rischio che il reo si renda responsabile di nuovi gravi reati, il giudice può decidere di subordinare le dimissioni a un particolare giudizio secondo la nuova legge sull'assistenza medico-legale, introdotta nel 1991 (Cap. 31, § 3, par. 2 BrB). Qualora particolari motivi (ad es. pregressi reati del reo o altri particolari motivi) facciano apparire necessario un aggravamento del trattamento sanzionatorio (ad esempio, in caso di recidiva), la sanzione dell' «invio al servizio di psichiatria forense» può essere combinata con altre sanzioni («condanna condizionale», «libertà vigilata» o pena pecuniaria), ad esclusione del carcere (Cap. 31, § 3, par. 3 BrB)⁵⁵.

Se, nel momento della commissione del reato, un disturbo psichiatrico, uno stato emotivo o un'analogia situazione hanno ridotto gravemente la capacità di controllo del comportamento, la pena è ridotta (Cap. 29 § 3, par. 1 nr. 2 BrB).

Negli anni successivi importanti mutamenti d'indirizzo nella politica criminale svedese, influenzati dalle recenti teorizzazioni del «neo-classicismo» penale, hanno determinato significative riforme, riguardanti, in gran parte, il comparto delle disposizioni sulle «conseguenze giuridiche» del reato⁵⁶. Muovendo dalla crisi del modello terapeutico, tacciato di porre in ombra i diritti individuali

⁵⁰ KIMBERG, 1935, 71 s.

⁵¹ STRAHL 1976, 77.

⁵² BERTOLINO 1990, 276 e 283, cui si rinvia per un esame analitico e documentato dalla legislazione penale svedese sul trattamento del reo malato di mente.

⁵³ L'astensione dalla punizione è, tuttavia, di un'eventualità molto rara (5-25 casi all'anno), che trova applicazione più che altro quando il malato ha commesso un reato non grave ed è già in cura al momento della condanna o è per allora già guarito (ad es. disturbo di breve durata), CORNILS 2010, 423 s.

⁵⁴ CORNILS, JAREBORG 2000, 15.

⁵⁵ DEGL'INNOCENTI et al. 2014, 231 ss.; BELFRAGE, FRANSSON 2000, 509 ss. Per uno studio sull'efficacia del sistema penale svedese nella prevenzione della recidiva, cfr. LUND 2013; BELFRAGE 1991.

⁵⁶ Sulle tendenze retribuzionistiche del neoclassicismo scandinavo, si vedano, tra i numerosi contributi, ESER,

nonché di risultare eccessivamente oneroso, e dal parallelo riaffermarsi dell'idea di deterrenza, il neo-classicismo scandinavo ha sviluppato un rinnovato interesse per la retribuzione e per l'idea della proporzionalità⁵⁷; con riferimento al reo malato di mente ha cercato di ricondurne progressivamente il trattamento nel quadro del sistema sanzionatorio generale, riducendo i percorsi differenziati salvo in presenza di gravi bisogni di cura.

La novità più significativa si è avuta nel 2008 con l'introduzione di deroghe al divieto di incarcerazione del malato mentale grave. Questi può essere condannato a scontare una pena detentiva in carcere solo quando sussistano particolari motivi, quali: 1. particolare gravità del reato; 2. modesto o assente bisogno di cure psichiatriche; 3. incapacità procurata mediante intossicazione o altra causa; 4. ulteriori circostanze. In ogni caso l'incarcerazione è preclusa in assoluto se il reato è stato commesso sotto l'influenza di un severo disturbo psichico, tale da rendere il reo incapace di comprendere la piena portata del comportamento e di controllarlo (Cap. 30, § 6 BrB). Come è stato rilevato in dottrina, la norma reintroduce il concetto di incapacità, assegnandogli rilevanza non però per l'attribuzione della responsabilità, ma per la proibizione della detenzione⁵⁸.

Nonostante questa evoluzione verso i postulati del "neo-classicismo", in Svezia non è mai stata reintrodotta l'imputabilità quale presupposto della responsabilità penale, essendo state fino ad ora respinte le numerose proposte in tal senso provenienti dalla comunità scientifica o dal mondo politico. A tutt'oggi la disputa sulla irresponsabilità penale del non imputabile non si è ancora sopita⁵⁹.

Un'analoga regolamentazione della responsabilità penale è prevista, nell'area europea, in Grecia, e negli Stati Uniti d'America, in Montana, Idaho, Utah e Kansas⁶⁰.

3.2.2. Argomenti contro la proposta abolizionista

La tesi abolizionista non ha trovato estimatori in Italia al di fuori di una cerchia alquanto ristretta di professionisti e studiosi ed anche a livello politico non è mai riuscita a raccogliere quell'ampio consenso necessario per una riforma tanto radicale, che allontana le condizioni di attribuzione della responsabilità da una diffusa sensibilità sociale. Penalisti e psichiatri forensi, pur condividendo le gravi ragioni della proposta e le meritevoli intenzioni ispiratrici, hanno respinto la soluzione abolizionista come inadeguata. Le obiezioni sono numerose e note⁶¹.

Le più severe e decisive sono quelle che revocano in dubbio la giustificazione clinica dell'abolizione dell'imputabilità. Se i giudizi di responsabilità sono valutazioni attraverso le quali si ascrive un certo *status* normativo, i criteri con cui si giudica devono essere compatibili con le spiegazioni scientifiche e naturalistiche del mondo e congruenti con le pratiche ordinarie⁶².

Il superamento del semplicistico assioma che la malattia mentale toglie la capacità – si afferma – non autorizza a ritenere, all'opposto, che l'infermo psichico sia un soggetto comunque e sempre capace di comprendere l'illiceità dei fatti e di autodeterminarsi secondo ragioni. Tale affer-

CORNILS 1987.

⁵⁷ EUSEBI 1985, 126.

⁵⁸ BENNET, RADOVIC 2019, 178; SVENNERLIND et al. 2010, 224.

⁵⁹ La questione della punibilità dell'autore psichicamente disturbato è ripresa con l'avvento del "neo-classicismo" penale negli anni Sessanta ed è diventata nuovamente oggetto di discussione di riforma a livello accademico e parlamentare. BENNET, RADOVIC 2019; SKÅLEVÅG 2014; LERNESTEDT 2009; CORNILS 2002; CORNILS, JAREBORG 2000; CORNILS, SCHÜTZ-GÄRDEN 1997; CORNILS 1988; BAURMANN 1987; CORNILS 1987; ROSLUND 1980; SIMSON 1976; REISNER, SEMMEL 1974; SIMON 1969; SVERI 1968; SIMSON 1966.

⁶⁰ Secondo quanto riferito da BENNET, RADOVIC 2019, 170.

⁶¹ Nella letteratura straniera, per una riflessione critica sugli argomenti medici, legali ed etici a favore o contro l'abolizione dell'*Insanity Defense*, MEYNEN 2016.

⁶² Da ultimo, BAGNOLI 2019, 23 e SANTONI DE SIO 2013, 16. Questa esigenza di controllo empirico sussiste, ovviamente, anche in relazione alle categorie giuridico-penali, cfr. per tutti, PULITANÒ 1985, 3.

mazione appare quantomeno di dubbia compatibilità con il sapere scientifico più attuale, in quanto non tiene conto della complessità del disturbo psichico⁶³. Essa finisce per assegnare in via presuntiva una capacità prettamente giuridica, riducendo il diritto a mera “tecnica sociale” per l’indirizzamento del comportamento umano mediante minaccia e inflizione di sanzioni⁶⁴.

Asserire, inoltre, che sarebbe «possibile raggiungere finalità di responsabilizzazione e di conferimento di dignità al malato autore di reato attraverso una artificiosa e rigida affermazione di piena capacità di intendere e volere» appare discutibile sotto un duplice ordine di considerazioni.

Dal punto di vista trattamentale risulta essere poco più che una congettura generalizzante, smentita da chi ritiene, piuttosto, che in alcuni casi possa essere di supporto all’intervento clinico «far prendere coscienza, anche al soggetto reo-malato, delle dinamiche patologiche dei suoi reati e della equità di una legge che tiene conto dei diversi gradi di libertà che sono sottesi al reato»⁶⁵.

Dal punto di vista penalistico si è rilevato che l’affermazione, evidenziando il convincimento che la pena, sia pure in qualche modo riadattata, possa fungere da strumento reattivo utile per qualsiasi persona, quale che sia il disturbo di cui sia affetto, «rischia (volontariamente o involontariamente) di avallare il predominio di una tradizionale logica punitiva»⁶⁶.

Non vi sarebbero, dunque, ragioni sufficienti per eliminare l’imputabilità, anche perché, per quanto il relativo giudizio sia diventato sempre più gravido di incertezze, permane la convinzione di «aver ormai organizzato e sviluppato gli strumenti, le metodologie, i linguaggi propri di quest’attività di accertamento della responsabilità morale in ambito psichiatrico»⁶⁷. Semmai necessario e urgente sarebbe un ripensamento delle criteriologie usate in modo da considerare eventualmente «la malattia mentale come *fattore di attenuazione* di responsabilità, e solo eccezionalmente come causa di abolizione»⁶⁸.

3.3. Suggestioni teoriche per un’ipotesi di “capacità giuridica universale” penale

Prima che la concezione della responsabilità penale basata sul nesso capacità giuridica-imputabilità divenisse dominante nella riflessione penalistica, una diversa prospettiva teorica respingeva *de jure condito* la riduzione della capacità all’imputabilità⁶⁹.

Il codice penale avrebbe fatta propria un’idea più ampia di capacità, intesa come attitudine alla titolarità di rapporti giuridico-penali. Questa non sarebbe da intendere, semplicisticamente, come l’astratta soggezione alla legge penale o la generica attitudine a porre in essere un fatto penalmente rilevante, proprie di tutte le persone umane a prescindere dal sesso, dall’età e da altri fattori positivi (psicofisici) o negativi (immunità)⁷⁰. Capace sarebbe, invece, il soggetto virtualmente assoggettabile a sanzione penale. Situazioni di incapacità si avrebbero, quindi, unicamente nelle ipotesi di immunità (art. 3 c.p.)⁷¹. La capacità rappresenterebbe una condizione normativa stabile del sogget-

⁶³ BERTOLINO 2013b, 84.

⁶⁴ Cfr. SANTONI DE SIO 2012, 358 ss.

⁶⁵ BANDINI 1995, 252 s.

⁶⁶ FIANDACA 2002, 870. La proposta abolizionista, oltre a riproporre invariate complesse questioni legate all’accertamento dell’elemento soggettivo del reato nei casi di grave compromissione della capacità del reo, porterebbe con sé ulteriori problemi legati al trattamento penale, cfr. BANDINI, 1995, 253.

⁶⁷ PONTI, MERZAGORA 1993, 32 s.

⁶⁸ PONTI, MERZAGORA 1993, 44.

⁶⁹ Tra le principali voci del dibattito sul tema della capacità penale, si vedano, senza pretesa di completezza, MORO 1939, PISAPIA 1942, GALLO 1958, DELL’ANDRO 1960, SEVERINO 1988.

⁷⁰ MANTOVANI 2013, 112; PADOVANI 2012, 96. Così inteso, il concetto di capacità penale si rivelerebbe sostanzialmente privo di utilità pratica, cfr. AMBROSETTI 2016, 236.

⁷¹ GALLO 2019, 153. La capacità giuridica penale si specificherebbe in un’attitudine alla titolarità di doveri e nell’assoggettamento a sanzioni penali. Poiché il diritto penale si presenta come un sistema costruito prevalentemente sulla situazione di dovere e quest’ultima a sua volta sull’assoggettabilità alla sanzione in caso di inosservanza, capace sarebbe, in definitiva, solamente la persona assoggettabile a sanzione.

to, svincolata dalla concreta realizzazione di un reato, spettante a ogni persona in quanto essere umano⁷². Soggetto di diritto penale sarebbe, conseguentemente, anche il non imputabile⁷³, dal momento che al pari dell'imputabile è virtualmente assoggettabile, se socialmente pericoloso, a una misura di sicurezza, la quale condivide con la pena la natura di sanzione criminale⁷⁴.

Secondo questa prospettiva teorica, l'imputabilità atterrebbe non alla capacità giuridica, bensì alla capacità di agire, costituendo un requisito di idoneità a porre in essere atti giuridicamente rilevanti⁷⁵. Non si tratterebbe, tuttavia, di un requisito essenziale ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale. La mancanza d'imputabilità non opererebbe come meccanismo di esclusione dal sistema penale, dal momento che l'assegnazione generalizzata di capacità giuridica consentirebbe in ogni caso di formulare nei confronti dell'autore del reato un giudizio di responsabilità, da svolgere nel rispetto dei diritti e delle garanzie, sostanziali e processuali, disposte a favore della persona libera⁷⁶. La responsabilità del non imputabile sarebbe eventualmente esclusa per la mancanza dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti per l'attribuzione del fatto, individuabili questi ultimi, nel silenzio della legge, soltanto nel dolo o nella colpa⁷⁷.

Tra i due soggetti, imputabile e non imputabile, si renderebbe, tuttavia, necessaria una distinzione sul piano del trattamento penale che tenga conto del modo d'essere dell'agente, specificamente dell'imputabilità e della pericolosità. In ogni caso, tale distinzione non dovrebbe avere caratteri tali da svuotare di significato in concreto l'astratto riconoscimento della soggettività giuridica del non imputabile.

Tale posizione, come si è detto, è risultata soccombente nel dibattito scientifico del secolo scorso, essendo apparsa come un'elaborazione meramente dottrinale, tesa solamente a recepire concetti di stampo civilistico, la cui utilità, più che revocata in dubbio, è stata talora risolutamente negata⁷⁸, finendo di fatto per scomparire quasi del tutto persino dai percorsi formativi di studenti e studiosi del diritto penale. Oggi la sua sopravvivenza si deve al contributo di qualche tenace autore, convinto della sua validità per la dogmatica penalistica e specificatamente per la riflessione sulla soggettività giuridica in diritto penale, considerata un problema preliminare di organizzazione, ineludibile per ogni ordinamento o settore dell'ordinamento. Di questa risalente tesi viene riproposta una rilettura modernizzatrice in chiave costituzionalmente orientata e ispirata a prospettive filosofico-morali tese al riconoscimento della pari dignità umana⁷⁹.

Questa teorica per le finalità ispiratrici e gli esiti cui giunge appare offrire una prospettiva interessante e forse proficua e meritevole di approfondimento anche per la questione che qui interessa, dal momento che presenta profili di corrispondenza rispetto alle esigenze che orientano la più recente politica del diritto in materia di disabilità. La CPDP reimposta, infatti, il rapporto di uguaglianza davanti alla legge, considerando ciascuna persona come soggetto giuridico, titolare di uguali diritti e doveri non perché libero, ma perché *essere umano*, «senza distinzioni di alcun tipo» (lett. b e h) del Preambolo; art. 12, comma 1); nel contempo, però, sollecita gli Stati a riconoscere «la diversità delle persone con disabilità» e, ove opportuno, ad attribuirvi valore nella progettazione dei percorsi (lett. i) del Preambolo).

La teoria della capacità giuridica penale, che stiamo analizzando, non intende riconoscere il non imputabile in concreto come decisore competente, per presunzione o attraverso finzione giuridica, come nella proposta abolizionista, ma semplicemente vuole attestare la sua capacità

⁷² GALLO 2019, 164 ss.

⁷³ GALLO 2019, 159.

⁷⁴ GALLO 2019, 163. Sostengono la medesima concezione di capacità penale CARACCIOLI 1970, 316, e SEVERINO 1988, 10.

⁷⁵ GALLO 2019, 165.

⁷⁶ RUGGIERO 2008, 36.

⁷⁷ GALLO 2019, 167.

⁷⁸ Per tutti, BETTIOL 1945, 258; CADOPPI, VENEZIANI 2012, 187 s.; FIANDACA, MUSCO 2009, 159.

⁷⁹ RUGGIERO 2008, 31 ss., in particolare 41 s. Più ampiamente nel lavoro monografico RUGGIERO 2007.

senza prendere posizione sulla questione della libertà, o se esista o meno un agire non motivato da ragioni, al di fuori dell'ipotesi generale della mancanza di *suitas* (art. 42 c.p.). Quando ciò si verifica, cioè quando l'azione è commessa a causa di circostanze anormali atte a precludere in assoluto il potenziale intervento regolatore della coscienza e della volontà (ad esempio, per costrizione o durante sonnambulismo), la responsabilità è esclusa, non però per mancanza di capacità, bensì perché l'azione non è umana e sarebbe massimamente iniquo imputare all'agente eventi che semplicemente accadono e sui quali non poteva esercitare alcun potere di controllo.

Il vantaggio che si ottiene, facendo dipendere la capacità dall'assoggettabilità del reo alla sanzione penale, è di evitare di incapacitare un soggetto, privandolo persino della virtuale possibilità di essere riconosciuto responsabile per le proprie azioni, nelle ipotesi-limite in cui l'incapacità di lasciarsi motivare dalla norma penale non possa essere dal giudice né affermata né esclusa oltre ogni ragionevole dubbio nemmeno con l'ausilio della scienza⁸⁰. Il non imputabile, che abbia agito in base a ragioni più o meno adeguate o scarsamente comprensibili, è visto in ogni caso come un destinatario appropriato di richieste normative, capace di generare aspettative negli altri in relazione ai propri comportamenti. Spetterà al giudice valutare le condizioni psicologiche di imputabilità e prendere le decisioni conseguenti in merito a come sanzionare il fatto illecito, in maniera che il reo con disabilità possa continuare a partecipare alla comunità con un percorso personalizzato che tenga conto dei suoi punti di forza e delle specifiche difficoltà e indichi, per così dire, gli strumenti "dispensativi" e "compensativi" per superarle.

Possiamo concludere questa riflessione, ipotizzando che nel codice penale convivano, in maniera sincretica, due tipi di responsabilità penale: una per quanto facciamo e una per come siamo⁸¹. In tanto la comunità morale può giudicare il trasgressore colpevole, biasimevole ed eventualmente assoggettarlo a sanzione (morale/penale), in quanto prima gli abbia riconosciuto uguale *status* normativo di soggetto moralmente competente. La sanzione, anche nella forma della misura di sicurezza, rappresenta, infatti, «una forma di relazione morale che viene instaurata con il trasgressore e che deve essere informata dal rispetto per essere giustificata razionalmente»⁸². Qualificare "penale" la responsabilità del non imputabile è una scelta inconsueta nel linguaggio dottrinale, ma coerente alla natura oramai assegnata alla sanzione applicabile al reo.

In questa accezione di capacità giuridica penale potrebbe ravvisarsi, in definitiva, una "capacità giuridica universale" *ante litteram*, idonea a realizzare quel cambiamento strutturale necessario per ottenere una reale inclusione delle persone disabili, in linea con una teoria della giustizia che concepisca le persone come esseri umani dotati di bisogni e dipendenze⁸³. Peraltro, l'inclusione all'interno dei normali meccanismi di responsabilità è decisiva su un altro piano, caro alla proposta abolizionista dell'imputabilità. Dando forma a una società nella quale una vasta gamma di abilità viene incoraggiata come parte di ciò che è compreso nel fatto di essere umani,

⁸⁰ È diffusamente rilevato in dottrina che la libertà di agire altrimenti è assunto a postulato della vita pratica senza il sostegno di inconfutabili prove scientifiche, cfr. FIANDACA 1987, 255.

⁸¹ L'ipotesi è suggerita anche da MERZAGORA 2012, 192 s. In maniera non molto dissimile già CARACCIOLI 1970, 317, il quale distingue, però, una responsabilità morale per l'imputabile e una responsabilità giuridica per il non imputabile.

⁸² Così BAGNOLI 2013, 219, la quale propone un resoconto della responsabilità morale in termini di reciproco rispetto, inteso non quale risposta a un valore come l'autonomia del volere o la dignità degli esseri umani, ma come atteggiamento strutturale che governa le pratiche di riconoscimento dello status normativo di "soggetto pratico". Secondo BAGNOLI 2019, 283 ss. e 309, ripensare la responsabilità in riferimento al rispetto e al riconoscimento reciproco, anziché al risentimento o al biasimo, avrebbe conseguenze significative, comportando un trattamento filosofico e giuridico diverso del trasgressore.

Sull'utilità anche in diritto penale dell'ascrizione di responsabilità come pratica convenzionale di riconoscimento reciproco, HASSEMER 2009, 210.

Sulla possibilità di ravvisare una giustificazione etica alla base tanto della pena quanto della misura di sicurezza, BETTIOL 1945, 567 s. Conf. MALINVERNI 1960, 122.

⁸³ Secondo la proposta filosofica sviluppata da NUSSBAUM 2002 e NUSSBAUM 2011.

chiama le persone con disabilità ad assumere, in un'ottica prospettica, la piena responsabilità di agire in maniera solidale nei confronti dei membri della comunità di appartenenza, come richiesto dalle *Regole standard per le pari opportunità delle persone disabili* (Onu, 20 dicembre 1993)⁸⁴.

⁸⁴ Sull'importanza del principio di responsabilizzazione, quale propulsore di ogni azione finalizzata alla formazione dell'uomo in diversi campi, compreso quelli della prevenzione e del trattamento delle condotte devianti, CANEPA 1995, II. Opinione condivisa anche a livello filosofico, come riferisce BAGNOLI 2019, 23.

Riferimenti bibliografici

- AMBROSETTI E.M. 2016. *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in M. RONCO et al., *La legge penale. Fonti. Tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli, 235 ss.
- AMODIO E. 2019. *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli.
- ANASTASIA S., ANSELMi M., FALCINELLI D. 2020. *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano, Wolters Kluwer.
- ASTORINA P. 2017. Sub Art. 131-bis, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (eds.), *Commentario breve al Codice penale*, Milano, Wolters Kluwer.
- BACCO F. 2019. Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura, in «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 5, 2019, 53 ss.
- BAGNOLI C. 2013. *Responsabilità come relazione pratica*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Torino, Codice, 199 ss.
- BAGNOLI C. 2019. *Teoria della responsabilità*, Bologna, Il Mulino.
- BANDINI T. 1995. *Prospettive di riforma in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente*, in CANEPA G., MARUGO M.A. (eds.), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, Cedam, 251 ss.
- BARTOLI R. 2016. Le circostanze “al bivio” tra legalità e discrezionalità, in «Cassazione penale», 56, 2016, 2254 ss.
- BARTOLI R., PIFFERI M. (eds.) 2016. *Attualità e storia delle circostanze del reato*, Milano, Giuffrè
- BASAGLIA F. 1971. *La giustizia che punisce. Appunti sull’ideologia della punizione*, in ONGARO BASAGLIA F. (ed.), *Scritti*, II, 1968-1980, *Dall’apertura del manicomio alla nuova legge sull’assistenza psichiatrica*, Torino, Einaudi, 1982, 185 ss.
- BASAGLIA F. 1973. Prefazione a *La marchesa e i demoni*, in ONGARO BASAGLIA F. (ed.), *Scritti*, II, 1968-1980, *Dall’apertura del manicomio alla nuova legge sull’assistenza psichiatrica*, Torino, Einaudi, 1982, 209 ss.
- BASAGLIA F. 2018. *Conferenze brasiliane*, Milano, Cortina.
- BAURMANN M. 1987. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmererecht*, Opladen, Westdeutsche.
- BELFRAGE H. 1991. *The Crime Preventive Effect of Psychiatric Treatment on Mentally Disordered Offenders in Sweden*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 14, 1991, 237 ss.
- BELFRAGE H., FRANSSON G. 2000. *Swedish Forensic Psychiatry. A Field in Transition*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 23, 2000, 509 ss.
- BENNET T., RADOVIC S. 2019. *On the Abolition and Reintroduction of Legal Insanity in Sweden*, in MORATTI S., PATTERSON D. (eds.), *Legal Insanity and the Brain*, Oxford, Hart, 169 ss.
- BERNARDINI M.G. 2016. *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli.
- BERNARDINI M.G., CASALINI B., GIOLO O., RE L. (eds.) 2018. *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press.
- BERTOLINO M. 1990. *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè.
- BERTOLINO M. 2005. *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in «Diritto penale e processo», 11, 2005, 853 ss.
- BERTOLINO M. 2006. *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 2006, 539 ss.
- BERTOLINO M. 2007. “Normalità” del male e patologia mentale, in «Diritto penale e processo», 26, 285 ss.

- BERTOLINO M. 2013a. *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in PALAZZANI L., ZANNOTTI R. (eds.), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 143 ss.
- BERTOLINO M. 2013b. *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in DI GIOVINE O. (ed.), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, Cedam, 83 ss.
- BERTOLINO M. 2014. *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (eds.), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene, 111 ss.
- BERTOLINO M. 2015. *Il vizio di mente tra prospettive neuroscientifiche e giudizi di responsabilità penale*, in «Rassegna italiana di criminologia», 2, 2015, 84 ss.
- BERTOLINO M. 2017. Sub Art. 609-bis, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (eds.), *Commentario breve al Codice penale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2023 ss.
- BERTOLINO M. 2018. *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in «Criminalia», 13, 2018, 13 ss.
- BETTIOL G. 1945. *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, Priulla.
- CADOPPI A., VENEZIANI P. 2012. *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam.
- CANEPA G. 1995. *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in CANEPA G., MARUGO M.A. (eds.), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, Cedam, 1 ss.
- CARACCIOLI I. 1970. *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, Giuffrè.
- CASCINI G. 2002. *Le insostenibili misure di sicurezza*, in AA.VV., *Irresponsabili per eccellenza. Droghe, "doppia diagnosi"*, opg, 2010, 14 ss. Disponibile in <http://ristretti.it> (consultato il 18 maggio 2020).
- CERETTI A. 1984. *Colloquio su «Imputabilità e pericolosità del malato di mente»*, in «Rivista italiana di medicina legale», 1984, 977 ss.
- COLLICA M.T. 2018. *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in CARLIZZI G., TUZET G. (eds.), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 339 ss.
- CORLEONE F. (ed.) 2019. *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press.
- CORNILS K. 1987. *Neuere Entwicklung der Kriminalpolitik in den nordischen Ländern*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 99, 873 ss.
- CORNILS K. 1988. *Schweden*, in ESER A., HUBER B. (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 2, Freiburg, Freiburg, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1289 ss.
- CORNILS K. 2002. *Zur Reform des Sanktionensystems in Schweden und Deutschland*, in ASP P., HERLITZ C.E., HOLMQVIST L. (eds.), *Flores juris et legume. Festschrift till Nils Jareborg*, Uppsala, Iustus, 151 ss.
- CORNILS K. 2010. *Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Schweden*, in SIEBER U., CORNILS K. (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit, Aufhebung der Strafbarkeit, Verjährung*, V, Berlin, Duncker & Humblot, 389 ss.
- CORNILS K., JAREBORG N. 2000. *Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21. Dezember 1962 nach dem Stand vom 1. Dezember 2000*, Freiburg, Iuscrim.
- CORNILS K., SCHÜTZ-GÄRDEN B. 1997. *Schweden*, in ESER A., HUBER B. (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 5.1, Freiburg, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 611 ss.
- D'AMATO S. 2014. *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in «Critica del diritto», 2014, 276 ss.
- D'AMATO S. 2017. *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in CAVALIERE A., LONGOBARDO C., MASARONE V., SCHIAFFO F., SESSA A. (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, Esi, 551 ss.
- DE FELICE P. 1976. *Riflessioni in tema di capacità giuridica penale*, Napoli, Jovene.

- DEGL'INNOCENTI A., HASSING L.B., LINDQVIST A.S., ANDRESSON H., ERIKSSON L., HANSON F.H., MÖLLER N., NILSSON T., HOFVANDER B., ANCKARSÄTER H. 2014. *First report from the Swedish National Forensic Psychiatric Register (SNFPR)*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 37, 2014, 231 ss.
- DELL'ACQUA G. 1998. *Appunti per la soppressione del manicomio criminale*, in «Fuoriluogo», aprile 1998. Disponibile in: <http://fuoriluogo.it> (consultato il 18 maggio 2020).
- DELL'ANDRO R. 1960. *Capacità giuridica penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 104 ss.
- DI GIOVINE O. (ed.) 2013. *Diritto penale e neuroetica*, Padova, Cedam.
- DI GIOVINE O. 2019. *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro) scienze*, Torino, Giappichelli.
- DONINI M. 2019. *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucci.
- ESER A., CORNILS K. (ed.) 1987. *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechts-Kolloquium*, Freiburg, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- EUSEBI L. 1985. *La «nuova» retribuzione*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (eds.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 93 ss.
- FERRI E. 1930. *Sociologia criminale*, II, Torino, Utet.
- FIANDACA G. 1987. *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in «Dei delitti e delle pene», 1987, 243 ss.
- FIANDACA G. 2002. *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, 867 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E. 2009. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli.
- GALLO M. 1958. *Capacità penale*, in NN.D.I., II, Torino, Utet, 880 ss.
- GALLO M. 2019. *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, Giappichelli.
- GATTA G.L. 2019. *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”, approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*. Disponibile in: <http://penalecontemporaneo.it> (consultato il 18 maggio 2020).
- GIANNICCHEDDA M.G. 1983. *Note sull'intervento della giustizia nella trasformazione del campo psichiatrico*, in MAURI D. (ed.), *La libertà è terapeutica? L'esperienza psichiatrica di Trieste*, Milano, Feltrinelli, 239 ss.
- GIOLO O., PASTORE B. (eds.) 2018. *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci.
- GRANDI C. 2016. *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli.
- HASSEMER W. 2009. *Perché punire è necessario*, Bologna, Il Mulino, 2012 (ed. or. *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, trad. it. di D. Siciliano).
- INTRONA F. 1987. *Omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e analisi psichiatrica forense della validità del consenso*, in «Rivista italiana di medicina legale», 1987, 201 ss.
- KIMBERG O. 1935. *Basic Problems of Criminology*, Copenhagen, Levin & Munksgaard.
- LAMANUZZI M. 2015. *Vulnerabilità e predisposizioni vittimologiche: una politica criminale più sensibile alle vittime deboli*, in CORTESI M.F., LA ROSA E., PARLATO L., SELVAGGI N. (eds.), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, Diplap, 31 ss. Disponibile in: <https://redazione Diplap.wixsite.com/diplapeditor/e-book> (consultato il 18 maggio 2020).
- LERNSTEDT C. 2009. *Insanity and the “Gap” in the Law: Swedish Criminal Law Rides Again*, in «Scandinavian Studies in Law», 54, 2009, 79 ss.
- LUND C. 2013. *Violent criminal recidivism in mentally disordered offenders: A follow-up study of 13-20 years through different sanctions*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 36, 2013, 250 ss.

- MAGRO M. 2019. *Scienze e scienza penale. L'integrazione tra saperi incommensurabili nella ricerca di un linguaggio comune*, in «Archivio Penale», 1, 2019, 1 ss.
- MALINVERNI A. 1960. *Capacità a delinquere*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 118 ss.
- MANACORDA A. 1995. *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in CANEPA G., MARUGO M.I. (eds.), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, Cedam, 89 ss.
- MANNA A. 1997. *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle 'finzioni giuridiche' alla 'terapia sociale'*, Torino, Giappichelli.
- MANTOVANI F. 2013. *Diritto penale*, Padova, Cedam.
- MASERA L. 2015. *Delitti contro la vita*, in VIGANÒ F., PIERGALLINI C. (eds.), *Reati contro la persona. Estratto dal VII volume del Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, Giappichelli, 11 ss.
- MAZZUCATO C. 2017. Sub Art. 121, in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (eds.), *Commentario breve al Codice penale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam.
- MERZAGORA I. 2012. *Colpevoli si nasce. Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, Cortina.
- MEYNEN G. 2016. *Legal Insanity: Explorations in Psychiatry, Law, and Ethics*, New York, Springer.
- MINKOWITZ T. 2014. *Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The Abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead, and Beyond*, in «Griffith Law Review», 23(3), 2014, 434 ss.
- MOCCIA S. 1992. *Il diritto penale tra essere e volere. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Esi.
- MOLINARI F. 1987. *Verso l'abolizione della psichiatria forense di vecchio stampo*, in «Dei delitti e delle pene», 1987, 315 ss.
- MORO A. 1939. *La capacità giuridico penale*, Padova, Cedam.
- NOVELLO M., 2013. *Diagnosi psichiatrica e giustizia*, in «Aut aut», 360, 2013, 169 ss.
- NUSSBAUM M.C. 2002. *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, il Mulino.
- NUSSBAUM M.C. 2011. *Creare capacità. Liberarsi della dittatura del Pil*, Bologna, il Mulino, 2011 (ed. or. *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, trad. it. Di R. Falcioni).
- PADOVANI T. 1987. *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, 798 ss.
- PADOVANI T. 2012. *Diritto penale*, Milano, Giuffrè.
- PALAZZO F. 2011. *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli.
- PALERMO FABRIS E., PERINA J. 2017. Sub Art. 61 in FORTI G., SEMINARA S., ZUCCALÀ G. (eds.), *Commentario breve al Codice penale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam.
- PECORELLA G. 1988. *Responsabilità, imputabilità, pena*, in «Marginalità e società», 8, 1988, 64 ss.
- PELISSERO M. 2008. *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli.
- PISAPIA G.D. 1942. *Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale*, in ID., *Studi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1956, 1 ss.
- POLETTI D. 2014. *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 962 ss.
- PONTI G., MERZAGORA I. 1993. *Psichiatria e giustizia*, Milano, Cortina.
- PULITANÒ D. 1985. *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (eds.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 3 ss.

- PULITANÒ D. 2017a. *Diritto penale*, Torino, Giappichelli.
- PULITANÒ D. 2017b. *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 2, 2017, 48 ss.
- REICHLIN M. 2013. *Responsabilità morale e persona*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Torino, Codice, 175 ss.
- REISNER R., SEMMEL H. 1974. *Abolishing the insanity defense. A look at proposed Federal Criminal Code on light of Swedish Experience*, in «California Law Review», 62, 1974, 760 ss.
- RIVERDITI M. 2018. *Disabilità e diritto penale*, in «Questione Giustizia», 3, 2018, 87 ss.
- ROMANO M., GRASSO G. 2012. *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Art. 85-149, Milano, Giuffrè.
- ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T. 2011. *Commentario sistematico del Codice penale*, III, Art. 150-240, Milano, Giuffrè.
- ROSLUND B. 1980. *Forensic Psychiatry: A Swedish Perspective*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 3, 1980, 179 ss.
- ROTELLI M. 2016. *L'istituzione inventata. Almanacco Trieste 1971-2010*, Merano, Alpha Beta.
- ROXIN C. 1966. *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, de Gruyter, 1973, 1 ss.
- RUGGIERO G. 2007. *Contributo allo studio della capacità penale. Lo «statuto» della persona fisica e degli enti*, Torino, Giappichelli.
- RUGGIERO G. 2008. *Capacità penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, Aggiornamento, IV, t. I, Milano, Wolters Kluwer-Utet, 31 ss.
- SANTONI DE SIO F. 2012. *Una visione aristotelica della responsabilità. John Gardner, la filosofia di Oxford e il diritto penale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2012, 357 ss.
- SANTONI DE SIO F. 2013. *Per colpa di chi. Mente, responsabilità e diritto*, Milano, Cortina.
- SCHIANCHI M. 2012. *Storia della disabilità. Dal castigo degli dèi alla crisi del welfare*, 8^a rist., Roma, Carocci.
- SCHIANCHI M. 2019. *Il debito simbolico. Una storia sociale della disabilità in Italia tra Otto e Novecento*, Roma, Carocci.
- SEVERINO P. 1988. *Capacità penale*, in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, Treccani, 1 ss.
- SHAKESPEARE T. 2017. *Disabilità e società. Diritti, falsi miti, percezioni sociali*, Trento, Erickson.
- SIMON G. 1969. *Der psychisch gestört Täter im schwedischen Strafrecht*, in «Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», 1969, 49 ss.
- SIMSON G. 1966. *Grundzüge der schwedischen kriminalrechtsreform*, Karlsruhe, C.F. Müller.
- SIMSON G. (ed.) 1976. *Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21. Dezember 1962: in Kraft getreten am 1. Januar 1965 nach d. Stand vom 1. Jan. 1975. Übersetzt, erläutert und eingeleitet von Dr. Dr. h. c., Dr. h. c. Gerhard Simeon*, Berlino, de Gruyter.
- SKÅLEVÅG S.A. 2014. *The irresponsible criminal in Norwegian medico-legal discourse*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 37, 2014, 82 ss.
- SOTIS C., PULITANÒ D., BONINI S., GUERINI T., INSOLERA G., SESSA A., MANNA A., RISICATO L., MAZZACUVA N. 2016. *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*. Disponibile in: <http://penalecontemporaneo.it> (consultato il 18 maggio 2020).
- STRAHL I. 1976. *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, Stoccolma, Nordstedt.
- SVENNERLIND C. et al. 2010. *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 33, 2010, 220 ss.

SVERI K. 1968. *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den nordischen Ländern*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 80, 176 ss.

VENTUROLI M. 2015. *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene.

STUDI

THE ORIGINS OF BOKO HARAM, AND WHY THE WAR ON TERROR MATTERS

ANDREA **BRIGAGLIA**
ALESSIO **IOCCHI**



The Origins of Boko Haram, and Why the War on Terror Matters

ANDREA BRIGAGLIA

Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”.

E-mail: abrigaglia@unior.it

ALESSIO IOCCHI

Norwegian Institute of International Affairs.

E-mail: alessioi@nupi.no

ABSTRACT

This article, prompted as a response to a recent contribution penned by Audu Bulama Bukarti, returns to the history of an incident occurred in 2003 between the Nigerian security and a group of militants popularly known as the “Nigerian Taliban” and considered as a precursor to Boko Haram. While the historiography around this incident has been almost saturated by debates around the size of the links between the “Nigerian Taliban” and al-Qaeda, that period of Nigerian history continues to be read in isolation from the broader counter-terrorism strategies conceived at the time by the Nigerian State in the context of what, for us, is a fundamental structural factor, i.e. the then mounting Global War on Terror. Drawing on a different set of data than Bukarti, our contribution will argue that, far from having been a “local” incident, the “Nigerian Taliban crisis” shows clear signs of how, at the time, the Nigerian space was being penetrated by the War on Terror’s strategic logic, discursive structures and political imperatives. The successive explosion, over the following years, of the “Boko Haram phenomenon”, is in our opinion the result of the latter as much as of the former.

KEYWORDS

Boko Haram, Critical Terrorism Studies, Jihad, Nigeria, War on Terror

The Origins of Boko Haram, and Why the War on Terror Matters

ANDREA BRIGAGLIA
ALESSIO IOCCHI

1. *Introduction: Of Small and Big Elephants* – 2. *Bukarti's paper: An assessment* – 3. *The Kanamma Incident in the War on Terror* – 4. *Where Did the "Fishing Rights' Story" Come From?* – 5. *Conclusions*.

«[...] because they are at once profoundly parochial and so obviously translocal, these fragments, and innumerable others like them, raise the same conundrums, all of them distilling down to one order of questions»¹.

1. *Introduction: Of Small and Big Elephants*

The Origins of Boko Haram – and Why it Matters is the title of an article recently published by Audu Bulama Bukarti (BUKARTI 2020). The article provides some fresh empirical data on the early history of the Nigerian jihadist movement known to the world through its Hausa nickname *Boko Haram*. It revisits, in particular, a specific fragment of what can be considered as the “pre-history” of Boko Haram, i.e. the clashes that had started in Kanamma (Yunusari Local Government, Yobe State) in late December 2003, continuing through early January 2004 in other areas of Yobe, one of the thirty-six states that make up the Federal Republic of Nigeria, bordering the Republic of Niger. During these clashes, the Nigerian security forces neutralised a small group (usually described in the literature as a «Salafi commune») that was popularly known at the time as the “Nigerian Taliban”.

The Nigerian Taliban are considered by virtual consensus, in the specialised literature, as a precursor to Boko Haram. While the exact degree of continuity between the two is a matter that has been debated by specialists (THURSTON 2018, 91-95), the belief in the existence of such a connection emerges in countless statements made over the years by highly-placed Nigerian security officials and political leaders, as well as by Islamic scholars involved in the government's counter-radicalisation programmes². No one, thus, can question that the 2003 experience with the Nigerian Taliban fundamentally framed the official Nigerian narrative about, and strategies against, Boko Haram. For Bukarti, in any case, there is no substantial difference between the two, and «Boko Haram originally formed in 2003», i.e. when the Nigerian Taliban established their commune in Yobe State.

The connection (or lack thereof) between the Nigerian Taliban and al-Qaeda, too, remains one of the most hotly debated issues in the field. In assessing and responding to Bukarti's paper, our central argument is that neither the origins of the Nigerian jihadi movement, nor the Nigerian state's responses to it, can be understood outside the context of the Global War on Terror. Correctly framed, the Nigerian Taliban experience appears in our opinion as that of a

¹ COMAROFF, COMAROFF 1999, 282.

² For such a description of the Nigerian Taliban by a source that conflates both roles (an Islamic religious leader who has played a prominent role in the country's counter-radicalisation programmes, as well as a minister in the second Buhari cabinet), see PANTAMI 2015. For Pantami, «the current insurgency started in Nigeria around 2002 CE, through two young people (Names withheld) [sic] who imported the ideology from abroad» (PANTAMI 2015, 4).

thwarted, would-be al-Qaeda cell: while the debate around this experience has focused on the extent of the “would-be-al-Qaeda” side of it, for us the reflection around the dynamics of the “thwarting” is also of fundamental importance.

Considering the above, we could not agree more with Bukarti’s statement that the discussion around this apparently minor fragment of Nigerian history is not a matter of a handful of Boko Haram specialists splitting hairs around details, but one that «has practical policy implications» (BUKARTI 2020, 9) on Nigerian counter-terrorism strategies. We also believe, however, that this debate reveals underlying aspects of the politics of knowledge about Boko Haram in the context of the War on Terror, a politics in which Bukarti’s paper here under discussion is inevitably – though perhaps, unconsciously – embedded. The article was published by the Hudson Institute, known for its closeness to Mike Pompeo and the “Iran hawks” of Trump’s administration; the author, moreover, is affiliated to the Tony Blair Institute for Global Change, the think-tank privately owned by one of the original architects of the War on Terror discourse and, in particular, of the disastrous Iraqi War military project in the early 2000s³.

A certain degree of embeddedness is often unavoidable in the social sciences, and is not a reason of scandal. In a way, this applies to our paper as well, as our work on the Boko Haram phenomenon is framed in a methodology whose central thrust is the effort to critically interrogate the War on Terror discourse/strategy; to highlight its manifold impact on Muslim-majority societies; and to bring to light the political implications of the narratives on the emergence of terrorism promoted by security experts. It is for this reason that we see the publication of *The Origins of Boko Haram – and Why it Matters* as an occasion to open up not only the empirical reconstruction of what exactly happened in Kanamma, but also the critical analysis of the political structures underlying those events. Such reconstruction and critical analysis, in our view, have only been partially aided by Bukarti’s paper: notwithstanding the presence of some important new data, in fact, his empirical reconstruction results, at a more careful analysis, incomplete; more importantly, a critical political analysis is conspicuously absent from the paper.

Bukarti’s central argument is framed as a rebuttal to an article (BRIGAGLIA 2015) published five years ago on *Diritto & Questioni Pubbliche* by one of the authors of the present response. That article was mainly devoted to an analysis of the effects of the War on Terror discourses (in particular, the version of the latter adopted by the Saudi government) in precipitating a conflict between different segments of the Nigerian Salafi community. This conflict was clearly manifested in the debates that occurred in the mid-2000s between Boko Haram’s founder Muhammad Yusuf (d. 2009) and his mainstream Salafi critics in Nigeria – a debate that several of the most authoritative sources on Boko Haram agree on considering foundational to the formation of Boko Haram’s doctrines (ANONYMOUS 2012; THURSTON 2018, 98-104; KASSIM, NWANKPA 2018, 11-26). But before the start of that debate, an earlier manifestation of such an internal rift within the Nigerian Salafi communities – the article argued – was the Nigerian Taliban’s crisis. In our opinion, the rift between Yusuf and his Salafi critics did not emerge from a pre-existing theological divide between the supporters of supposedly coherent, rival “jihadi” and “mainstream” Salafi theologies; rather, this rift *produced*, within the Islamic discursive field of Nigeria, positions expressed in those theological terms. Nor was this rift the mere reflection of diverging attitudes vis-à-vis local politics, although it certainly led to such a divergence, and even

³ In 2018, the Tony Blair Institute confirmed having received a donation of nine million British pounds from the Saudi government. See “Tony Blair confirmed receiving millions in donations from Saudi”, *The Middle East Monitor*, 6 September 2018 (<https://www.middleeastmonitor.com/20180906-tony-blair-confirms-receiving-millions-in-donation-from-saudi/>); Jim Pickard, “Tony Blair Institute confirms donations from Saudi Arabia”, *Financial Times*, 5 September 2018 (<https://www.ft.com/content/6426466c-b12c-11e8-99ca-68cf89602132>). While single Saudi investments alone, in our opinion, are not able to dictate the policy of the Tony Blair Institute, they do signal a degree of convergence in the politics of knowledge production about “Islamic extremism” and counter-terrorism strategies.

to a dramatic, violent internal conflict; instead, such a divide reflected the uneasy and partly chaotic process of re-alignment of different sections of the Nigerian Salafi community to new Islamic categories that were defined, sustained, and to a certain degree *created* by the global context of the War on Terror with its strategic imperatives and discursive structures.

As a corollary to its central argument, the 2015 *D&Q* article also suggested that the camp established by the Nigerian Taliban in Kanamma could not have been, as stated by the vast majority of previous accounts, a pacific commune that had come to clash with the Nigerian security after an ordinary dispute with a neighbouring village over fishing rights. The decision by the Nigerian authorities to target the group had to be understood, on the contrary, in the context of a broader security strategy influenced by bigger actors and devised in response to more serious concerns. Following one of its sources from the Yobe State establishment, as well as interpreting some allusive statements made in a public lecture by the Nigerian Salafi scholar Ja'far Mahmud Adam (who frequently consulted with the Nigerian security before and after Kanamma), a few days before being murdered in April 2007, the article had tentatively suggested, as a possible alternative explanation, that this commune might have hosted a jihadi camp possibly linked to al-Qaeda (BRIGAGLIA 2015, 194), discretely dismantled by the Nigerian security (with the decisive collaboration of a section of the country's Salafi leadership) precisely on that basis.

In sum, the 2015 *D&Q* article was based on the conviction, about which we are both much more confident today than we were five years ago, that the 2003 Kanamma crisis was the sign of the gradual penetration of the geopolitics of the War on Terror in the Nigerian space. While the Global War on Terror featured in the title as well as in the overall argument of the paper, the subsequent debate in the Boko Haram scholarship seems to have received and debated, of it, only the "Al-Qaeda camp hypothesis". In the introduction to Bukarti's article, for example, the central argument of the *D&Q* paper is interpreted as «promoting the role of international jihadi organizations, principally al-Qaeda, to the rise and evolution of Boko Haram» (BUKARTI 2020). In the economy of that paper, however, it was clear that mentioning one elephant in the room in the scholarship on Boko Haram (i.e. al-Qaeda's presence in Nigeria in the early 2000s; a possibility that most academic analysts had not seriously considered at the time) was but a necessary step towards a broader discussion around a second, and perhaps more important, elephant in the room (i.e. the penetration of the War on Terror in Nigeria, also occurring in the early 2000s; a factor that still today, continues to be evaded by most historical analyses of the Boko Haram phenomenon).

The fact that global and regional security paradigms are appropriated and transformed in each domestic contexts in different ways, has led many analysts to restrict their attention to purely local dimensions of both terrorist and counter-terrorist phenomena of mobilisation that have taken place outside the main regional focus of the War on Terror (Middle East and Central Asia). In this brief response, on the contrary, we emphasise how not only the mobilisation *for* the Nigerian Taliban, but also, and more importantly, the Nigerian state's mobilisation *against* them, can only be understood as local responses to, and appropriations of, global geopolitical paradigms that were emerging at the time⁴. Such responses and appropriations have created a specifically Nigerian configuration of the War on Terror politics, and it is only in the light of this politics that the build-up of internal tension leading to the 2009 explosion of the Boko Haram phenomenon, results intelligible.

⁴ We hereby wish to acknowledge the contribution of Debora Valentina Malito to these reflections, through her comments on an earlier draft of this paper.

2. Bukarti's paper: An assessment

The paper published by Bukarti helps correcting three basic misconceptions concerning the chronology of the Nigerian Taliban's settlement in Kanamma, the nature of their project, and the reasons that triggered the clashes with the police.

The Nigerian Taliban – here the author usefully corrects a mistaken view implicitly or explicitly suggested by most previous commentators, including the 2015 *D&Q* article – did not reside in Kanamma for months, but moved there only on 21 December 2003. Correcting this fact is useful for the historical record, but it has little significance as far as assessing the experience of the group as a whole is concerned. The latter, in fact, as Bukarti acknowledges, moved to Kanamma only after having been dislodged by the security from a similar camp they had established in mid-2003 (according to our sources, precisely in June), in the vicinity of Tarmowa (not to be confused with Tarmuwa Local Government, further south in Yobe State). Tarmowa is another village located, like Kanamma, in the Yunusari Local Government. The historical reconstruction of the Nigerian Taliban's experience thus needs to include the Tarmowa phase and be extended over a longer period of time.

So why did the Nigerian authorities decide to intimate the community to dislodge from Tarmowa, ultimately pushing them to relocate to Kanamma and prepare for a confrontation they did not originally aim at, at least not at that stage and not in that form? To answer this question, Bukarti stops at the answer provided during his fieldwork by one Kachallah Ngubdo, a hunter operating in the bush of the area, according to whom the commune was dislodged because the local authorities nurtured «apprehension about the community's intentions». While not wrong *per se*, this answer only starts to scratch the surface of a security operation that, in the light of additional evidence that one cannot expect to find among Kanamma's local residents, obviously involved higher echelons of the Nigerian security. We will return to this in the core section of this article.

The second and third misconceptions usefully cleared by Bukarti's article are, respectively, (a) that the group established first in Tarmowa, then in Kanamma, was a pacific commune and (b) that the reason for the confrontation with the authorities was a mundane fishing rights' dispute with a neighbouring village. The camp, concludes in fact Bukarti, «was not the pacifist commune as presented by some writers», and «[c]ontrary to multiple published accounts, residents [of Kanamma] said there was no dispute between them and the commune over fishing rights» (BUKARTI 2020, 6). Moreover, always according to Bukarti's findings, the members used to train in «boxing and martial arts» already during the Tarmowa phase, and later prepared for the confrontation with the Nigerian security in Kanamma, after having received the eviction note, by barricading the camp «with sandbags and a trench» and arming themselves «with machetes, catapults and so forth» (BUKARTI 2020). This would already suffice to push Bukarti's conclusions closer to the hypothesis of the 2015 *D&Q* paper than to most of the previous literature on the Nigerian Taliban. As if this was not enough, Bukarti further admits that «there is evidence of ideological connection between the duo [of al-Qaeda and the Nigerian Taliban]» since the time of the Kanamma incident (BUKARTI 2020, 3). But the presence in the *D&Q* article of a mere hypothesis – no matter if followed by a question mark in the original text of the article – on the possible existence of something more than an ideological connection, is sufficient reason for the author to frame his paper primarily as a rebuttal of the “jihadi camp hypothesis”, and only secondarily, as a rebuttal of the “pacific commune hypothesis”.

The stated reasons for Bukarti's insistence on rejecting the former hypothesis are two: (a) the alleged fact that the exchanges of fire between the group and the Nigerian security only lasted «hours, not days, much less weeks» (meaning that the group was a superficial and thereby, for Bukarti, purely local threat); (b) the alleged fact that existing accounts that link the Nigerian Taliban's leader Muhammad Ali to Osama Bin Laden, mentioning the latter's promise to the

former to fund a Nigerian cell of al-Qaeda with \$3 million, originate from a single report published by the International Crisis Group (henceforth, ICG) in 2014 and based, in its turn, on a single, unverified source (BUKARTI 2020, 8).

Both the above statements amount to factual mistakes that call for a two-fold correction.

After the “Taliban” were dislodged from Kanamma, the exchange of fire did not end as stated by Bukarti. The group, in fact, moved to the offensive and attacked the police stations of Kanamma; of the nearby town of Geidam; and, after traveling ca. 140 km southwards, of Babbangida (OROPO 2004; BEGO 2004). In the process, they managed to seize two jeeps and some weapons, with which they went down to the Yobe State capital Damaturu, possibly with the intention to attack the police station and snatch more weapons. Repelled from Damaturu, the attackers moved towards the Borno State capital Maiduguri but, on the way, they were stopped by the police at a roadblock and only then dispersed. The security then continued to track the dispersed members of the group for several days, even coordinating with their counterparts in the neighbouring Republic of Niger to capture some who had found refuge across the border, in Maïné-Soroa; Muhammad Ali, considered as the leader of the group, was later intercepted and reportedly killed in eastern Borno State; part of the community found refuge on the Mandara Mountains, near the borders of Cameroon, and intermittently attacked police stations in the area before being expelled by the Nigerian military only in October 2004 (MOHAMMED 2018, 590), that is, almost one year after the Kanamma incident. Another year later, in January 2006, interviewed residues of the group reportedly gave hints of their gradual efforts to re-group and re-organise⁵. A local fieldwork like the one carried out by Bukarti is obviously fundamental to historical research. But suggesting that the visual of the observer of the Nigerian Taliban’s crisis should be constrained to a space of a few hundred square meters like Kanamma, and to a span of ten days like the time the group spent there, is like suggesting a myopic vision as a corrective to presbyopia. Not to mention the inherent contradiction between Bukarti’s claim that the Nigerian Taliban events are of capital importance to understand the subsequent history of Boko Haram, and the minuscule size these events assume once, as he does, they are restricted to what happened only between 21 and 31 December 2003, only in the outskirts of Kanamma.

The number of sources mentioning Muhammad Ali’s role in mediating between the Nigerian Taliban and al-Qaeda are at least four, and not one as claimed by Bukarti. Some of them have already been discussed in the literature on Boko Haram, to the point of saturation (ZENN 2017a; BRIGAGLIA, IOCCHI 2017; HIGAZI et al. 2018, 203-213; THURSTON 2018, 161). The first was Modibbo Adama University of Technology professor Kyari Mohammed, one of the foremost specialists on the history of Borno and of Boko Haram, according to whom Ali was rumoured to have undergone training with al-Qaeda in Afghanistan (MOHAMMED 2014, 10)⁶. Moreover, according to Kyari Mohammed’s interview to current Nigerian Minister of communication Isa Ali Pantami (MOHAMMED 2018, 589), Ali was well known in northern Nigerian Muslim circles for his many attempts, started since the mid-1990s, to recruit high-ranking Muslim scholars into his jihadi cause. The second is the ICG report cited by Bukarti (INTERNATIONAL CRISIS GROUP 2014). The third is an interview to a Nigerian member of Boko Haram appeared on al-Qaeda’s online magazine *al-Risala* (ANSARY 2017). The fourth is Abu Aisha, nickname of a former member of Boko Haram interviewed by Jacob Zenn (ZENN 2018,

⁵ Afrique France Press, *Nigeria’s ‘Taliban’ plot comeback from hide-outs*, 11 January 2006, available at: <https://mg.co.za/article/2006-01-11-nigerias-taliban-plot-comeback-from-hideouts/> (accessed 15/3/2020).

⁶ Were these rumours circulating among the Maiduguri public, or do they emanate from Nigerian security sources? Kyari Mohammed’s article does not specify. More details on Muhammad Ali’s life are available in ZENN 2020 (23-39), published after the submission of the present article.

fn 16)⁷. None of these sources is necessarily immune from error. But (1) each of them is either an internal source, or relies on a different informant from within the group; (2) no internal source from Boko Haram explicitly contradicts them; (3) three of them (INTERNATIONAL CRISIS GROUP 2014; ANSARY 2017; and ZENN 2018) provide substantially the same version of the story; and (4) two of them (ANSARY 2017 and ZENN 2018) provide an additional detail (i.e., that the money Ali claimed to be expecting from al-Qaeda never managed to reach Nigeria) that can help explaining the dynamics of the Nigerian Taliban's crisis, for it provides a possible explanation of why, frustrated by the fact that the original plan to start an al-Qaeda cell had been thwarted, and threatened by the local police to dismantle the camp, the group decided to snatch weapons and strike at the authorities even while being too weak for a full-fledged "insurgency". Considering all the above, defining the hypothesis of a connection between Muhammad Ali and al-Qaeda as based on «little evidence, big claims» as Bukarti does, is a grossly hyperbolic statement. It is legitimate, in our opinion, to ask questions about the real identity of Muhammad Ali, and about whether or not this somewhat opaque individual was really acting as a representative of Al-Qaeda. Yet, based on the multiple reports from different internal sources cited above, there is little doubt that a man by this name did indeed present himself in the northern Nigerian Muslim environment, in the early 2000s, as an al-Qaeda agent; that those who followed him, did it precisely on that basis; and that the Nigerian security's decision to take action against the group Ali had mobilised, was also motivated by this.

3. *The Kanamma Incident in the War on Terror*

Furthermore, in our opinion engaging in hair-splitting over the role of a single man, Muhammad Ali, in trying to establish a cell of al-Qaeda in Nigeria, is unnecessary: another set of sources entirely absent from Bukarti's account, in fact, mention several other individuals who, shortly before the Kanamma crisis, either presented themselves as al-Qaeda's representatives in Nigeria, or favoured the establishment of a link between (a handful of) individual Nigerians and one or the other of al-Qaeda's branches abroad. Most of these sources are statements made by high-level political actors or security agents from within and outside Nigeria. For us, this is a crucial fact, because it shows that a number of people suspected of links to al-Qaeda had been for some time the object of surveillance, thus suggesting that Nigeria, at the time of the Kanamma incident, had already been penetrated by the War on Terror security structure. Any analysis of the Kanamma incident that ignores this structure is doomed, in our opinion, to remain incomplete.

As early as in 2001, for instance, the chief of the Nigerian intelligence, in a private meeting with the United States' ambassador, stated that his security had been keeping for years a database of Nigerian citizens who had a connection to the Algerian branch of al-Qaeda, as well as of individuals the security considered to be Algerian agents of al-Qaeda residing in, or traveling to, Nigeria⁸. One of the leaders of the group of Nigerians trained in the Algerian Sahara was – we will learn from later sources (BRIGAGLIA, IOCCHI 2017, 29) – Khalid al-Barnawi. According to Alexander Thurston, al-Barnawi was part of Muhammad Ali's "Taliban" network (THURSTON 2018, 163; and for additional details on his biography, ZENN 2020, 19-31). His close associate Abubakar Adam Kambar, too, according to Kyari Mohammed, was also one of the members of the Kanamma commune (MOHAMMED 2018, 590). The two (al-

⁷ For the full text of the interview in Hausa, see: Jacob Zenn, Abu Aisha interview (2017), available at: <https://unmaskingbokoharam.com/2019/03/30/abu-aisha-interview-2017/> (accessed 15/3/2020).

⁸ United States Embassy Abuja, "Courtesy Call on Nigerian SSS Chief Are", 4 May 2001; available at: https://wikileaks.org/plusd/cables/01ABUJA962_a.html (accessed 5/11/2019).

Barnawi and Kamar) would later be among the founders of Boko Haram's al-Qaeda-aligned "offshoot", *Ansaru* (GUDIÈRE 2014; DANJIBO 2014, 259-266).

Algerian sources, on their part, considered the Kano-based Algerian Hacène Allane (aka *Cheikh Hassan*) as the man who had acted since the mid-1990s as al-Qaeda's chief propagandist in northern Nigeria, where he had also met one Imad Alwan, an alleged al-Qaeda emissary traveling from Yemen (OUAZANI 2004). Coincidentally, *Cheikh Hassan* would be killed in a military operation in the Niger desert in May 2004, that is, shortly after the Nigerian Taliban's crisis⁹.

In the course of 2003, members of the Nigerian Taliban also met with Adnan Harun (aka *Spin Ghul*), who was considered by the securities of at least four countries as an emissary of Al-Qaeda who had trained in Afghanistan: when he travelled to Nigeria, the traces of senior members of his cell were being followed by the Pakistani security; when, like *Cheikh Hassan*, shortly after the Kanamma incident, *Spin Ghul* too decided to disappear from Nigeria, his tracks continued to be followed by the Libyan security, who arrested him a first time in 2005, and by the Italian one, who intercepted him in 2011 and extradited him to the United States (ZENN 2017b, 17-22).

In 2006, the Nigerian Permanent Representative at the United Nations (later, Nigerian Foreign Affairs Minister) Aminu Bashir Wali, sent to the counter-terrorism committee of the UN a letter in which he detailed what he described as his country's efforts to curb global jihadi networks (WALI 2006). In this letter, Wali provided details about the contacts established by *Cheikh Hassan* in Nigeria, and presented the operation against the Nigerian Taliban as but one event of the same history of Nigeria's involvement in the global War on Terror that had previously led to the dismantling of Hassan's Algerian-Nigerian network.

In a separate article (BRIGAGLIA, IOCCHI, forthcoming), we will discuss the above sources in more detail. For now, it suffices to stress that we are not interested in assessing the degree of factual accuracy of the specific content of each of these reports, but in pointing out what their very existence demonstrates, i.e. that the events of Kanamma intersected with a period of intensive surveillance, on the part of the securities of both Nigeria and external partners, over a number of actors *believed* (rightly or wrongly, it is not relevant to this argument) to be associated with al-Qaeda and whose paths, in some conspicuous cases, crossed those of the Nigerian Taliban.

The action taken by the security to dismantle the Nigerian Taliban and curb their global links, was presented by the Nigerian political establishment, in confidential but official exchanges with their global partners, as counter-terrorism operations against global jihad. Thus, from the methodological point of view, any analysis of the Tarmowa-Kanamma incident which, like Bukarti's, is cut off from a parallel overview of such broader counter-terrorism strategies adopted by the Nigerian security at the time, is bound to remain defective, if not mystifying. The Tarmowa-Kanamma incident, in sum, can only be understood in the context of the strategic culture that Nigeria was developing at the time. Such a culture was not developed in a vacuum, but as a response to the United States' effort to secure its "enduring freedom" by calling all state actors around the world to join its global "War on Terror".

4. Where Did the "Fishing Rights' Story" Come From?

As we have seen above, Bukarti usefully dispels the myth that at the roots of the clashes between the Nigerian security and the Kanamma group was an ordinary communal incident

⁹ The case of Cheikh Hassan is discussed in detail in ZENN 2020 (31-34; 42), published after the present article was submitted.

like a fishing rights dispute. He does not, however, trace the latter version of the story to a precise time and source. For him, the weakness of the existing narratives around the Kanamma incident is that they are vague, confused, contradictory, and written by reporters with no access to primary sources in Yobe State. On this point, too, we disagree with him.

If one looks more carefully into the chronology of the reports on Kanamma, in fact, it will appear that some of the earliest reports are actually quite detailed; they are written by reporters from Yobe State; and their conclusions are much closer to Bukarti's overall reconstruction than the latter would admit. This is the case, for instance, of Abdullahi Bego, writing from Damaturu (the capital of Yobe State) for the *Weekly Trust* in the immediate aftermath of the crisis (BEGO 2004). Two weeks later, a report by Kamal Tayo Oropo, writing for *The Guardian* (Nigeria), adds some interesting details gathered through interviews with the Yobe State authorities, including the identities of several of the commune's members (OROPPO 2004). Notwithstanding the presence of some misleading statements concerning the amount of time the group had spent in Kanamma, both Bego and Oropo reconstruct the chronology of the incident in a way that is substantially the same as Bukarti's; none of them mentions the "fishing rights' incident" and highlights instead (just as Bukarti's source, Kachalla Ngubdo) how the real reason for the authorities' concern over the nature of the commune's project remained arcane; moreover, they are cautious in their assessment of existing rumours about possible foreign links entertained by the community.

As for the “fishing rights’ story”, this appears for the first time, as far as we are aware, in a 6 February 2004 confidential cable by an official of the United States’ Embassy in Nigeria, who informs his interlocutors in Washington that this version is the one provided by the political authorities of Yobe and Borno states that he has consulted¹⁰. Gradually, over the following months, the “fishing rights’ story” would find its way in the Nigerian media, settling as the “semi-official” and virtually unquestioned explanation of the crisis. Retrieved from the Nigerian media after the 2009 explosion of the first Boko Haram crisis in Maiduguri, this version would resonate in the writings of most international researchers tracing the history of Boko Haram, before being questioned by the 2015 *Ḍ̄Q* article and perhaps finally, disproved by Bukarti sixteen years after having been formulated.

In interpreting the above chronology, a problem obviously arises when trying to reconcile the following: (a) the chief of the Nigerian intelligence mentioning, in 2001, the existence of a programme of extensive surveillance (in his own words, a «database») of a group of individuals believed to be linked to al-Qaeda and operating in Nigeria; (b) a set of sources, emanating either from Nigerian and international state securities, or from Boko Haram informants, all mentioning a number of individuals (Muhammad Ali; *Spin Ghul*; Imad Alwan; *Cheikh Hassan*) operating in Nigeria, believed to have been agents of al-Qaeda, and in some cases, meeting the Nigerian Taliban; (c) a top-ranking Nigerian official, reporting to his counterparts in the United Nations and presenting the Nigerian Taliban as part of a broader set of actions against global jihad that had started various years before; (d) official voices from the Yobe and Borno states' establishment providing an ordinary, local fishing rights dispute as the *casus belli* for their operation against the Nigerian Taliban.

How to reconcile claims (a), (b) and (c) above, with the apparently discording voice represented by claim (d)? One possible explanation would be that no coordination existed, at the time, between (1) the surveillance implemented by the federal government and the national security in cooperation with external partners and (2) the political leadership of Yobe and Borno states directing the operation against the Nigerian Taliban, as well as the local police

¹⁰ United States Embassy Abuja, *Nigerian ‘Taliban’ Attacks Most Likely not Tied to Taliban nor al-Qaida*, February 6, 2004, available at: https://wikileaks.org/plusd/cables/04ABUJA183_a.html# (accessed 29/10/19).

physically engaged in the confrontation with them. The first tracked the movements of individuals it believed, either based on its own investigations or on tips from international partners, to be connected to al-Qaeda; it followed their intersection with the Nigerian Taliban; and obviously saw the latter as a potentially global threat in the making. The second had no awareness of the above policy of surveillance; it started to see the Nigerian Taliban as a threat only in the wake of a communal incident; and decided to take action against it in an autonomous way, without coordinating with the national security.

But a second possible, and in our opinion more convincing explanation, is that the operation to dislodge the Nigerian Taliban from Tarmowa and leading to the Kanamma clashes, was conducted by the local police forces at the instruction of state and federal authorities; and that the latter, in turn, had conceived this operation as a natural sequel to the surveillance made over previous years in the overall context of the external pressure created by the War on Terror. The fact of keeping the suspected al-Qaeda connection that justified such an operation undisclosed, would have been consistent with Nigeria's contrasting attitudes towards American foreign policy goals, especially in the aftermath of 9/11: while a generally pro-American stand was accepted as a strategic imperative by policy-makers of all political orientation at the federal level, the concrete choices into which this policy would be translated needed to be carefully moderated or camouflaged for the nation's Muslim constituencies who, at the time, were quite naturally (and in our opinion, not without some good reasons) prone to an anti-American sentiment.

The decision by the Nigerian authorities not to disclose the real reasons for the crackdown on the Nigerian Taliban, in 2003-2004, was thus justified. Popular support for Al-Qaeda – under the emotions generated by the US-led wars in Afghanistan and Iraq, and in the absence of the necessary time, for the local Muslim scholars, to digest and publicise a political, ethical and theological reflection on al-Qaeda's means and goals – was strong in Nigeria at the time. Presenting the Kanamma incident to the public as a security operation that was meant at preventing the establishment of a cell with a connection (embryonic and loose, yes, but still a connection) to al-Qaeda, carried the inherent risk of turning the Kanamma group into victims and heroes, with an obviously counter-productive effect security-wise. But sixteen years later, and after a tragedy of the magnitude of what has hit Nigeria in the form of the Boko Haram insurgency, it is clear that more counter-productive effects, of a different nature, have occurred at some point. Such effects are obscured, in the literature on Boko Haram, by the insistence in framing the Nigerian Taliban crisis mainly as a local one. It is thus finally time to revise the history of that incident in the light of all available evidence, as Bukarti's article, we believe, does not do. Only then, the record will be straight.

Available evidence points to the fact that the Tarmowa/Kanamma incident was an operation against a network believed by the highest echelons of the Nigerian authorities, to be in the process of developing a connection to al-Qaeda. Such operation was conceived by the Nigerian security in the context of the War on Terror and thus inevitably subsumed into the logic of the latter. Security operations conceived under the GWoT paradigm, however, are malleable to the discursive and strategic needs of multiple actors; as such, any given security operation is bound to be informed by overlapping discursive and strategic interests. It is such overlap, in any given context, that creates a configuration of the War on Terror politics that is specific and local, when not even parochial, but that is also the product of a "geopolitics of engagement" (in this case, between the interests of local state actors and the strategic imperatives of the United States) that is, in its essence, multi-layered and trans-local¹¹.

¹¹ With the term "geopolitics of engagement", we refer to a conceptualisation of neoliberal geopolitics formulated by ROBERTS et al. 2003. This conceptualisation stresses the primacy of *connection* and *engagement* – in stark contrast with the Cold War-era "policy of containment" – as politically advantageous for strategic planners in the globalised era. Distance and isolation, within this paradigm, are claimed to foster threats (political mobilisation; "terrorism";

5. Conclusions

Re-framing the events occurred in north-eastern Nigeria in the early 2000s, and specifically of the fragment of Tarmowa/Kanamma in 2003, in the light of the War on Terror, has important implications on the broader interpretation of the long-term dynamics of what we have called elsewhere as the “Boko Haram phenomenon” in Nigeria. Through this short essay, we have started to address what we consider as the biggest “elephant in the room” in most analyses of both jihadi and counter-jihadi fields in Nigeria, that is the inter-dependency between terrorism and counter-terrorism discourses/strategies, and the concrete (at times, dramatic) weight that such discourses/strategies carry in shaping the political trajectory of a country.

From a state-actor perspective, similar reflections have been made, with reference to African cases, on Mali (BØÅS 2019), Chad (IOCCHI 2019) and Somalia (MALITO 2015), but they remain absent from the discussion on Nigeria. This absence is due precisely to the fact that the origins of the Boko Haram phenomenon have been framed mainly in “local” terms.

The different modalities through which Mali, Chad and Somalia have become able to exercise decisive leverage, establish themselves as necessary military partners of the West, and turn up as “security support recipients” in the War on Terror in Africa, show the ability of state actors to play with the malleability of the notion of terrorism. An in-depth analysis of the specific configuration that such geo-politics of engagement in the frame of the War on Terror has assumed in Nigeria, exceeds the space allotted to this response. Our present goals were limited, in a more preliminary fashion, to the following.

(1) Demonstrating the limits inherent in Bukarti’s reading of the Nigerian Taliban crisis in isolation from Nigeria’s preceding and subsequent engagement in the War on Terror.

(2) Calling for a paradigm shift in Boko Haram studies that requires essentially two things. On the one side, abandoning parochial explanations of the origins and successive transformation of the jihadi phenomenon in Nigeria. On the other side, carefully looking at the complexity of the translocal entanglements that underlie such origins and transformations, by using the methodology of critical terrorism studies rather than relying on security studies alone.

Our suggestion, thus, as far as Boko Haram studies are concerned, is to bypass the deficiencies inherent in the use of an elusive conceptual category such as the supposed dichotomy between “global” and “local” threats, by recognising not only the myriads of nuances, shades and declinations that exist between the two layers, but also the inherently political nature of the process of narrating the development of a threat as “local” or “global”. Instead of splitting hairs in a debate about the exact size of al-Qaeda’s presence in Nigeria in the early 2000s, the focus of historical research on Boko Haram’s closest “ancestor” (the Nigerian Taliban) should be shifted, in our opinion, to the following questions.

How did the War on Terror, as a global policy devised in the US and transposed in Nigeria, impact Nigerian security strategies in the early 2000s, informing the state’s engagement with the “Taliban” of Tarmowa/Kanamma? And how did the War on Terror as a religio-political discourse adopted and molded by local religious actors, impact the Islamic sphere in Nigeria, creating new fractures? In what ways did such a nascent “Nigerian version” (both as a strategy

smuggling; unregulated mobility) in “ungoverned spaces”. Thereby, a (re-)connection is enforced. Such an aggressive engagement – typical of imperial policies – is mediated today by the repertoire of neoliberal ideas and policies that, in theory, are aimed at promoting a «one-world vision of interdependency». Concretely, however (here lies the most important implication of such conceptualisation for our analysis of the War on Terror) they empower a variety of trans-local and regional allies whose individual agendas may also contradict (with varying degrees, and in a myriad of different forms) that of the imperial power on which they rely. The possibility of “unintended consequences” to emerge from such a trans-local geopolitics of engagement is thus, in our opinion, a structural aspect of the shifting and malleable War on Terror paradigm, and not an episodic, occasional occurrence.

and a discourse) of the War on Terror politics, shape vernacular narratives on the Nigerian Taliban, and later, on Boko Haram?

What triggered the transformation, in only a few years' time, from the Nigerian Taliban (a potentially dangerous but tiny network of militants with a loose tie to al-Qaeda) into Boko Haram (a devastating local insurgency that directly targeted the Nigerian institutions and civil society)?

Insurgencies transform over time and in the process, they may change the pattern and/or the intensity of their global ties. We all seem to agree that this has been the case with Boko Haram. Such changes in Boko Haram's pattern of integration into global jihadi networks, have usually been read in the light of the standard "spill-over" narrative, one that sees insurgencies starting as "small-local" and trying to get "big-global" (and suggests measures to contain them by preventing or cutting global ties). But is this necessarily the best-suited paradigm? What if, at times, the reverse might be the case? What if we found out that, in the early 2000s, the Nigerian Taliban were "small-global", and that it was partly as a consequence of the counter-terrorism strategies enacted against it, that they gradually transformed into something "big-local" as Muhammad Yusuf's and later, Abubakar Shekau's faction of Boko Haram? How would this change the ways in which we perceive the politics of knowledge production on the Boko Haram phenomenon? The strategic interests of which states, and the lives of which peoples are threatened the least, when a tiny militant network, originally animated by a global agenda, is contained within an African nation's borders and gradually transforms into an all-out local insurgency against such nation's institutions? And which states, which peoples, pay the highest price when this happens?

References

- ANONYMOUS 2012. *The Popular Discourses of Salafi Radicalism and Salafi Counter-radicalism in Nigeria: A Case Study of Boko Haram*, in «Journal of Religion in Africa», 42, 2, 2012, 118 ff.
- ANSARY A.U. 2017. *A Message from Nigeria*, in «Al Risalah», 4, 2017, 18 ff.
- BEGO A. 2004. *Nigeria: 'Taliban' of Nigeria: Who Are They?*, in «Weekly Trust», 3 January 2004, available at: <https://allafrica.com/stories/200401050254.html> (accessed 5/11/2019).
- BØÅS M. 2019. *The Sahel Crisis and the Need for International Support*, Policy Dialogue no. 15, Uppsala, The Nordic Africa Institute.
- BRIGAGLIA A. 2015. *The Volatility of Salafi Political Theology, the War on Terror and the Genesis of Boko Haram*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 15, 2, 2015, 174 ff.
- BRIGAGLIA A., IOCCHI A. 2017. "Some Advice and Guidelines": *The History of Global Jihad in Nigeria, as Narrated by AQIM (al-Qaeda in the Islamic Maghreb)*, in «Annual Review of Islam in Africa», 14, 2017, 27 ff.
- BRIGAGLIA A., IOCCHI A. (forthcoming). *The Global War on Terror and the Early History of Boko Haram (1990s-2009)*, in «African Conflict & Peace-Building Review», forthcoming.
- BUKARTI A.B. 2020. *The Origins of Boko Haram - And Why It Matters*, in «Current Trends in Islamist Ideology», 13 January 2020, available at: <https://www.hudson.org/research/15608-the-origins-of-boko-haram-and-why-it-matters> (accessed 13/3/2020).
- COMAROFF J., COMAROFF J. 1999. *Occult Economies and the Violence of Abstraction: Notes from the South African Postcolony*, in «American Ethnologist», 26, 2, 279 ff.
- DANJIBO N. 2014. *One of the first videos of Ansaru, available on 1 June 2012*, in PÉROUSE DE MONTCLOS M.A. (ed.), *Boko Haram: Islamism, Politics, Security and the State in Nigeria*, Leiden-Ibadan, Africa Studies Centre & Institut Français de Recherche en Afrique, 259 ff.
- GUDIÈRE M. 2014. *The Charter of Jama'at Ansar Al Muslimin Fi Bilad al-Sudan*, in PÉROUSE DE MONTCLOS M.A. (ed.), *Boko Haram: Islamism, Politics, Security and the State in Nigeria*, Leiden-Ibadan, Africa Studies Centre & Institut Français de Recherche en Afrique, 246 ff.
- HIGAZI A., KENDHAMMER B., MOHAMMED K., PÉROUSE DE MONTCLOS M.A., THURSTON A. 2018. *A Response to Jacob Zenn on Boko Haram and al-Qa'ida*, in «Perspectives on Terrorism», 12, 2, 203 ff.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP 2014. *Curbing Violence in Nigeria (II): The Boko Haram Insurgency*, in «Africa Report», 216, 3 April 2014.
- IOCCHI A. 2019. *Economia politica della Guerra al Terrore in Ciad: emergenza securitaria, "profitti di contingenza" e potere militare*, in «Afriche e Orienti», XX, 3, 158 ff.
- KASSIM A., NWANKPA M. (eds.) 2017. *Boko Haram Reader: From Nigerian Preachers to the Islamic State*, London, Hurst.
- MALITO D.V. 2015. *Building terror while fighting enemies: how the Global War on Terror deepened the crisis in Somalia*, in «Third World Quarterly», 36, 10, 1866 ff.
- MOHAMMED K. 2014. *The Message and Methods of Boko Haram*, in PÉROUSE DE MONTCLOS M.A. (ed.), *Boko Haram: Islamism, Politics, Security and the State in Nigeria*, Leiden-Ibadan, Africa Studies Centre & Institut Français de Recherche en Afrique, 9 ff.
- MOHAMMED K. 2018. *The Origins of Boko Haram*, in LEVAN C., UKATA P. (eds.), *The Oxford Handbook of Nigerian Politics*, Oxford, Oxford University Press, 583 ff.
- OROPO K.T. 2004. *Nigeria: How Talibans Recruit, Operate Nationwide*, in «The Guardian (Nigeria)», 18 January 2004.

- OUAZANI C. 2004. *Sale temps pour le djihadistes*, in «Jeune Afrique», 10 May 2019, available at: <https://www.jeuneafrique.com/119449/archives-thematique/sale-temps-pour-les-djihadistes/> (accessed 29/10/19).
- PANTAMI I.A. 2015. *Theology and Jurisprudence in the Ideological Framework of Current Insurgencies: Towards an Alternative Islamic Discourse*. Paper presented at the «Regional Conference on Islam, Youth Militancy and the Challenges of Peace-Building», Abuja, 10-11 August 2015, available at: <https://unmaskingbokoharam.files.wordpress.com/2019/04/drisaaliipantamitheologyandjurisprudence.pdf> (accessed 19/5/2020).
- ROBERTS S., SPECOR A., SPARKE M. 2003. *Neoliberal Geopolitics*, in «Antipode», 35, 5, 886 ff.
- THURSTON A. 2018. *Boko Haram: The History of an African Jihadist Movement*, Princeton, Princeton University Press.
- WALI A.B. 2006. *Letter dated 27 September 2006 from the Permanent Representative of Nigeria to the United Nations addressed to the Chairman of the Counter-Terrorism Committee*, United Nations Security Council, available at: <https://www.refworld.org/pdfid/46de9f880.pdf> (accessed 20/05/2020).
- ZENN J. 2017a. *Demystifying al-Qaida in Nigeria: Cases from Boko Haram's Founding, Launch of Jihad and Suicide Bombing*, in «Perspectives on Terrorism», 11, 6, 2017, 174 ff.
- ZENN J. 2017b. *Before Boko Haram: A Profile of al-Qaeda's West Africa Chief Ibrahim Harun (a.k.a. Spinghul)*, in «Militant Leadership Monitor», 8, 3, 2017, 17 ff.
- ZENN J. 2018. *A Primer on Boko Haram Sources and Three Heuristics on al-Qaida and Boko Haram in Response to Adam Higazi, Brandon Kendhammer, Kyari Mohammed, Marc-Antoine Pérouse de Montclos, and Alex Thurston*, in «Perspectives on Terrorism», 12, 3, 2018, 74 ff.
- ZENN J. 2020. *Unmasking Boko Haram: Exploring Global Jihad in Nigeria*, Boulder, Lynne Rienner.

SUPREMAZIA DELLA COSTITUZIONE E 'JUDICIAL REVIEW' A PARTIRE DA LUIS PRIETO SANCHÍS

GIORGIO **PINO**



Supremazia della costituzione e *judicial review*
A partire da Luis Prieto Sanchís

Constitutional Supremacy and *Judicial Review*
Beginning with Luis Prieto Sanchís

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Università Roma Tre.

E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT

In questo contributo metterò in evidenza e discuterò alcune tesi, sostenute tra gli altri da Luis Prieto, relativamente alla nozione di superiorità della costituzione, e al rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia. Sono questioni che riguardano aspetti non secondari dell'edificio dello Stato costituzionale contemporaneo, e su entrambe si è molto dibattuto negli ultimi decenni. Per parte mia, proverò a mostrare che la nozione di superiorità della costituzione per un verso è concettualmente indipendente dalla nozione di "rigidità" della costituzione, mentre per altro verso è concettualmente (e non solo pragmaticamente) collegata all'esistenza di un controllo di costituzionalità. Il saggio si conclude con qualche riflessione su un possibile modo di riconciliare democrazia e controllo giudiziario di costituzionalità.

The essay discusses some ideas – defended among others by Luis Prieto – regarding the superiority of the constitution and its relation to constitutional rigidity and judicial review. I will argue, in particular, that while the superiority of the constitution is conceptually independent from constitutional rigidity, on the other hand it is conceptually linked to judicial review of legislation – only if assisted by judicial review can a constitution be materially superior to legislation. The essay concludes with some reflections upon the compatibility between judicial review of legislation and democracy.

KEYWORDS

gerarchie normative, controllo giudiziario di costituzionalità, rigidità costituzionale, supremazia della costituzione

normative hierarchies, judicial review of legislation, constitutional rigidity, supremacy of the constitution

Supremazia della costituzione e *judicial review*

A partire da Luis Prieto Sanchís

GIORGIO PINO

1. *Another View of the Cathedral* – 2. La “supremazia” della costituzione – 2.1. Supremazia e rigidità della costituzione – 2.2. Supremazia della costituzione e controllo giurisdizionale – 2.3. Supremazia della costituzione e revisione costituzionale “solo esplicita e formale” – 2.4. Tirando le somme – 3. Giustizia costituzionale e democrazia – 3.1. Controllo accentrato, controllo diffuso, e democrazia – 3.2. La “democraticità” del controllo di costituzionalità.

1. *Another View of the Cathedral*

Lo Stato costituzionale si è rivelato un fenomenale banco di prova per la filosofia e la teoria del diritto. Negli ultimi tre decenni, gran parte del dibattito filosofico-giuridico e teorico-giuridico (e anche filosofico-politico) è stata dedicata ad elucidare la struttura dello Stato costituzionale, e a valutarne le implicazioni filosofico-giuridiche. Le domande che risuonano in molti dipartimenti di giurisprudenza, convegni giuridici, riviste di teoria del diritto in Europa e in America latina sono del seguente tenore: lo Stato costituzionale ha reso definitivamente obsoleto il positivismo giuridico? Richiede l’elaborazione di una nuova filosofia del diritto? La teoria della norma giuridica è in grado di rendere conto dei “principi”? Nello Stato costituzionale, l’interprete è più o meno libero, esercita una discrezionalità maggiore o minore rispetto a quella accordatagli dallo Stato di diritto “legislativo” (e tendenzialmente esclusa dal positivismo giuridico formalista di stampo ottocentesco)? La tesi positivista della separazione tra diritto e morale è ancora sostenibile, nel contesto degli ordinamenti costituzionali contemporanei che incorporano massicciamente contenuti morali?

Luis Prieto Sanchís è uno degli studiosi che più si è dedicato, e con successo, a gettare luce su domande di questo tipo¹. Personalmente, ritengo che l’opera di Luis Prieto, complessivamente considerata, rappresenti la miglior chiave di accesso alle tematiche filosofico-giuridiche dello Stato costituzionale che ci sia in circolazione. In questo contributo, tuttavia, metterò in evidenza, e discuterò, alcune tesi sostenute da Prieto sulle quali ritengo di non potermi trovare d’accordo. Si tratta, in particolare, del modo in cui Prieto configura la nozione di superiorità della costituzione (§ 2), e il rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia (§ 3).

Evidentemente, sono questioni che riguardano aspetti non secondari dell’edificio dello Stato costituzionale contemporaneo, e su entrambe si è molto dibattuto negli ultimi decenni. Su entrambe, Luis Prieto ha formulato proposte originali e sofisticate. Per parte mia, proverò a mostrare che di entrambe è possibile fornire una ricostruzione diversa dalla sua e, a mio parere, più adeguata. In altre parole, di quegli aspetti, assolutamente centrali, dell’edificio dello Stato costituzionale (la nozione di superiorità della costituzione, e il rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia) proporrò “just another view”.

* Ringrazio Riccardo Guastini e Matija Žgur per aver letto una versione precedente di questo lavoro. Una versione parzialmente diversa di questo lavoro apparirà in lingua spagnola in un volume in onore di Luis Prieto Sanchís, a cura di P. Andrés Ibáñez, P. Grández, B. Marciani Burgos e S. Pozzolo.

¹ V. soprattutto PRIETO 1997; PRIETO 2003a; PRIETO 2013.

2. La “supremazia” della costituzione

In alcuni importanti saggi dedicati alla struttura normativa dello Stato costituzionale contemporaneo, Luis Prieto ha proposto di distinguere tre aspetti che caratterizzano la costituzione di questa forma di Stato: la supremazia, la rigidità, e la garanzia giurisdizionale (v. in particolare PRIETO, 2003b; 2008). Sono aspetti che possiamo ben indicare come *definitori* dello Stato costituzionale, e che a loro volta presuppongono un ulteriore aspetto, fondamentale e concettualmente prioritario, che è la natura pienamente giuridica della costituzione: nello Stato costituzionale contemporaneo, la costituzione è una vera e propria fonte del diritto, è una norma giuridica a tutti gli effetti, e non un documento meramente programmatico, o una *loi politique*.

Ora, e tralasciando in questa sede la questione del carattere giuridico della costituzione², Prieto ha cura di sottolineare che queste tre caratteristiche della costituzione dello Stato costituzionale (supremazia, rigidità, e garanzia giurisdizionale) sono tra loro distinte e indipendenti. Cioè, *concettualmente* indipendenti: ovviamente tra esse possono esservi forti relazioni pragmatiche³. Ad esempio, in presenza di una costituzione dotata di “supremazia”, può essere una buona idea (oppure no, a seconda dei punti di vista) rafforzarla con una procedura “rigida” di revisione, o garantirla tramite qualche forma di controllo giudiziario di costituzionalità. Ma, anche in assenza di questi espedienti contingenti, quella costituzione continuerà comunque ad essere “suprema”. In sostanza, dunque, la supremazia della costituzione non dipende, secondo Prieto, né dalla sua rigidità, né dall’esistenza di un controllo giudiziario sulla conformità delle leggi alla costituzione: una costituzione può essere suprema senza essere al contempo anche rigida, e senza essere garantita sul piano giudiziario.

Uno degli scopi che Prieto si prefigge, insistendo su queste distinzioni, è di portare maggiore chiarezza nel dibattito sulla nota “obiezione democratica” allo Stato costituzionale – l’idea che la struttura e il funzionamento dello Stato costituzionale provochino una restrizione, nefasta, degli spazi della democrazia. Prieto intende mostrare, attraverso una accurata ricognizione dei concetti rilevanti, che non è la supremazia della costituzione ad essere un limite alla democrazia, mentre lo è invece la rigidità, e ovviamente anche il controllo giudiziario di costituzionalità. A partire da ciò, si possono configurare modalità di revisione della costituzione e di controllo giudiziario di costituzionalità in qualche modo “sensibili” alle esigenze della democrazia, mantenendo però ferma l’idea della supremazia della costituzione.

Per parte mia, ho dei dubbi che le cose stiano così. In particolare, mentre sono d’accordo con Prieto che la supremazia della costituzione non possa essere identificata con la rigidità, non condivido invece la tesi che la supremazia sia separabile da qualche tipo di controllo giudiziario di costituzionalità⁴. Ma andiamo con ordine, iniziando dal rapporto tra supremazia e rigidità della costituzione.

² Infatti, il riconoscimento della natura giuridica della costituzione non chiude ancora il discorso. Una volta riconosciuta la natura giuridica della costituzione, sono ancora possibili vari modi alternativi di concettualizzare il ruolo della costituzione come fonte del diritto: ad esempio come “limite” alla legislazione, oppure come “fondamento” di tutto l’ordinamento giuridico. L’opzione caratteristica del costituzionalismo contemporaneo è in favore di questa seconda modalità (v. PRIETO 2003c, 121 ss.). Per ulteriori riflessioni sull’alternativa tra costituzione come “limite” e come “fondamento”, e alle sue implicazioni per l’interpretazione costituzionale, rinvio a PINO 2017a; PINO 2019.

³ Una tesi analoga è sostenuta anche in RUIZ MIGUEL 2003, spec. 82 s.

⁴ Che tipo di discorso ho intenzione di fare? Che tipo di dissenso intendo portare alla luce? Palesamente, non si tratta di un dissenso *empirico*, su fatti. Non intendo di certo contestare a Prieto l’attendibilità empirica o storica di qualche sua affermazione. Non intendo affermare che Prieto abbia errato in qualche descrizione della realtà. Si tratterà, piuttosto, di dissensi *concettuali*. Con ciò intendo dire che non mi trovo d’accordo sulla ricostruzione concettuale che Prieto propone della nozione di superiorità della costituzione, e proverò a proporre una ricostruzione concettuale diversa e, a mio parere, migliore. Certamente, che una ricostruzione concettuale sia migliore di un’altra è una questione tutt’altro che facile da dimostrare (salvo nel caso, ad esempio, in cui una certa ricostruzione sia autocontraddittoria). I criteri che soccorrono a questo fine sono piuttosto elastici: la coerenza interna, la semplicità,

2.1. Supremazia e rigidità della costituzione

Prieto sostiene che la supremazia della costituzione si distingue dalla rigidità costituzionale nel modo seguente. La *supremazia* della costituzione consiste nella circostanza che vi sia un obbligo di rispetto della costituzione da parte dei poteri pubblici, e da parte delle altre norme del sistema. Ciò comporta che le norme inferiori che contrastano con le norme superiori sono invalide⁵. La *rigidità* consiste invece nella circostanza che la costituzione possa essere modificata solo da un organo diverso da quello che la ha promulgata, oppure dallo stesso organo ma con una maggioranza qualificata; di contro, una costituzione è flessibile se per modificarla è sufficiente che lo stesso organo che la ha approvata deliberi con la stessa maggioranza necessaria ad approvare una legge ordinaria, anche se in ipotesi con un procedimento differente rispetto a quello richiesto per approvare una legge ordinaria⁶.

A queste tesi è stato obiettato (in particolare da J.C. Bayón, che su questo punto è entrato direttamente in polemica con Prieto) che la rigidità è, invece, costitutiva della superiorità della costituzione: una costituzione è suprema in quanto è rigida. Secondo questo modo di vedere, dunque, la rigidità sarebbe condizione necessaria (e sufficiente?) della supremazia della costituzione⁷.

In effetti, su questo punto mi trovo d'accordo con Prieto: anch'io ritengo che supremazia e rigidità siano cose non solo diverse, ma anche tra loro concettualmente indipendenti. In primo luogo, infatti, non basta la rigidità a rendere la costituzione superiore alla legge. La rigidità non è condizione *sufficiente* di supremazia. A mio parere, come questione generale di "sintassi" del diritto, l'esistenza di una procedura particolare per l'approvazione, per la revisione o per la soppressione di un tipo di atto normativo non rende di per sé quell'atto normativo superiore ad altri atti normativi. Un atto normativo AN₁ non sembra diventare "superiore" ad un atto normativo AN₂ *solo* in virtù del fatto che la procedura di produzione di AN₁ è più complicata rispetto alla procedura di produzione di AN₂. Si possono fare vari esempi al riguardo: nell'ordinamento italiano, all'interno del genere "legge", vi sono alcuni tipi di leggi che richiedono procedure di approvazione particolari (le c.d. leggi rinforzate), così come vi sono leggi ordinarie ma dotate di ciò che i giuristi chiamano una particolare "forza passiva" (cioè, non soggette a deroga nelle procedure ordinarie): ma queste rimangono sullo stesso piano della legge, e degli atti aventi forza di legge, da un punto di vista della gerarchia delle fonti⁸. E credo che qualcosa di simile si possa dire, per l'ordinamento spagnolo, a proposito delle

l'eleganza, la vicinanza alle intuizioni comuni (ad esempio, nel nostro caso, le opinioni comuni dei giuristi), un certo rapporto con "la realtà", anche se non direttamente qualificabile in termini di "descrizione". Dunque, si tratta di opporre una concettualizzazione ad un'altra concettualizzazione, e provare a vedere quale "funziona meglio".

⁵ PRIETO 2003b, 148-149, 151; PRIETO 2008, 156, 158-160. Sul nesso concettuale tra gerarchie normative e validità, v. PRIETO 2008, 155, 157 nt. 4, 160.

⁶ PRIETO 2008, 164. In precedenza, Prieto aveva sostenuto che una costituzione è rigida anche se è modificabile nelle stesse modalità della legge, ma a condizione che tale modifica sia espressa; in altre parole, se la costituzione non è passibile di abrogazione tacita, allora conta come "rigida", anche se le modifiche possono avvenire tramite un ordinario procedimento legislativo (PRIETO 2003b). Discuterò più avanti questa tesi (§ 2.3).

⁷ Cfr. BAYÓN 1998, 58 («la supremazia richiede la rigidità»); BAYÓN 2004 (v. in particolare la "Apéndice" alla fine del saggio). (Per la replica di Prieto v. PRIETO 2008.) In tal senso v. anche FERRAJOLI 2013, 57 (la rigidità costituzionale è «un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme»; essa «si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento»).

⁸ Come esempi di leggi rinforzate si pensi, nell'ordinamento italiano, alle leggi di amnistia e indulto; alle leggi che intendono riconoscere a determinate Regioni «forme e condizioni particolari di autonomia» (art. 116 cost.); alle leggi di bilancio; alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali. Come esempi di leggi aventi particolare forza passiva (più intensa rispetto alle altre leggi ordinarie), nell'ordinamento italiano alcune leggi ordinarie sono sottratte ad abrogazione referendaria (v. art. 75, co. 2, cost.), dunque hanno una forza passiva superiore alle altre leggi ordinarie (che invece sono tutte soggette ad abrogazione referendaria). Ma non per questo sono normalmente considerate come collocate su un gradino superiore della gerarchia delle fonti. Su "leggi rinforzate" e "fonti atipiche" nell'ordinamento italiano si veda BIN, PITRUZZELLA 2005, 327-332.

“leggi organiche”. Nessuna di queste leggi, per quanto ne sappia, è considerata dai giuristi come “superiore” alle altre leggi, e tantomeno è considerata come avente carattere costituzionale. Ad essere “superiori”⁹, ed eventualmente “costituzionali”, sono casomai le norme che stabiliscono le procedure per l’adozione rispettivamente di una legge “ordinaria” e di una legge “rinforzata”: una legge ordinaria che volesse disciplinare una materia rimessa ad una legge rinforzata sarebbe sì invalida, ma per contrasto con le norme (costituzionali) che disciplinano le relative procedure – e non perché quella legge ordinaria contrasti di per sé con la legge “rinforzata”. Inoltre, e per converso, nell’ordinamento italiano, i decreti-legge e i decreti legislativi hanno sì procedure di produzione diverse rispetto alla legge ordinaria, hanno cioè condizioni di validità formale diverse rispetto alla legge ordinaria, ma hanno la stessa forza passiva e pari rango nella gerarchia delle fonti rispetto alla legge ordinaria (e infatti vengono solitamente definiti come “atti aventi forza di legge”). Sono dunque perfettamente concepibili, e di fatto esistono in vari ordinamenti, atti normativi pari-ordinati anche se hanno procedure di produzione diverse.

In secondo luogo, inoltre, è agevole vedere che la rigidità non è nemmeno condizione *necessaria* della supremazia della costituzione. Almeno in via di esperimento mentale, si potrebbe facilmente immaginare una costituzione perfettamente parificata alla legge quanto alle procedure di revisione, ma ciononostante considerata dalla cultura giuridica di riferimento come superiore alla legge. (In effetti, nella cultura giuridica italiana anteriore alla Costituzione rigida del 1948, alcune norme, *formalmente* legislative, venivano comunemente considerate come *materialmente* costituzionali¹⁰.) Da questo punto di vista, peraltro, l’argomento utilizzato ad esempio da J.C. Bayón per dimostrare che la rigidità della costituzione è condizione necessaria (anche se non sufficiente) della sua superiorità gerarchica rispetto alla legge si rivela autodistruttivo, e finisce anzi per confermare la tesi opposta. Infatti, secondo Bayón, affinché la costituzione sia gerarchicamente superiore è necessaria, oltre alla rigidità, anche una pratica costante di riconoscimento che la individui come norma superiore; in assenza di una simile pratica di riconoscimento, una costituzione pur rigida potrebbe risultare *di fatto* (non superiore ma) equiparata alla legge (BAYÓN 2004, “Apéndice”). Ora, non si vede come questo argomento della pratica di riconoscimento, che secondo Bayón dimostra che la rigidità non è condizione *sufficiente* della superiorità della costituzione, non possa essere applicato anche all’idea che la rigidità sia condizione *necessaria* della superiorità della costituzione. In altre parole, se ad essere realmente determinante non è il dato “formale” delle modalità di revisione costituzionale, ma il dato “effettivo” della pratica di riconoscimento prevalente in una certa cultura giuridica, allora non si può escludere che una pratica di riconoscimento possa di fatto attribuire anche ad una costituzione flessibile un valore superiore alla legge. E con ciò, anche l’idea che la rigidità sia condizione necessaria della superiorità della costituzione collassa.

Il dato importante da rilevare al riguardo, allora, è che una gerarchia tra atti normativi non è istituita dalla diversa, ed eventualmente più gravosa, procedura di approvazione o revisione degli atti in questione, e nemmeno dalla particolare “forza passiva” di un certo atto normativo. Non sono le condizioni di validità formale, di per sé, a determinare il rango gerarchico delle norme. La superiorità della costituzione non dipende dalla sua rigidità. Ma nel discorso fatto fin qui manca ancora qualcosa. Ho infatti utilizzato la nozione di “superiorità”, senza chiarire in cosa consista. Di questo ci dobbiamo ora occupare.

2.2. Supremazia della costituzione e controllo giurisdizionale

Sulla nozione stessa di “supremazia” o “superiorità” della costituzione, in effetti, non mi trovo d’accordo con Prieto. Mi pare infatti che a questo riguardo Prieto metta insieme cose (troppo)

⁹ Nel senso della gerarchia “strutturale”: v. *infra*, § 2.2.

¹⁰ Si trattava in particolare delle norme sulle fonti, e sulle attività di produzione e applicazione del diritto. Cfr. ad es. PALADIN 1996, 27 ss.; in proposito, PINO 2011a.

diverse; e ciò lo porta ad affermare che la supremazia della costituzione sia cosa nettamente diversa rispetto all'esistenza di un controllo giudiziario di costituzionalità.

Secondo Prieto, sul piano concettuale la garanzia giudiziaria della costituzione conferisce carattere *giuridico* alla costituzione stessa, cioè conferisce alla costituzione carattere di fonte del diritto, ma non le conferisce necessariamente il carattere di fonte superiore, o suprema. Certo, l'esistenza di un controllo di costituzionalità potrebbe essere un "sintomo", un "indizio", o un "corollario", della supremazia della costituzione¹¹. Ma, secondo Prieto, una costituzione può essere superiore alla legge anche in assenza di controllo giudiziario di costituzionalità.

Quest'ultima tesi è a mio parere alquanto discutibile, ma per rendere chiaro il mio argomento devo introdurre una breve digressione sulla teoria delle gerarchie normative.

Almeno secondo alcune ricostruzioni¹², nel diritto possono operare gerarchie normative di diversi tipi: in particolare, gerarchie strutturali, gerarchie materiali, e gerarchie assiologiche. È necessario spendere qualche parola in proposito, perché il modo di articolare questa distinzione renderà chiari quelli che sono, a mio parere, i limiti dell'analisi di Prieto, e servirà a dissolvere l'apparente "paradosso di Eutifrone" che sembra aleggiare sul rapporto tra superiorità della costituzione e controllo di costituzionalità¹³.

Ebbene, una *gerarchia strutturale* riguarda il rapporto tra atti normativi e le norme di produzione che disciplinano la corretta produzione di quegli atti normativi; un atto normativo che è stato prodotto conformemente alle meta-norme rilevanti è un atto normativo valido, e la nozione di validità che viene qui in considerazione è la *validità formale*.

Una *gerarchia materiale* ricorre quando una norma N_1 non può essere in contrasto con una norma N_2 , a pena di invalidità; qui la nozione di validità rilevante è la *validità sostanziale*, o *materiale*. Si noti però che la gerarchia materiale non è un rapporto "a due", tra N_1 e N_2 ; essa infatti coinvolge *necessariamente* anche una terza norma (o gruppo di norme) N_3 , la quale istituisce un controllo di legittimità di N_1 rispetto a N_2 , disponendo l'annullamento di N_1 nel caso in cui entri in contrasto con N_2 ¹⁴. Ebbene, è esattamente questo controllo di legittimità, istituito da N_3 , a rendere N_2 "superiore" a N_1 . In altre parole, la gerarchia materiale è *istituita* dal controllo di legittimità. Tipicamente, questo controllo di legittimità sarà di tipo giudiziario. Ma non vi è nulla di necessario in ciò. Ciò che è essenziale è che vi sia una autorità dotata del potere di rimuovere in maniera autoritativa l'atto normativo che esprime la norma invalida, e proprio in quanto esprime una norma invalida (e non, ad esempio, per una libera scelta politica, come avviene nel caso dell'abrogazione legislativa). Questo potere potrà essere attribuito indifferentemente (indifferentemente da un punto di vista concettuale, s'intende) ad una autorità giudiziaria, o amministrativa, o di natura mista giudiziaria e politica, come in effetti accade nel caso di molte Corti costituzionali.

Per dimostrare la plausibilità di questo nesso concettuale tra gerarchia (materiale), validità (materiale), e controllo di legittimità, basta un facile esperimento mentale. Proviamo ad eliminare N_3 dalla definizione di gerarchia materiale fornita sopra: ebbene, si vede immediatamente che, in assenza di N_3 , non vi è alcun elemento che consenta di affermare che N_2 sia superiore a N_1 . Non basterebbe certo, ad esempio, che N_2 *proclamasse sé stessa* superiore a N_1 (come è riconosciuto peraltro anche da PRIETO 2008, 157). Né sarebbe sufficiente che una terza norma si limi-

¹¹ Sul controllo di costituzionalità come "sintomo" o "indizio" della supremazia della costituzione, v. PRIETO 2008, 167, 169; come "corollario" della supremazia della costituzione, v. PRIETO 2003b, 153, 155, 174.

¹² Seguo qui fondamentalmente l'analisi di Guastini (GUASTINI 1998, 121 ss.; GUASTINI 2010, 241-254), che ho ripreso e in parte modificato in PINO 2016, cap. VII.

¹³ Il paradosso di Eutifrone è evocato a questo proposito da CHIASSONI 2007, 284, nt. 40, e sarebbe il seguente: la costituzione è garantita perché è norma superiore, o è norma superiore perché è garantita?

¹⁴ A voler essere più precisi, il controllo di legittimità consiste nell'annullare non la norma N_1 *in sé*, ma piuttosto l'atto normativo che la esprime. (Quando una Corte costituzionale ravvisa un contrasto tra una norma di legge e una norma costituzionale, essa annulla *la legge*, non le norme che essa esprime.) E la ragione per cui tale atto viene annullato consiste esattamente nell'invalidità della norma che esso esprime.

tasce ad affermare che N_1 non può essere in contrasto con N_2 , ma senza stabilire alcun effetto di annullamento al riguardo, ma solo una disapplicazione: questa ipotesi infatti, *di per sé*, sarebbe affatto indistinguibile rispetto al modo in cui funziona il criterio *lex posterior*¹⁵.

In altre parole, ogni volta che affermiamo che una norma è superiore ad un'altra, non possiamo fare a meno di chiederci *in virtù di cosa* essa sia superiore. Se è superiore in virtù del fatto che la norma inferiore è invalida quando è in contrasto con quella superiore, allora ciò significa che esistono organi e procedure per dichiarare tale invalidità, rimuovendo (cioè annullando) l'atto che la esprime. Una invalidità che nessuno abbia il potere di dichiarare non ha senso, almeno in un ordinamento normativo "dinamico", e non puramente "statico", quale è il diritto¹⁶. Da ciò segue inoltre che la validità (materiale) si può predicare solo per le norme "inferiori" in una gerarchia materiale: non può essere invece predicata per le norme supreme, ad esempio quelle costituzionali, esattamente perché per queste norme non esiste alcuna norma del tipo N_3 , che disponga un effetto di annullamento in caso di contrasto con altre norme. Le norme costituzionali non sono né valide né invalide¹⁷.

Una *gerarchia assiologica*, infine, si dà quando una norma N_1 è considerata più importante di un'altra norma N_2 . Questa relazione di importanza può avere varie conseguenze: tipicamente, N_2 dovrà essere interpretata conformemente a N_1 (questa è esattamente la logica sottostante all'interpretazione "conforme a costituzione"); oppure, N_2 dovrà essere disapplicata se è incompatibile con N_1 . Dunque, mentre una gerarchia materiale è legata ad un giudizio di validità (materiale o sostanziale), una gerarchia assiologica è legata ad un giudizio di *applicabilità*¹⁸: che una norma N_1 sia considerata applicabile a scapito di un'altra norma N_2 presuppone che N_1 sia considerata "più importante" rispetto a N_2 . Questo è esattamente ciò che accade, ad esempio, quando un ordinamento considera applicabili le norme più recenti rispetto alle norme più antiche (il criterio della *lex posterior*), o le norme speciali rispetto a quelle generali (il criterio della *lex specialis*), o ancora quando in materia penale si debba applicare la norma ricavata con un argomento *a contrario* anziché una ricavata per analogia (c.d. principio di tassatività della legge penale). Nessuna di queste scelte in tema di applicabilità, si noti, è concettualmente necessaria: sono tutte frutto di contingenti scelte di valore – ad esempio in favore del cambiamento deliberato del diritto (nel caso della *lex posterior*), in favore della certezza della sanzione penale (nel caso del divieto di analogia in materia penale), ecc.

Questo lungo *excursus* dovrebbe rendere chiaro per quale ragione non trovo possibile separare concettualmente la supremazia della costituzione dall'esistenza di un controllo giudiziario (in senso ampio) di costituzionalità. Se la supremazia della costituzione sulla legge significa (come afferma Prieto) che la legge contraria a costituzione è invalida, allora ciò vuol dire che tra costituzione e legge esiste una gerarchia materiale o, *il che è lo stesso*, che esiste un controllo di legittimità della legge rispetto alla costituzione (con annesso potere di annullamento della legge incostituzionale).

In altre parole, è il controllo di legittimità ad istituire la gerarchia normativa (una gerarchia materiale, e un rapporto di validità) tra le norme coinvolte in quel controllo. Il controllo giudizia-

¹⁵ Si veda il caso dell'art. 4 delle preleggi: «I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi». A prima vista, questa è una disposizione con valore di legge che attribuisce alla legge un valore superiore rispetto ai regolamenti. Ma, ove non vi fossero anche tutte le altre norme che prevedono il controllo di legittimità dei regolamenti e degli altri atti amministrativi (in particolare: l'art. 26 r.d. 1054/1924, e l'art. 2, l. 1034/1971, che attribuiscono tale competenza al Consiglio di Stato e ai TAR), il meccanismo previsto dall'art. 4 *di per sé* sarebbe indistinguibile rispetto a quello della successione di leggi nel tempo (art. 15 preleggi).

¹⁶ Evidentemente sto qui facendo riferimento alla distinzione tra sistemi normativi di tipo "statico" e di tipo "dinamico" così come tracciata da Kelsen 1960, § 34.

¹⁷ Un altro esempio, piuttosto significativo (almeno sul piano teorico): le norme approvate in sede di revisione costituzionale, e le altre leggi costituzionali. Se la Corte costituzionale non ha il potere di annullare le leggi di revisione e le altre leggi costituzionali, le norme in queste contenute non saranno né valide né invalide, ma semmai solo disapplicabili.

¹⁸ Sulla nozione di applicabilità rinvio a PINO 2011b; PINO 2016, cap. VI (dove si potranno trovare ampi riferimenti bibliografici).

rio di costituzionalità, dunque, a ben vedere non è semplicemente condizione di effettività della costituzione: non è *solo* finalizzato a rafforzare la probabilità che la costituzione venga rispettata, introducendo uno strumento che sanzioni o elimini le violazioni della costituzione¹⁹; il controllo di costituzionalità è innanzitutto condizione *concettuale* della superiorità (in senso materiale) della costituzione sulla legge. Senza controllo di costituzionalità, legge e costituzione sarebbero indistinguibili quanto a forza normativa e a rango nella gerarchia delle fonti – la costituzione non potrebbe mai determinare l'invalidità delle leggi con essa in contrasto. Certo, una costituzione non assistita da controllo di costituzionalità potrebbe ancora prevalere sulla legge *non* come condizione di validità di quest'ultima, ma piuttosto sul piano dell'applicabilità: una legge incostituzionale potrebbe essere soggetta a disapplicazione, anche se nessuno ha il potere di dichiararne l'invalidità. Inoltre, gli interpreti potrebbero comunque essere “tenuti” ad interpretare la legge conformemente alla costituzione. In tal caso, la costituzione sarebbe superiore alla legge (non in senso materiale, ma piuttosto) in senso assiologico. Questo in effetti accade in alcuni ordinamenti giuridici, e questa potrebbe anche essere una corretta rielaborazione della proposta dello stesso Prieto, come vedremo nel prossimo sotto-paragrafo.

Se tutto ciò è corretto, allora le costituzioni contemporanee sono collocate al vertice della gerarchia (materiale) delle norme *in quanto* esiste il controllo di costituzionalità della legge. Il controllo di costituzionalità non è né un sintomo né un corollario, né tantomeno un tratto contingente, della superiorità della costituzione. Piuttosto, è *costitutivo* della superiorità (in senso materiale) della costituzione. È l'esistenza del controllo di costituzionalità a cambiare la struttura dell'ordinamento, e a porre la costituzione al di sopra della legge ordinaria, condizionandone la validità.

Ovviamente, se poi ci spostiamo su un piano più marcatamente *funzionale* e non più solo *concettuale*, cioè se ci chiediamo *perché* introdurre un controllo di costituzionalità della legge, allora la risposta non può che essere la seguente: perché la costituzione è importante, e deve essere protetta tramite appositi meccanismi di garanzia. Dunque, l'introduzione di un meccanismo di controllo di costituzionalità, che ha come effetto, concettualmente, di rendere la costituzione superiore rispetto alla legge dal punto di vista della gerarchia materiale (e cioè di rendere la costituzione parametro di validità della legge), trova il suo presupposto in un giudizio di valore, secondo cui la costituzione è assiologicamente superiore alla legge, e nella conseguente volontà di introdurre uno strumento istituzionale a sua garanzia.

Come si vede, dunque, il paradosso di Eutifrone si dissolve del tutto, una volta che si riconosca che sono in gioco diversi tipi di gerarchie, cioè diversi sensi di “superiorità”.

2.3. *Supremazia della costituzione e revisione costituzionale “solo esplicita e formale”*

In assenza di un controllo di costituzionalità (cioè, ripeto, in assenza della possibilità che una legge contraria a costituzione venga annullata, e dunque in assenza di una gerarchia materiale), la costituzione potrebbe ancora essere, in ipotesi, superiore alla legge. Infatti, tra la costituzione e la legge potrebbe comunque esservi una gerarchia assiologica. Questo vuol dire che la costituzione, pur non potendo determinare l'invalidità delle norme di legge con essa in contrasto, potrebbe comunque essere in grado di influire sull'applicabilità di queste ultime.

Credo che la nozione di supremazia elaborata da Prieto in fin dei conti sia proprio questa. In altri termini, la supremazia della costituzione sarebbe essenzialmente una supremazia in senso assiologico; solo contingentemente – cioè, nel caso sia presente *anche* un controllo di costituzionalità – la costituzione può acquisire anche una supremazia in senso materiale. E in linea teorica

¹⁹ Questa è ad esempio la posizione di FERRAJOLI 2007, 545, 693, a proposito delle “lacune secondarie”: cioè la possibile assenza di uno strumento di “garanzia secondaria”, quale appunto è il controllo giudiziario di costituzionalità. Per la tesi che la superiorità della costituzione sia logicamente separabile dal controllo di costituzionalità v. anche NINO 1996, cap. 7; BAYÓN 2004, 137.

non c'è nulla di sbagliato in questo, ovviamente: sempre che si abbia cura di precisare, però, che nel primo caso (supremazia solo in senso assiologico) la costituzione non può essere condizione della validità delle leggi, ma solo della loro applicabilità.

Che questa nozione di superiorità della costituzione si risolva in una gerarchia assiologica è mostrato anche da un altro argomento. Secondo Prieto, la supremazia della costituzione richiede quantomeno che le modifiche alla costituzione siano fatte in maniera esplicita – che la costituzione, dunque, anche se in ipotesi flessibile, non sia però soggetta ad abrogazione tacita da parte della legge²⁰. Questo punto è stato frainteso (da BAYÓN 2004, e forse da Prieto stesso) come una questione attinente alla flessibilità/rigidità della costituzione. Ma chiaramente questo *non* è un problema di revisione costituzionale in senso stretto: per definizione, una abrogazione tacita *non modifica* il testo della costituzione, così come non modifica il testo di una legge anteriore. L'abrogazione tacita è, piuttosto, un modo di risolvere una antinomia tra due norme facendo prevalere la norma successiva, applicando cioè quest'ultima e disapplicando la norma anteriore. L'operatività del criterio della *lex posterior*, come è noto, non incide sulla validità della norma anteriore, ma solo sulla sua applicabilità²¹.

Ebbene, la tesi secondo cui la costituzione, anche se in ipotesi flessibile, non dovrebbe comunque essere oggetto di abrogazione tacita significa semplicemente che una costituzione (anche se non assistita da controllo di costituzionalità) può ancora essere considerata superiore rispetto alla legge se è in grado di determinare la disapplicazione delle leggi con essa in contrasto. In questo caso, infatti, sarebbe all'opera un criterio di applicabilità inverso rispetto al tradizionale criterio della *lex posterior*, di modo che la norma (costituzionale) anteriore prevale sulla norma (legislativa) posteriore. E questo non ha nulla a che vedere con le modalità di revisione della costituzione, non ha nulla a che vedere con il carattere rigido o flessibile della costituzione. Si tratta, piuttosto, dell'esistenza – in ipotesi – di una gerarchia assiologica tra la costituzione e la legge, che determina la disapplicazione della legge contraria a costituzione.

2.4. Tirando le somme

Forse non è inopportuno sintetizzare brevemente l'argomento che ho cercato di esporre nei sotto-paragrafi precedenti.

È vero che supremazia e rigidità della costituzione sono concetti diversi. (Questo lo sostiene anche Prieto, ma con argomenti parzialmente diversi dai miei.)

Non è del tutto vero, invece, che la supremazia della costituzione è distinta dal controllo giudiziario di costituzionalità. Infatti, la superiorità *in senso materiale* della costituzione (che porta ad un giudizio in termini di validità della legge) è *concettualmente* connessa all'esistenza del controllo di costituzionalità, cioè alla possibilità di *annullare* la legge contraria a costituzione. La supremazia assiologica (che porta a valutazioni in termini di applicabilità) è invece *indipendente* dall'esistenza di un controllo di costituzionalità. Anche una costituzione flessibile può essere superiore alla legge in senso assiologico, se i giudici sono autorizzati a disapplicare le leggi successive alla costituzione, quando il loro contenuto contrasta con la costituzione. (Una simile autorizzazione può provenire da una norma giuridica positiva, oppure può derivare direttamente da una "pratica di riconoscimento"). Ancora, una supremazia (solo) assiologica della costituzione rispetto alla legge avrebbe conseguenze quantomeno sul piano interpretativo, perché genererebbe l'obbligo di interpretare la legge conformemente alla costituzione²². Anche se non porta a

²⁰ PRIETO 2003b, 151, 153, 173; PRIETO 2008, 161-165.

²¹ Questo, peraltro, è chiaramente riconosciuto anche da PRIETO 2008, 157, nt. 4.

²² Che anche i principi contenuti in una costituzione flessibile possano produrre questa conseguenza sul piano interpretativo è espressamente affermato, ad es., in CRISAFULLI 1952, 17.

giudizi in termini di validità/invalidità, dunque, questa è ancora una supremazia giuridicamente rilevante, in quanto si traduce in argomentazioni giuridiche, e in conseguenze giuridiche.

Infine, una costituzione potrebbe essere superiore alla legge in un senso ancora più debole: potrebbe generare esclusivamente un “dovere di rispetto”, cui non seguono conseguenze giuridiche di alcun tipo, neanche in termini di applicabilità²³. In quest’ultimo caso, la costituzione risulterà (in ipotesi) superiore alla legge non in senso giuridico, ma in un senso puramente “morale”, o “culturale”.

3. Giustizia costituzionale e democrazia

Un secondo punto che intendo brevemente discutere riguarda il rapporto tra controllo giudiziario di costituzionalità e democrazia. Prieto, come abbiamo visto, nega che il concetto di supremazia della costituzione sia di per sé in conflitto con l’ideale democratico; piuttosto, secondo Prieto, la democrazia maggioritaria viene limitata per un verso dalla rigidità della costituzione, e per altro verso dal controllo giudiziario di costituzionalità.

Entrambe queste cose, peraltro, secondo Prieto possono essere variamente modulate, e anche annacquate, senza con ciò far venir meno l’idea della supremazia della costituzione. Così, come abbiamo già visto, secondo Prieto una costituzione non rigida continua ad essere suprema, sempre che le sue modifiche vengano adottate tramite un procedimento pubblico e formale (ancorché identico al procedimento di produzione della legge ordinaria). Analogamente, secondo Prieto è possibile immaginare una modalità di controllo giudiziario di costituzionalità che sia relativamente rispettoso della sfera democratica. Vediamo in che modo.

Come è noto, i sistemi di giustizia costituzionale presenti negli Stati costituzionali contemporanei oscillano tra due modelli “puri”: il modello accentrato, o “kelseniano”, che prevede un’unica autorità dotata del potere di dichiarare con effetti *erga omnes* l’incostituzionalità di una legge; e il modello diffuso, o “statunitense”, che autorizza qualunque giudice a valutare un eventuale contrasto tra legge e costituzione, ma con effetti limitati alla disapplicazione nel caso concreto²⁴. Di solito, i sistemi concretamente esistenti risultano in realtà un *mix* tra modello accentrato e modello diffuso, avvicinandosi talora più al primo e talora più al secondo: come nota efficacemente Prieto, spesso la concreta predisposizione di un sistema di giustizia costituzionale in un ordinamento non risponde affatto a ragioni puramente tecnico-giuridiche, ma piuttosto a complesse e talvolta anche contraddittorie spinte politiche e influenze ideologiche (PRIETO 2008, 169).

Di fatto, in linea di massima i sistemi di giustizia costituzionale presenti in Europa si sono ispirati primariamente al modello kelseniano, a controllo accentrato. Questo è verosimilmente dipeso dall’influenza che il legicentrismo ha avuto in Europa (continentale) negli ultimi due secoli: è vero che la costituzione dello Stato costituzionale ha “detronizzato” la legge, come ama ripetere Paolo Grossi, ma ciò è stato fatto assicurando comunque alla legge un qualche riguardo: assicurandole, cioè, un giudice particolare, di solito anche un po’ “politico”.

Ora, secondo Prieto la presenza del controllo accentrato è in qualche misura incoerente rispetto alla struttura normativa dello Stato costituzionale: è una specie di corpo estraneo, un residuo della mentalità kelseniana e legalistica dei giuristi europei. Infatti, una volta che si sia riconosciuto il carattere pienamente giuridico della costituzione, e una volta che la costituzione non è più solo norma sulle fonti, ma contiene anche principi e diritti suscettibili di qualche forma di applicazione in

²³ Questo è il senso “minimale” di superiorità secondo RUIZ MIGUEL 1988. Prieto si riferisce ad esso come una superiorità meramente “simbolica” (PRIETO 2008, 165).

²⁴ Si noti comunque che se in un sistema di questo tipo vi è una Corte Suprema le cui pronunce hanno valore di precedente vincolante, una decisione di incostituzionalità emessa da quest’ultima ha effetti concretamente indistinguibili rispetto ad un annullamento pronunciato da una Corte costituzionale in un sistema accentrato.

giudizio, diventa inevitabile che la costituzione entri nel ragionamento giuridico di tutti i giudici, e non solo di un giudice “specializzato” come una Corte costituzionale. In altre parole, una volta preso atto che la costituzione dello Stato costituzionale non contiene una ben delimitata “materia costituzionale”, ma invece proclama principi e diritti di qualunque tipo (cioè rilevanti per il diritto civile, il diritto penale, il diritto tributario, ecc.), non si può evitare che essa entri in qualunque tipo di controversia giudiziaria (PRIETO 2003b, 170-172; PRIETO 2008, 170 s.).

Non solo. Secondo Prieto, un controllo diffuso è anche maggiormente rispettoso del principio democratico, e pertanto in grado di minimizzare (anche se non di disinnescare del tutto, ovviamente) la nota obiezione contro-maggioritaria alla *judicial review*. Infatti, il controllo diffuso non incide sul testo della legge considerata incostituzionale: non la manipola, né la annulla, ma piuttosto la disapplica nel caso concreto. La legge disapplicata resta “integra”, e potrà essere applicata in un altro caso, in cui eventualmente non ponga problemi di incostituzionalità. Ciò a meno che la legge non risulti incostituzionale *sempre*, e in tal caso la sua costante disapplicazione finirà per essere, di fatto, equivalente ad un annullamento (PRIETO 2003b, 172 s.; PRIETO 2008, 171-173).

La conclusione, dunque, è che un controllo diffuso di costituzionalità è per un verso più coerente con la struttura normativa dello Stato costituzionale, e per altro verso più rispettoso del principio democratico. Per parte mia, proverò innanzitutto a sollevare dei dubbi sugli argomenti di Prieto (§ 3.1), per poi delineare un modo alternativo di comporre il contrasto tra democrazia e *judicial review* (§ 3.2).

3.1. Controllo accentrato, controllo diffuso, e democrazia

Prieto ha perfettamente ragione a notare che nello Stato costituzionale il controllo di costituzionalità, anche se formalmente accentrato, tende inesorabilmente a diventare (anche) diffuso. Infatti fa pienamente parte della “logica”, o meglio della “cultura”, dello Stato costituzionale che i giudici ordinari utilizzino i principi costituzionali in giudizio: o ricorrendo all’applicazione “diretta” della costituzione (se un caso non risulta regolato, o chiaramente regolato, a livello legislativo, il giudice ordinario potrà colmare la lacuna ricercando la disciplina di un certo rapporto direttamente in uno o più principi costituzionali); o ricorrendo all’applicazione “indiretta” della costituzione (il giudice ordinario potrà valutare il modo in cui il legislatore ha attuato i principi costituzionali rilevanti; potrà interpretare la legge in modo da renderla compatibile con i principi costituzionali; potrà utilizzare i principi costituzionali al fine di integrare il significato di clausole generali e di concetti elastici).

In altre parole, nello Stato costituzionale il giudice ordinario non si accontenterà di una semplice assenza di contraddizioni tra la legge e la costituzione, ma richiederà che la prima sia congruente con la seconda (e si adopererà direttamente a questo fine). E tutto ciò, evidentemente, porta ad attribuire al controllo di costituzionalità un carattere tendenzialmente “diffuso”: infatti, anche in un sistema in cui sia formalmente in vigore un controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, il massiccio utilizzo delle tecniche sopra indicate fa sì che l’attuazione giudiziaria dei principi costituzionali (e l’opera di conformazione della legislazione ad essi) si svolga ben prima dell’instaurazione di un giudizio di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale. In tal modo le corti assumono su di sé il compito (o parte del compito) di attuare la costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore – concorrenza che può arrivare anche a dare luogo a vere e proprie disapplicazioni delle leggi ritenute in contrasto con la costituzione, magari dietro l’apparenza di interpretazioni “conformi a costituzione”.

Tuttavia, a me pare che questa tendenza alla “diffusione” del controllo di costituzionalità sia compatibile con la struttura dello Stato costituzionale solo se essa rimane associata *anche* ad un controllo accentrato. Provo a spiegarvi.

Come si afferma spesso, lo Stato costituzionale aspira ad una convivenza, spesso problematica, tra valori diversi: libertà, eguaglianza, solidarietà, dignità, autonomia... Si dice talvolta che

nello Stato costituzionale non vi è un singolo valore supremo rispetto agli altri – o, il che è lo stesso, che l'unico valore supremo, o meta-valore, è il pluralismo. In ciò, lo Stato costituzionale rappresenta un superamento dello Stato legislativo, che invece poneva *un* valore in posizione preminente rispetto agli altri, e questo valore era la certezza del diritto. Questo non vuol dire che la certezza del diritto sia scomparsa dall'orizzonte normativo dello Stato costituzionale: piuttosto, nello Stato costituzionale la certezza del diritto è un valore che è destinato ad entrare nel bilanciamento con altri valori costituzionali²⁵.

Ora, in un modello a controllo di costituzionalità diffuso come quello proposto di Prieto, mi pare che il valore della certezza del diritto sia destinato ad essere sacrificato eccessivamente. Infatti, l'utilizzazione giudiziaria della costituzione incentiva pratiche interpretative alquanto spericolate (interpretazione “conforme a costituzione”, bilanciamento e concretizzazione di principi costituzionali...) che andranno a valere solo per il caso concreto, senza che nulla garantisca che altri giudici non diano una diversa interpretazione di quella legge, o non ne valutino diversamente l'incompatibilità con la Costituzione, o non giungano ad un diverso bilanciamento o ad una diversa concretizzazione dei principi costituzionali. In altre parole, il modello diffuso di giustizia costituzionale immaginato da Prieto (che, a quanto sembra, è un modello “puro”, privo di qualunque elemento di accentramento, nemmeno a livello di precedente vincolante) potrebbe funzionare solo se si accogliesse qualche forma di cognitivismo interpretativo, tale che i giudici ordinari non possano fare a meno di convergere sulle loro valutazioni in merito al conflitto tra una legge e la costituzione. Solo in questo caso la “diffusione” del controllo di costituzionalità riuscirebbe a non tradursi in un'anarchia interpretativa che lederebbe gravemente il valore (costituzionalmente rilevante) della certezza del diritto, e anche dell'eguaglianza ovviamente.

Ma, come sappiamo (e come sa bene anche Prieto), la realtà non è questa. In realtà, giudici diversi possono ben arrivare a conclusioni diverse sulla questione se una legge contraddica la costituzione. Il giudizio di conformità tra legge e principi costituzionali può spesso chiamare in causa complesse valutazioni, ed essere controverso. In un sistema diffuso “puro”, giudici diversi potranno facilmente esprimere valutazioni diverse su come bilanciare e concretizzare i principi costituzionali rilevanti, su quale sia il modo migliore di rendere la legge “conforme a” costituzione tramite l'interpretazione. Dunque, è bene che la libertà interpretativa del giudice comune, e la sua possibilità di “dialogare” direttamente con la costituzione, trovino un contraltare in qualche forma di “accentramento” del controllo di costituzionalità: ciò potrà consistere, come minimo, nell'attribuire ad una corte particolare il potere di formulare decisioni dotate di valore di precedente vincolante; oppure potrà consistere nell'istituzione di una tipica Corte costituzionale di tipo “europeo”. Quest'ultima soluzione, peraltro, avrà il vantaggio di eliminare *definitivamente* norme e atti normativi contrari a costituzione, ed eventualmente anche l'ulteriore vantaggio di fornire ai giudici comuni un punto di riferimento particolarmente autorevole (quand'anche non fosse vincolante) sull'interpretazione della costituzione. E questo, ripeto, non sarà un tradimento della logica dello Stato costituzionale, ma sarà del tutto coerente con essa, a presidio di valori (l'eguaglianza, la certezza) tutt'altro che irrilevanti per lo Stato costituzionale.

Ad una conclusione analoga si può arrivare anche a partire da una diversa prospettiva: non più dalla prospettiva dei *valori* consacrati dallo Stato costituzionale, questa volta, ma dalla prospettiva dei *poteri*, o dei centri decisionali in esso operanti. Anche da questo punto, di vista, ad un modello “verticale”, tipico dello Stato legislativo, in cui una autorità (il legislatore) aveva l'ultima parola in quanto depositario della sovranità, lo Stato costituzionale ha sostituito un diverso modello, “reticolare”, in cui diverse autorità concorrono, talvolta in maniera cooperativa e talvolta in maniera conflittuale, alla definizione e alla tutela dei diritti fondamentali.

²⁵ PINO 2018. Mi pare invece che Prieto accetti troppo facilmente il sacrificio alla certezza del diritto che il suo modello comporta: v. ad es. PRIETO 2003b, 173.

All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone adesso un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri (PINO 2017b, 212 s.). E a me pare che, in questa complessa architettura, la presenza di una Corte costituzionale non sia solo un accidente storico, un residuo di un modello (“kelseniano”) sostanzialmente superato, ma svolga un ruolo strategico a presidio, nuovamente, della certezza e della eguaglianza.

Dunque: applicazione diretta della costituzione, libertà interpretativa dei giudici, rispetto della democrazia, certezza del diritto forse possono essere meglio bilanciate assicurando ai giudici ordinari un autonomo potere di interpretare la legge in maniera conforme a costituzione solo fintantoché l'interprete non fuoriesce dai (pur labili) confini del testo della legge; mentre, quando il testo della legge non ammette una possibilità di interpretazione conforme a costituzione, la parola dovrebbe passare ad una Corte costituzionale con potere (accentrato) di annullamento della legge stessa.

3.2. *La “democraticità” del controllo di costituzionalità*

Concludo queste mie disordinate annotazioni con qualche riflessione su un possibile modo, alternativo a quello configurato da Prieto, di riconciliare democrazia e controllo giudiziario di costituzionalità²⁶.

Una prima osservazione che occorre fare è la seguente. È inoppugnabile che lo Stato costituzionale, in qualche misura, sacrifichi la democrazia. E questo per la banale ragione che la democrazia è uno dei valori che lo Stato costituzionale protegge, ma non l'unico: nello Stato costituzionale, la democrazia si trova a convivere con altri valori, e questa convivenza può talvolta essere problematica – così come può talvolta essere problematica la convivenza tra altri valori protetti dallo Stato costituzionale. Non credo che si debba andare alla ricerca di improbabili quadrature del cerchio, di involute dimostrazioni che tutte le componenti dello Stato costituzionale convivano in perfetta armonia. Forse lo Stato costituzionale si basa non su una armonia assiologica di fondo, ma piuttosto sulla scommessa che dal pluralismo (talvolta anche conflittuale) tra diversi valori emerga una migliore tutela dei diritti fondamentali (COSTA 2010; FIORAVANTI 2014, 1091).

Ciò detto, è anche vero che molte delle obiezioni “democratiche” allo Stato costituzionale si basano su presupposti alquanto discutibili. In particolare, un presupposto da cui sembrano spesso partire tali obiezioni è l'idea che il parlamento sia dotato di legittimazione democratica, mentre le corti sono organismi puramente tecnico-burocratici, quasi “aristocratici”. Ma questa sembra una versione abbastanza edulcorata della realtà. Infatti, la democraticità di un sistema politico, o delle sue componenti, è una questione di grado, non una questione del tipo “tutto-o-niente”; l'unico regime che realmente potrebbe assicurare il pieno rispetto dell'autonomia personale e politica dei cittadini sarebbe, forse, una democrazia diretta, ancora meglio se funzionasse con la regola dell'unanimità. Solo in questo contesto tutti i cittadini potrebbero davvero essere considerati “autori” delle scelte collettive. Ma è evidente che un simile regime non ha alcuna speranza di funzionare in un contesto sociale appena complesso (e anche in un contesto sociale semplice e ristretto non sarebbe granché funzionale, stante il potere di veto sulle decisioni collettive che esso assegnerebbe a ciascun singolo cittadino). Dunque, poiché è comunque necessario prendere decisioni rela-

²⁶ Questo sotto-paragrafo riprende tesi che ho già esposto in PINO 2014, 621-628; PINO 2017b, cap. 7.

tive alla vita associata, pena il ritorno allo stato di natura, si deve per forza fare ricorso a meccanismi che in qualche misura si allontanano dall'ideale della democrazia diretta che decide all'unanimità: da qui la democrazia rappresentativa, e la regola di maggioranza. Per tacere del fatto, poi, che ci sono molti modi diversi, e non funzionalmente equivalenti, di configurare i meccanismi sia della rappresentatività²⁷, sia della decisione a maggioranza; e che spesso solo per pura finzione si può assumere che il semplice cittadino si senta realmente coinvolto e rappresentato in un procedimento parlamentare²⁸. Peraltro, una volta che si rifiuti la finzione della immedesimazione organica tra i cittadini e i loro rappresentanti, emerge con tutta evidenza la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche *contro* i loro rappresentanti²⁹.

Se è così, allora l'introduzione di un controllo giudiziario sulle leggi a garanzia dei diritti fondamentali non equivale necessariamente ad una diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, essa può funzionare come elemento per rendere il sistema maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che i sistemi democratici sono solo *più o meno* democratici, la *judicial review* può essere considerata, a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive. Tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di formazione o di consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale (in quanto non rispecchia il gioco delle maggioranze politiche) sulla base dei propri diritti individuali.

Peraltro, spesso una legislazione può favorire una maggioranza, e sfavorire alcune minoranze, *semplicemente per inerzia*: perché un certo assetto di interessi si è cristallizzato nel tempo (magari in un momento in cui quel particolare squilibrio tra interessi maggioritari e altri interessi non veniva nemmeno percepito, per la scarsa visibilità delle minoranze, per una diversa sensibilità sociale, ecc.), e in seguito gli organi legislativi non riescono a trovare un consenso sufficientemente ampio, la volontà politica, o magari nemmeno il tempo, per rimetterlo in discussione. In tali casi, la *judicial review* può rappresentare un'ulteriore occasione di partecipazione democratica, perché può servire a mettere in moto un dibattito pubblico – incluso un dibattito parlamentare – che semplicemente mancava³⁰. E si noti che in alcuni paesi, tra cui l'Italia, il dibattito pubblico (e parlamentare) su questioni di diritti fondamentali, come il matrimonio omosessuale o le decisioni di fine vita, è stato incentivato e arricchito, e non monopolizzato o congelato, proprio dalla presenza di interventi giudiziari. In fin dei conti, la democrazia non si esercita solo il giorno delle elezioni, né è solo decisione a maggioranza (BOVERO 2016).

Il fatto che la “parola” del legislatore venga rimessa in discussione in un foro imparziale (le corti, relativamente immunizzate rispetto alle pressioni e alle passioni della politica maggioritaria) fa sì che il cittadino che lamenta una lesione dei propri diritti da parte della maggioranza possa addurre le proprie ragioni a) in una sede in cui le ragioni della maggioranza *non hanno necessariamente un valore preponderante*, come invece avviene nelle sedi della democrazia rappresentativa e maggioritaria; e b) davanti ad un soggetto che poi assumerà le proprie decisioni, ideal-

²⁷ È di tutta evidenza, ad esempio, che alcuni meccanismi elettorali producono risultati che si avvicinano più ad un modello decisamente “aristocratico” che a uno “democratico”: si pensi ad esempio al voto su liste bloccate, in cui i candidati messi nelle posizioni “sicure” sono stati selezionati dalle segreterie dei partiti.

²⁸ Per l'osservazione che i critici della *judicial review* assumono una immedesimazione troppo diretta e semplicistica tra i cittadini e i loro rappresentanti in parlamento, cfr. FABRE 2000, 275-276.

²⁹ Per alcune osservazioni più generali su rappresentanza e (assenza di) immedesimazione organica tra elettori ed eletti, FERRAJOLI 2013, 31-33.

³⁰ Si noti peraltro che la Corte costituzionale italiana si è dotata di tecniche decisionali come le “sentenze-monito”, o le sentenze additive “di principio”, che sembrano particolarmente idonee a questa funzione di sollecitare un dibattito parlamentare.

mente, non sulla base di compromessi politici al dettaglio, ma sulla base di ragioni pubblicamente spendibili, e in qualche misura “oggettivate” nelle forme del ragionamento giuridico.

In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica; piuttosto, vengono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia, o due modi di esercitare la democrazia. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, improntata al principio maggioritario, che interessa le istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo)³¹; la seconda è una democrazia “contestatrice”³², che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione delle decisioni collettive, adottate da parte di organi rappresentativi e a maggioranza; la seconda funziona come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi (o anche su iniziativa di soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale), e, in caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. In questa seconda fase, inoltre, il compito del soggetto “terzo” non sarà di sostituire una propria valutazione di merito a quella svolta dal legislatore, ma piuttosto di verificare che tutti gli interessi coinvolti nella decisione legislativa siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale (ad esempio ricorrendo al test di proporzionalità). E tutto ciò merita ancora il nome di “democrazia” perché, anche se nella *judicial review* è coinvolta una istituzione apparentemente “aristocratica”³³, essa non si muove *motu proprio* ma su iniziativa dei cittadini che assumono una lesione di un proprio diritto ad opera dei loro rappresentanti.

È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico: la democrazia rappresentativa è *solo uno* dei valori incorporati dal costituzionalismo contemporaneo, e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta proprio sul fatto che questa tensione tra elementi diversi contribuisca, in ultima analisi, ad una migliore tutela e promozione dei diritti fondamentali da essa proclamati.

³¹ Utilizzo qui la locuzione “istituzioni di governo” nel senso stipulato da Luigi Ferrajoli, cioè a denotare tutte le istituzioni che esercitano “funzioni di governo”; queste ultime, a loro volta, «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile», e «includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo» (FERRAJOLI 2007, 872); «l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica» (876).

³² Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da PETTIT 1999; PETTIT 2000. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche RODOTÀ 1999, 169-186; FERRAJOLI 2013, 239.

³³ Apparentemente: perché spesso la composizione delle Corti costituzionali è organizzata in modo da includere una certa sensibilità politica e democratica (attribuzione al Parlamento del potere di nomina di una parte dei componenti della Corte, procedura di conferma dei giudici davanti al Parlamento, ecc.). E inoltre abbiamo già avanzato il sospetto che anche un organo rappresentativo possa di fatto includere elementi “aristocratici” (*supra*, nt. 26).

Riferimenti bibliografici

- BAYÓN J.C. 1998. *Diritti, democrazia, costituzione*, in «Ragion pratica», 10, 1998, 41 ss.
- BAYÓN J.C. 2004. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, in J. BETEGÓN, F. LAPORTA, L. PRIETO, J.R. DE PÁRAMO (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, 67 ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G. 2005. *Diritto costituzionale* (6^a ed.), Torino, Giappichelli.
- BOVERO M. 2016. *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 16, 2016, 11 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- COSTA P. 2010. *Demos e diritti: un campo di tensione nella democrazia costituzionale?*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, il Mulino, 11 ss.
- CRISAFULLI V. 1952. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè.
- FABRE C. 2000. *The Dignity of Rights*, in «Oxford Journal Legal Studies», 20, 2000, 271 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris*, Roma-Bari, Laterza, vol. 1.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2014. *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 43, t. 1, 2014, 1077 ss.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
- NINO C.S. 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press.
- PALADIN L. 1996. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino.
- PETTIT P. 1999. *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 163 ss.
- PETTIT P. 2000. *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. SHAPIRO, S. MACEDO (eds.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, New York University Press, 105 ss.
- PINO G. 2011a. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in «Ars Interpretandi», XVI, 2011, 19 ss.
- PINO G. 2011b. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.
- PINO G. 2014. *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in «Diritto e società», 3, 2014, 597 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS.
- PINO G. 2017a. *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in «Diritto e società», 1, 2017, 91 ss.
- PINO G. 2017b. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2018. *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in «Diritto pubblico», 2, 2018, 537 ss.
- PINO G. 2019. *Interpretazione costituzionale e concezioni della costituzione*, Modena, Mucchi.
- PRIETO L. 1997. *Constitucionalismo y Positivismo*, Mexico, Fontamara.
- PRIETO L. 2003a. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

- PRIETO L. 2003b. *Constitución y democracia*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 137 ss.
- PRIETO L. 2003c. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 101 ss.
- PRIETO L. 2008. *Supremacía, rigidez y garantía de la constitución*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 155 ss.
- PRIETO L. 2013. *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta.
- RODOTÀ S. 1999. *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza.
- RUIZ MIGUEL A. 1988. *El principio de jerarquía normativa*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 24, 1988, 135 ss.
- RUIZ MIGUEL A. 2003. *Costituzionalismo e democrazia*, in «Teoria politica», 2-3, 2003, 73 ss.

ETICA DELLA POPOLAZIONE PARADOSSI, INTUIZIONI E METODO

GIUSEPPE **ROCCHÉ**



Etica della popolazione
Paradossi, intuizioni e metodo

Population Ethics
Paradoxes, intuitions, and method

GIUSEPPE ROCCHÉ

Dottore di ricerca, borsista.
E-mail: giusepperoch@hotmail.it

ABSTRACT

L'articolo introduce alcuni dei problemi da cui ha avuto origine il dibattito contemporaneo di etica della popolazione. Inizialmente viene mostrato come, lungi dal riguardare soltanto l'Utilitarismo, questi problemi coinvolgono alcune intuizioni comuni difficili da abbandonare. Di seguito vengono analizzati diversi tentativi di soluzione che si mostrano inefficaci. In appendice vengono svolte alcune considerazioni critiche sul metodo del ragionamento morale. In proposito vengono delineati due metodi alternativi sulla base del se sia ammesso o meno accettare conclusioni contro-intuitive.

This paper is an introduction to the contemporary debate on population ethics. As it is shown at the beginning, the paradoxes of population ethics do not pose a problem just for Utilitarianism, but also for everyone who shares a set of very common intuitions. Different proposals for a solution are described, each of which proves ineffective. At the end of the paper two different methods of moral reasoning are distinguished depending on whether accepting counter-intuitive conclusions is allowed or not.

KEYWORDS

etica della popolazione, Derek Parfit, conclusione ripugnante, utilitarismo, intuizioni morali

population ethics, Derek Parfit, repugnant conclusion, utilitarianism, moral intuitions

Etica della popolazione

Paradossi, intuizioni e metodo

GIUSEPPE ROCCHÉ

1. *Scelte determinanti il numero* – 2. *Il Paradosso della Mera Addizione* – 3. *Il Principio del Valore Variabile* – 4. *Il Principio del Livello Critico* – 5. *Il Principio Lessicale* – 6. *“Person-affecting moralities”. La restrizione personalista* – 7. *Intransitività, impossibilità* – 8. *Accettare la Conclusione Ripugnante* – 9. *Note su alcuni problemi di metodo nel ragionamento morale.*

1. *Scelte determinanti il numero*

Questo articolo si propone di offrire una panoramica del dibattito di etica della popolazione come sviluppatosi a partire dall’opera di Derk Parfit. In appendice verranno svolte alcune considerazioni critiche.

Le nostre scelte possono influire sul benessere delle persone che esisteranno nel futuro. Oltre a questo, le nostre scelte possono influire sul numero di persone che esisteranno nel futuro. Chiamiamo questo secondo tipo di scelte “*scelte determinanti il numero*”¹. Quali principi governano le scelte determinanti il numero? L’etica della popolazione si occupa di fornire risposte a questo interrogativo.

Immaginiamo di dovere scegliere tra due popolazioni alternative



Fig.1

La base dei poligoni rappresenta il numero di persone esistenti, l’altezza rappresenta il livello di benessere goduto. A è una popolazione composta da esseri umani con un livello di benessere estremamente elevato. Per contro, Z è una popolazione enormemente più grande – possiamo immaginare una popolazione anche ben maggiore di come, per limiti di spazio, l’ho rappresentata graficamente –, in cui ciascuno ha una vita che, in termini di benessere², può dirsi degna di essere vissuta, ma che è notevolmente peggiore rispetto a quelle di coloro che vivono in A: in Z le vite sono *appena* degne di essere vissute – più prosaicamente, in Z ciascuno vive una vita in cui la somma algebrica delle componenti positive e negative del benessere ha un risultato che è appena positivo³. A non rappresenta una popolazione esigua per i nostri standard. Possiamo

¹ PARFIT 1984, 355 s.

² Non possiamo soffermarci sull’estensione del concetto di benessere, per quanto pertinente sia il tema. Sulle varie concezioni del benessere un classico è rappresentato da GRIFFIN 1986, 8-72.

³ Se pensiamo a migliaia di miliardi di persone che vivono contemporaneamente sulla Terra e non abbiamo un’immaginazione fantascientifica particolarmente raffinata, potremmo ritrovarci a immaginare un inferno. Que-

immaginarla come una popolazione di svariati miliardi di esseri umani. Sia in A sia in Z regna l'eguaglianza perfetta.

La domanda che anima il dibattito di etica della popolazione è: Sarebbe meglio che esistesse A o Z? Ossia: ne avessimo le possibilità, dovremmo produrre A o Z?

Molte persone tendono a dire che A sia preferibile a Z.

Verosimilmente A non è sempre preferibile a Z. Immaginiamo che A sia un mondo in cui esistono solo persone malvagie, mentre Z sia composto da persone oneste e altruiste. Se tali fossero A e Z, potrebbero esservi ragioni per giudicare Z migliore di A. L'esempio illustra come il benessere non è l'unica variabile da tenere in considerazione nell'elaborare giudizi pratici. Ma il giudizio che qui interessa è che A sia preferibile a Z quando le altre variabili che potrebbero influire sulla nostra valutazione sono ritenute irrilevanti – clausola *ceteris paribus*.

L'impiego della clausola *ceteris paribus* non è esente da complicazioni. Si dice, ad esempio, che le due popolazioni alternative non fanno differenza per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali⁴. Ebbene, è difficile credere che A possa essere un mondo in cui il benessere è altissimo ma i diritti umani sono calpestati. Il rispetto dei diritti fondamentali potrebbe essere una condizione per la realizzazione di una società gioiosa come A pretende di essere. Se in A i diritti fondamentali sono pienamente rispettati, per la clausola *ceteris paribus* devono esserlo anche in Z. Z sarebbe allora un mondo in cui il benessere è molto basso ma i diritti fondamentali sono perfettamente realizzati. Ma è difficile immaginare un mondo del genere per la ragione speculare a quella che ci impediva di immaginare A come un mondo gioioso in cui i diritti fondamentali sono calpestati. Se in Z le libertà civili, i poteri politici e la sicurezza sociale sono garantiti a ciascuno quanto in A, com'è possibile che il benessere sia così basso?⁵ La clausola *ceteris paribus* potrebbe non essere facilmente gestibile. Data la finalità introduttiva di questo articolo, non si insisterà ulteriormente su questo punto.

Secondo l'Utilitarismo Classico o Principio di Utilità Totale (PUT), dati due o più mondi possibili, il mondo migliore è quello che contiene la quantità maggiore di benessere⁶. Sebbene in

sta rappresentazione tradirebbe il senso di Z. Stiamo, infatti, adottando come premessa che ciascuno in Z vive una vita che è appena degna di essere vissuta. Se abbiamo difficoltà a immaginare migliaia di miliardi di persone che vivono nello stesso pianeta e che hanno vite comunque – sebbene appena – degne di essere vissute, possiamo immaginare Z come un insieme di migliaia di pianeti, ciascuno popolato da miliardi di persone, in cui ciascuno vive una vita appena degna di essere vissuta.

⁴ ARRHENIUS 2000b, 42.

⁵ In Z ciascuno va in scuole identiche a quelle presenti in A – identica deve essere la realizzazione del diritto all'istruzione – e le scuole pubbliche di A sono scuole perfette in cui a ciascuno viene insegnato a vivere bene, dunque anche chi vive in Z va in scuole del genere e gli viene insegnato a vivere bene; in Z ciascuno godrà di un sistema previdenziale massimamente rassicurante come quello presente in A; in Z ciascuno sarà messo nelle condizioni di – ed attivamente spronato a – sviluppare la propria coscienza critica, le proprie attitudini pro-sociali (studiare, accedere ad attività culturali, ecc.) nello stesso modo in cui ciò avviene in A; e così via. Salvo non si adotti una concezione minimalista dei diritti fondamentali (contro il minimalismo CELANO 2013, 85 ss.), sembra esservi un rapporto estremamente stretto tra rispetto, pieno, dei diritti fondamentali e benessere individuale: per cui (salvo forse casi eccezionali) non possono darsi due mondi alternativi, uno in cui il benessere è molto alto e l'altro in cui il benessere è molto basso, in cui i diritti fondamentali sono garantiti allo stesso modo – ossia, sono compiutamente realizzati in entrambi oppure sono totalmente calpestati in entrambi.

⁶ Seguendo l'uso di Parfit, l'Utilitarismo Classico adotterebbe il Principio Totale come principio aggregativo del benessere (PARFIT 1984, 449). In ciò si distinguerebbe da un'altra versione dell'Utilitarismo che utilizzerebbe il Principio della Media. Secondo quest'ultima versione, non sarebbe giusto massimizzare il benessere totale, ma massimizzare il benessere medio (pro capite) della popolazione (sulla distinzione tra Principio Totale e Principio della Media, PARFIT 1984, 384 ss.; vi torneremo subito §2). Parfit non è solo nell'identificare l'Utilitarismo Classico con il Principio Totale, ma segue una terminologia che si ritrova in vari autori (così SIKORA 1975, 409 s.), tra cui RAWLS 1971, 161 ss. Jan Narveson, d'altra parte, ritiene che sia frutto di una confusione credere che l'Utilitarismo Classico imponga agli agenti morali di aumentare il numero delle persone con benessere positivo, ad esempio facendo più figli possibili (NARVESON 1967, 62 ss.). Secondo Narveson «when we [gli utilitaristi] specify the individuals who would be affected by our actions, as we must on the utilitarian view, the characteristic about those people with

Z ciascuno sta peggio di chiunque viva in A, il numero di persone che vive in Z è talmente grande da contenere una quantità di benessere maggiore di quella di A. Un mare di bicchieri contenenti ciascuno una sola goccia d'acqua può contenere molta più acqua di una cisterna piena fino all'orlo. Per PUT, dunque, Z è meglio di A. PUT implica allora

la *Conclusione Ripugnante*. Per ogni popolazione possibile composta da miliardi di persone, ciascuna delle quali ha un livello di benessere molto elevato, è possibile immaginare una popolazione molto maggiore la cui esistenza, a parità di condizioni, sarebbe migliore anche se ciascuno dei suoi membri conduce una vita che è appena degna di essere vissuta⁷.

L'Utilitarismo è un'ideologia morale estremamente esigente che onera l'agente di mettersi al servizio del bene comune fino all'estremo sacrificio⁸. Di più, ciascuno, in quanto operatore al servizio del bene comune, avrebbe il dovere morale di sacrificare alla causa universale non solo il proprio benessere ma anche quello altrui⁹. Queste sono obiezioni ben note. Che l'Utilitarismo Classico implichi che Z sia preferibile ad A può essere vista come un'ulteriore obiezione nei confronti del medesimo. Operando le dovute semplificazioni, immaginiamo che un modo per incrementare il benessere contenuto in una vita sia dato dal prolungare quella vita. Possiamo, allora, immaginare che la differenza in termini di benessere tra A e Z sia data dal fatto che l'aspettativa di vita media in A è decisamente più lunga di quella in Z. Abbiamo due alternative.

Prima politica: *Curare*: x risorse pubbliche verranno destinate al sistema sanitario nazionale. In conseguenza di ciò molte persone che svilupperanno mali potenzialmente letali o gravemente debilitanti, ma facilmente curabili – ad esempio fratture ossee, appendiciti, ecc. –, verranno efficacemente trattate – mondo A.

Seconda politica: *Rimpiazzare*: le x risorse che sarebbero state destinate al sistema sanitario nazionale vengono invece destinate a incentivare le nascite. A seguito di ciò molte persone muoiono giovani o patiscono gravi debilitazioni per via di mali facilmente curabili. Nel complesso, però, esistono tantissime persone in più – mondo Z¹⁰.

which we are morally concerned is whether their happiness will be increased or decreased [...] The child cannot be happier as a result of being born, since we would then have a relative term lacking one relatum. The child's happiness has not been increased, in any intelligible sense, as a result of his being born; and since nobody else's has either, directly, there is no moral reason for bringing him into existence» (NARVESON 1967, 65, 67). Chiamare – seguendo Rawls e Parfit, ma non Narveson – il Principio Totale “Utilitarismo Classico” corrisponde a un uso recente, ma questo uso non sottende una tesi storica sulla posizione dei primi grandi utilitaristi. Ad esempio, Rawls (1971, 162) afferma che J.S. Mill sia stato un sostenitore del Principio della Media – Mill, dunque, non sarebbe un utilitarista classico in questo senso (e almeno sul fatto che non sia, in questo senso, un utilitarista classico Rawls e Narveson sarebbero d'accordo). Questioni terminologiche a parte, si potrebbe pensare, seguendo Narveson, che un'idea forte di ispirazione utilitarista sia quella per cui bisogna massimizzare il benessere delle persone che esistono. Questa idea narvesoniana – che è stata prospettata da un *referee* – merita certamente discussione e verrà analizzata di seguito (v. §6).

⁷ PARFIT 1984, 388. Parfit in realtà parla non di “benessere” ma di “qualità della vita”. A questa espressione viene da lui attribuito un significato specifico che vedremo in §5 quando si analizzerà il valore del Perfezionismo.

⁸ Per questa critica WILLIAMS 1973b; ma anche SCHEFFLER 1982. Un ampliamento della sfera dei nostri doveri morali è stato invece difeso in SINGER 1972, e UNGER 1996.

⁹ Così, un chirurgo avrebbe il dovere di circuire e fare a pezzi un ignaro passante, qualora gli organi così ottenuti gli permettessero di salvare la vita a cinque moribondi. Un classico del dibattito su questa posizione THOMSON 1985, recentemente GREENE 2013.

¹⁰ Insomma l'alternativa è tra creare nuove persone e salvare la vita alle persone già esistenti, così MCMAHAN 2013, appunto «*Causing People to Exist and Saving People's Lives*», in particolare p. 31 s.

L'Utilitarismo Classico giustifica l'adozione della seconda politica. Un esito contro-intuitivo che si coglie una volta che consideriamo le scelte determinanti il numero. Si tratta di un'obiezione indipendente, aggiuntiva rispetto alle precedenti, ma anche un'obiezione che in qualche modo le rafforza: chiedere al singolo di essere pronto a sacrificare se stesso e il proprio prossimo può essere già eccessivo quando il fine è rappresentato dalla tutela del benessere di altre persone che esistono da qualche parte sul pianeta e che altrimenti patirebbero gravi danni, ma lo è ancora di più quando è rappresentato dalla creazione di nuove persone che altrimenti non sarebbero esistite.

2. Il Paradosso della Mera Addizione

Come abbiamo appena visto, l'Utilitarismo Classico, PUT, implica quello che Parfit ha chiamato "Conclusione Ripugnante". Nel passato alcuni autori avevano notato questa deriva. Più recentemente simili problemi sono stati affrontati da Jan Narveson, ritenuto il pioniere dell'etica della popolazione contemporanea¹¹. Tuttavia, è certamente con il lavoro di Parfit dei primi anni 80 che l'etica della popolazione è emersa come un nuovo ambito del dibattito morale¹².

In proposito, una delle più originali e feconde mosse di Parfit è consistita nel mostrare come la Conclusione Ripugnante non costituisca un problema solo per i sostenitori dell'Utilitarismo Classico (PUT): sostenere che A sia meglio di Z si rivela più difficile del previsto¹³. Consideriamo le seguenti popolazioni alternative rappresentate nella fig. 2

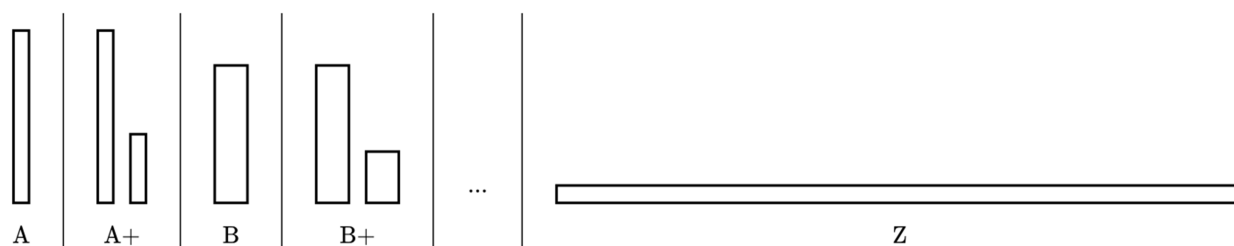


Fig. 2

A è una popolazione in cui esistono miliardi di persone con un livello di benessere molto elevato. In A+ altrettante persone¹⁴ vivono ad un livello di benessere uguale a quello di A. Però, in A+ esistono anche molte altre persone aggiuntive con un livello di benessere inferiore, ma comun-

¹¹ Sidgwick nota come l'Utilitarismo non prescriva – come pensavano i malthusiani – di incoraggiare gli aumenti della popolazione solo fino al punto in cui il benessere medio è il massimo possibile, ma, viceversa, ammetta che la popolazione possa crescere ancora di più anche se ciò determinerebbe un decremento del benessere medio (SIDGWICK, 1907, 415). McTaggart accetta una versione della Conclusione Ripugnante, rilevando come la ripugnanza nel caso di specie sia cattiva consigliera (MCTAGGART 1921, 452 s.). Per l'opera di Jan Narveson si vedano NARVESON 1967 e NARVESON 1973.

¹² Come scrive Jeff McMahan nel necrologio dedicato al suo caro amico Parfit «While each of the four parts [di *Reasons and Persons*, la più celebre opera di Parfit] has been enormously influential. Part Four effectively created a new, difficult, highly important, and now flourishing area of philosophy known as “population ethics”». In Italia questi temi hanno ricevuto limitata attenzione, un'eccezione è rappresentata da PELLEGRINO 2012.

¹³ «Suppose that we do reject this principle [il Principio di Utilità Totale]. Unfortunately, this is not enough» PARFIT 1986, 151.

¹⁴ A volte, nella presentazione di A+ gli autori pongono il caso che A+ contenga le *stesse* persone che esistono in A (con il medesimo livello di benessere), più un certo numero di persone con un livello di benessere inferiore. Questo dettaglio potrebbe fare la differenza in base ai principi che verranno analizzati in §6. Dicendo che A+ contiene *altrettante* persone di quante sono presenti in A, ho scelto di non inserire questo dettaglio per non complicare l'introduzione al problema, seguendo in questo la formulazione scelta da Parfit (PARFIT 1984, 419 s.).

que positivo. La popolazione A+ è frutto di una *mera addizione* rispetto ad A, ossia in A+ è presente un gruppo di persone aggiuntive (“extra group”) (i) che hanno vite comunque degne di essere vissute, (ii) la cui aggiunzione non determina un danno per nessuno, (iii) e che non sono vittime di ingiustizia sociale¹⁵.

Che Z sia migliore di A è la Conclusione Ripugnante. Diciamo che il *Rigetto della Conclusione Ripugnante* costituisce una prima condizione di accettabilità di una teoria o principio morale.

B, a sua volta, sembra essere migliore di A+. In primo luogo, uno degli aspetti negativi lampanti di A+ è costituito dalla presenza di accentuate disuguaglianze nei livelli di benessere. In B, invece regna l’eguaglianza perfetta. Questa considerazione potrebbe non essere decisiva. L’eguaglianza perfetta tra persone del tutto sane e persone zoppe può essere realizzata azzoppando le persone sane. Molti ritengono che ciò non costituirebbe un miglioramento. Tuttavia, B non è il prodotto del livellamento verso il basso: coloro che vivono in B stanno meglio dei più sfortunati di A+.

B è preferibile rispetto al principio del Maximin, per cui la popolazione migliore è quella in cui i più svantaggiati stanno meglio. Non sempre, potrebbe dirsi, la redistribuzione del benessere a favore dei più svantaggiati corrisponde ad un miglioramento dello scenario considerato. Immaginiamo una società molto opulenta in cui vi è un piccolo gruppo notevolmente meno abbiente degli altri, che, però, vive in condizioni già ampiamente accettabili. Se immaginiamo che l’unico modo per migliorare *appena* le condizioni di vita dei meno abbienti sia diminuire enormemente le condizioni di vita di tutti gli altri membri della società, alcuni potrebbero ritenere che preservare lo *status quo* sia preferibile. Tuttavia, nemmeno questo è il rapporto tra A+ e B¹⁶. Significativamente, il benessere medio e totale in A+ è inferiore a quello in B: i più svantaggiati guadagnano più di quanto i più avvantaggiati perdono.

Secondo il *Principio di Non-Antieguagliarismo* una popolazione perfettamente egualitaria è meglio di una pari popolazione che presenta disuguaglianze e che ha un livello medio (e dunque totale) di benessere inferiore¹⁷. Il Principio di Non-Antieguagliarismo si limita a sostenere che l’innalzamento del livello di benessere dei più sfortunati che non si risolve in un pregiudizio per il benessere totale dell’intera comunità ha un valore positivo. Si tratta di un principio chiaramente attraente. Il fatto che una teoria morale, o un principio, non abbia esiti anti-egualitari – che rispetti il Principio di Non-Antieguagliarismo – sembra essere una condizione di ammissibilità di quella teoria o principio. B sembra dunque migliore di A+.

A+, tuttavia, appare *almeno tanto buono quanto* A¹⁸. A+ è peggiore di A secondo il Principio di Utilità Media, per cui la popolazione migliore è quella con il benessere medio (pro capite) più elevato. Il Principio della Media, tuttavia, dà esiti contro-intuitivi. Immaginiamo che una coppia si stia interrogando sull’opportunità di avere un figlio. Seguendo il Principio della Media, la coppia dovrebbe chiedersi non solo quale sarà verosimilmente il livello di benessere del figlio, ma anche la variazione del benessere medio che l’aggiunzione di questa nuova persona determinerebbe. Così, vi sarebbe una ragione per astenersi dall’avere un figlio che avrà un livello di benessere molto elevato, qualora il benessere medio delle *altre* persone sia ancora più elevato; e, specularmente, potrebbe esservi una ragione per avere un figlio che avrà un livello di benessere negativo – una vita tormentata – qualora il benessere medio delle altre persone sia ancora più basso¹⁹ – variabilità del valore contributivo di una vita, ci torneremo in §3.

¹⁵ Potrebbe aversi ingiustizia sociale qualora la disuguaglianza fosse nota al gruppo avvantaggiato e rimediabile. Parfit non si dilunga sul punto (PARFIT 1984, 419 s.).

¹⁶ PARFIT 1984, 422, 425 ss. Il Maximin nella filosofia politico-morale della seconda metà del ‘900 svolge un ruolo chiave nella teoria della giustizia di Rawls (RAWLS 1971).

¹⁷ Così in NG 1989, 238. La formulazione qua usata è tratta da ARRHENIUS 2000b, 70.

¹⁸ Parfit in proposito usa l’espressione “*non peggiore*”, con l’intento di sollevare un problema di vaghezza nella comparazione tra A e A+ (PARFIT 1984, 426, 430-432). Nell’usare l’espressione “*almeno tanto buono quanto*” nel contesto della presentazione del problema, mi allineo ad ARRHENIUS 2016, 175.

¹⁹ PARFIT 1984, 420-422.

A+ potrebbe essere peggiore rispetto al principio del Maximin, per cui la popolazione migliore è quella in cui i più svantaggiati stanno meglio – si noti che in A, regnando l'eguaglianza, i più svantaggiati corrispondono ai più avvantaggiati. Questa conclusione, tuttavia, non sembra solida. Se prendiamo in esame due scenari con lo stesso numero di persone, lo scenario in cui i più svantaggiati stanno meglio è anche lo scenario in cui vi sono *più persone* che stanno meglio rispetto ai più svantaggiati dell'altro scenario. Se, in un ipotetico scenario X, metà della popolazione ha benessere 100 e l'altra metà ha benessere 50, mentre nello scenario Y metà della popolazione ha benessere 100 e l'altra metà 20, allora è vero sia che nella prima popolazione i più svantaggiati stanno meglio, sia che nella prima popolazione vi sono più persone che stanno meglio di chi ha benessere 20 nel secondo scenario. Ciò non è però vero quando consideriamo casi di mera addizione. Sebbene sia vero che in A tutti stanno meglio rispetto ai più svantaggiati in A+, non è vero che in A vi sono più persone che stanno meglio dei più svantaggiati in A+; invero, l'esistenza dei più svantaggiati in A+ è semplicemente frutto del fatto che la popolazione A+ è maggiore di quella di A.

Ora, che in uno scenario vi siano più persone che stanno meglio dei più svantaggiati dell'altro scenario è chiaramente una buona caratteristica di quello scenario. In questi casi, comparazione X *versus* Y, il Maximin ha rilevanza – possiamo dire anche che il Maximin riconosce salienza alla circostanza che in Y c'è chi ha un livello di benessere inferiore a quello di chi vive in X. Ma che in uno scenario il benessere dei più svantaggiati sia più elevato che nell'altro, solo perché si è fatto a meno di creare altre persone possibili che avrebbero avuto una vita degna di essere vissuta, non sembra una buona caratteristica di quello scenario. In questi casi, comparazione A *versus* A+, il Maximin non ha rilevanza²⁰ – oppure il Maximin *non* riconosce salienza alla circostanza che in A+ c'è chi ha un livello di benessere inferiore a quello di chi vive in A²¹.

Chiamiamo “*Principio della Mera Addizione*” il principio secondo il quale la semplice aggiunta di persone con vite degne di essere vissute non può peggiorare il valore morale di uno scenario²² – A+ è almeno tanto buono quanto A. Pure il Principio della Mera Addizione sembrerà a molti essere una condizione di accettabilità di ogni teoria o principio morale degno di considerazione.

Se B è migliore di A+, e A+ è almeno tanto buono quanto A, segue che B è anche migliore di A. Possiamo ripetere il processo che abbiamo visto con la popolazione B: effettuando una mera addizione, otteniamo una popolazione B+ che sarà almeno tanto buona quanto B; vi sarà poi una popolazione C che sarà migliore di B+ e dunque migliore di B e di A. Possiamo ripetere il processo con C e poi con D e così via fino a trovare una popolazione Z che sarà migliore di A²³. Otterremmo allora che Z sia migliore di A, ma questo equivale a violare il requisito di accettabilità che ci eravamo posti in partenza, ossia il *Rigetto della Conclusione Ripugnante*.

I passaggi intermedi tra A, A+ e Z sono stati riportati per descrivere il problema a cui stiamo andando incontro quasi nei termini originari con cui venne posto da Parfit²⁴. A scopo semplificativo, possiamo ignorare i passaggi intermedi, e fare riferimento d'ora in avanti alla seguente comparazione (Fig.3), dove, per le ragioni esposte precedentemente, A+ sarà almeno tanto buono quanto A e Z (non più B) sarà migliore di A+:

²⁰ PARFIT 1984, 422 ss.

²¹ Abbiamo due concezioni rivali sul punto. Secondo la prima il Maximin non avrebbe rilevanza nella comparazione tra A e A+ – questa è la concezione che sembra adottare Parfit. In base alla seconda concezione il Maximin rilevarebbe sempre ma non riconoscerebbe salienza alla circostanza che in A+ ci sono persone con un livello di benessere inferiore a quello delle persone che vivono in A – questa concezione si ritrova in TEMKIN 2012, 404. Peraltro Temkin argomenta come la distinzione non abbia grande rilevanza pratica, TEMKIN 2012, 445 ss.

²² NG 1989, 238; ARRHENIUS 2000b, 60.

²³ ARRHENIUS 2016, 175.

²⁴ Quella riportata è “quasi” la versione originale del problema. Infatti, secondo Parfit A+ e A sono solo vagamente l'uno non peggiore dell'altro (v. nt.18).

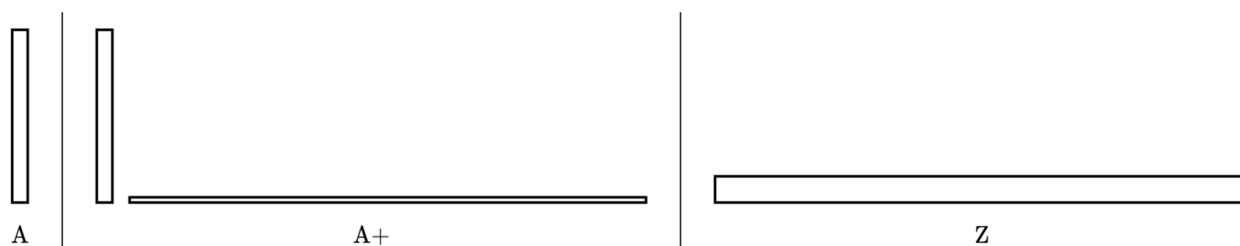


Fig. 3

Abbiamo dunque tre requisiti di accettabilità di una plausibile teoria morale: (i) il Rigetto della Conclusione Ripugnante; (ii) il Principio di Non-Antieguagliarismo; (iii) il Principio della Mera Addizione. Sebbene ciascuno di questi tre principi abbia grande plausibilità, insieme considerati si rivelano contraddittori. Infatti, per via del Rigetto della Conclusione Ripugnante, A è meglio di Z; per via del Principio di Non-Antieguagliarismo, Z è meglio di A+; ma, per il Principio della Mera Addizione, A+ è almeno tanto buono quanto A. Se teniamo fermo il Rigetto della Conclusione Ripugnante – A è meglio di Z – e il Principio di Non-Antieguagliarismo – Z è meglio di A+ –, allora, per *transitività*, dovrebbe seguire che A+ sia peggiore di A – ma questo equivarrebbe a negare il Principio della Mera Addizione. D'altra parte, se teniamo fermo il Principio della Mera Addizione – A+ è almeno tanto buono quanto A – allora, per *transitività* o *sostituzione*, qualsiasi scenario migliore di A+ sarà migliore anche di A, e qualsiasi scenario peggiore di A sarà peggiore anche di A+. Mettiamo, allora, di voler preservare il Principio di Non-Antieguagliarismo: essendo Z migliore di A+, seguirebbe che Z è migliore di A – avremmo allora violato la condizione del Rigetto della Conclusione Ripugnante. Mettiamo, invece, di voler preservare il Rigetto della Conclusione Ripugnante: essendo Z peggiore di A, seguirebbe anche che Z sia peggiore di A+ – ma ciò equivale alla violazione del Principio di Non-Antieguagliarismo²⁵.

Conclusione. Chiamiamo *Paradosso della Mera Addizione* la dimostrazione della contraddittorietà di queste tre intuizioni comuni – (i) il Rigetto della Conclusione Ripugnante; (ii) il Principio di Non-Antieguagliarismo; (iii) il Principio della Mera Addizione²⁶. Una di queste intuizioni deve essere abbandonata. Ma quale?

Una precisazione. Il Paradosso della Mera Addizione parrebbe essere un *conflitto* tra valori. Invece, secondo Parfit, esso illustra una *contraddizione* tra giudizi morali. Chiariamo. Quando vi è una pluralità di principi o valori in gioco è possibile che questi confliggano: l'azione X è sorretta dal principio P₁, ma va contro il principio P₂. Quando si manifestano conflitti di questo genere possiamo trovarci spaesati – non sapere se dobbiamo o no fare X – senza che i nostri giudizi siano contraddittori. Per quanto difficile possa sembrare in certi casi, dobbiamo chiarirci se X, che è *prima facie* una buona azione per via di P₁, sia anche una buona azione *tutto considerato* – chiarirci se il danno in termini di P₂ sia più che compensato dal vantaggio in termini di P₁. Nel Paradosso della Mera Addizione le cose non stanno così. Quando, ad esempio, diciamo che, per il Principio della Mera Addizione, A+ è almeno tanto buono quanto A, non vogliamo dire che *prima facie* A+ è almeno tanto buono quanto A rispetto al valore del benessere totale, ma potrebbe non esserlo *tutto considerato* perché A è meglio di A+ rispetto, ad

²⁵ Seguendo TEMKIN (1987, 143 s.), la relazione “x è meglio di y secondo il valore c” è transitiva nel senso che «Given any concept c, for all x, y, and z to which c is appropriately applied, if x is c-better than y, and y is c-better than z, then x is c better than z». La relazione “x è almeno buono quanto y secondo il valore c” sussiste se alternativamente sussiste la relazione “x è meglio di y secondo il valore c” o “x è equivalente a y secondo il valore c”. La relazione “x è equivalente a y secondo il valore c” è sottoposta al *principio di sostituzione*, che recita «Given any concept c, for all x, y, and z to which c is appropriately applied, if x is as c-good as, or c-equivalent to y, then however x c compares to z, that is how y c-compares to z» (anche in TEMKIN 2012, 368). Dunque, la relazione “x è almeno buono quanto y secondo il valore c” permette di fare la seguente inferenza «If x is c-better than y, and y is at least as c-good as z, then x is c-better than z». Sulla transitività torneremo in §7.

²⁶ PARFIT 1984, 425 ss.

esempio, al Maximin. Quando diciamo che, per il Principio della Mera Addizione, $A+$ è almeno tanto buono quanto A , vogliamo dire che, mentre vi sono considerazioni a favore di $A+$ contro A – in $A+$ il benessere totale è maggiore che in A –, non vi sono considerazioni a favore di A contro $A+$ – come abbiamo visto sopra, il Maximin non è moralmente rilevante in presenza di una mera addizione. In altri termini, $A+$ sembra essere almeno tanto buono quanto A tutto considerato. E così anche A sembra essere migliore tutto considerato rispetto a Z , e Z rispetto a $A+$ ²⁷.

Secondo l'Utilitarismo Classico (PUT) possiamo fare del bene creando nuove vite con benessere positivo. PUT implica la Conclusione Ripugnante; ciò può essere inteso come una confutazione di PUT. Tuttavia, come abbiamo visto in questo paragrafo, il Paradosso della Mera Addizione non presuppone che vi sia valore nella creazione di vite con benessere positivo: $A+$ è semplicemente almeno tanto buono quanto A . La lezione appresa è, pertanto, che per rigettare la Conclusione Ripugnante non possiamo solo prendere le distanze dall'Utilitarismo Classico – PUT –, ma sembrerebbe che dovremmo anche abbandonare o il Principio della Mera Addizione, o Non-Antiegalitarismo. I problemi dell'etica della popolazione non riguardano solo l'Utilitarismo²⁸.

Dal prossimo paragrafo esamineremo alcuni tentativi di soluzione del problema.

²⁷ PARFIT 1984, 427; per una riconsiderazione del Paradosso della Mera Addizione in chiave di conflitto nella cornice di una morale pluralista TEMKIN 2012, 366, e 394 ss. Tuttavia forse una parziale abiura di questa distinzione si ritrova proprio in uno scritto tardo di Parfit in difesa del Perfezionismo (PARFIT 2016, 123 ss.), avremo modo di tornare sul punto §5.

²⁸ Certe persone potrebbero ritenere che A sia migliore di Z , ma che B (Fig.2) sia migliore di A : un mondo di miliardi di persone con benessere molto alto è meglio di un mondo composto da molte meno persone con un livello di benessere leggermente ancora più alto. Per queste persone la prima versione considerata del Paradosso della Mera Addizione – quella con la reiterazione delle mere addizioni (Fig.2, appunto) – nasconde un problema diverso da quello che si presenta nella seconda versione (Fig.3). Nella seconda versione, per loro, avremmo una tensione tra il Principio di Mera Addizione, il Principio di Non-Antiegalitarismo e il Rigetto della Conclusione Ripugnante. Nella prima, invece, il Principio di Mera Addizione e il Principio di Non-Antiegalitarismo fungerebbero da argomenti in favore di una conclusione ben accetta in sé e per sé: che B sia migliore di A . Il problema consisterebbe allora nella reiterazione delle mere addizioni seguite da redistribuzioni del benessere, che condurrebbero, per transitività-sostituzione, a concludere che Z sia migliore di A . In questo caso, avremo un *Problema a Spettro*: B è migliore di A , e pure C è migliore di B , D è poi migliore di C , e così via, però Z è peggiore di A . Qualcuno potrebbe credere che un simile Problema a Spettro sia analogo al *Paradosso del Sorite*. In una versione nota del Paradosso del Sorite, può mostrarsi come una persona sia allo stesso tempo capelluta e calva – esito paradossale. La premessa è che un singolo capello non può fare la differenza sul se una certa persona sia capelluta o calva. A questo punto si immagina uno spettro di mutazioni: a un estremo vi è una persona decisamente capelluta; segue una sequenza per cui, in ciascuno stato, la persona perde un capello; all'altro estremo vi è una persona completamente calva. Ebbene, se rimuoviamo un capello dalla persona capelluta, è vero che quella persona resta capelluta. E lo stesso sarà vero se reiteriamo la rimozione di singoli capelli – infatti, la premessa da cui siamo partiti è che un singolo capello non può fare la differenza sul se una persona sia capelluta o meno. Così facendo, tuttavia, percorreremo tutto lo spettro delle mutazioni fino ad arrivare a uno stato in cui la persona è completamente calva, eppure la si dovrà dire ancora capelluta. Una premessa convincente – un singolo capello non può fare la differenza sul se una certa persona sia capelluta o calva – ha generato un esito assurdo – una persona è, allo stesso tempo, capelluta e calva. Il Problema a Spettro però non è affatto analogo al Paradosso del Sorite. Nel Paradosso del Sorite, per via della vaghezza insita nel concetto di “persona capelluta”, possiamo dire che una persona capelluta che perde un capello resta ancora una persona capelluta – sebbene patisca la perdita di un capello la persona capelluta resta una persona capelluta. Nel nostro problema a Spettro le cose sono completamente diverse. Per coloro che trovano B migliore di A , ma Z peggiore di A , man mano che si procede lungo lo spettro – aumentando di molto la popolazione e diminuendo leggermente il benessere medio –, il valore morale della popolazione va aumentando, però – questo l'esito paradossale – arrivati alla fine dello spettro (Z) il valore morale è inferiore a quello della popolazione di partenza (A). Sarebbe come se dicessimo che ogni qual volta rimuoviamo un capello alla persona capelluta questa diventa ancora più capelluta. Uno schema diverso da quello del Paradosso del Sorite – là, ogni volta che rimuoviamo un capello, la persona resta ancora una persona capelluta, ma non certo una persona più capelluta di prima – e certamente ben più misterioso (TEMKIN 2012, 277-284).

3. Il Principio del Valore Variabile

Chiamiamo “*valore contributivo di una vita*” il valore conferito a una data popolazione dall’aggiunzione di quella vita, e “*valore personale di una vita*” il risultato della somma algebrica delle componenti positive e negative del benessere²⁹. Secondo PUT il valore contributivo di una vita è pari al valore personale – se ed, eventualmente, quanto sia positivo dipenderà dal risultato della somma algebrica – e non dipende dal livello di benessere delle altre persone che esistono. Chiamiamo questa caratteristica di PUT “*Invarianza del valore contributivo*”. Il Principio della Media si basa su una logica opposta: il valore contributivo varia a seconda del benessere delle altre persone che esistono; l’aggiunzione di una vita con benessere anche molto alto ha valore contributivo negativo qualora riduca il benessere medio della popolazione³⁰. Anche le varie versioni del Principio del Valore Variabile negano – al pari del Principio della Media – l’Invarianza del Valore Contributivo: per stabilire il valore dell’aggiunzione di una persona dobbiamo guardare al benessere, del tutto indipendente, delle altre persone che compongono la popolazione di riferimento. Un tratto distintivo delle varie versioni del Principio del Valore Variabile risiede nell’attribuire, in modi diversi, *valore marginale decrescente* all’aggiunzione di vite³¹ con benessere positivo³²: una vita con benessere positivo avrà più valore quando la popolazione cui si va ad aggiungere è piccola, meno valore quando è grande. Come conseguenza di ciò, quando l’aggiunzione riguarda una popolazione piccola, il Principio del Valore Variabile tende ad assomigliare al Principio Totale – aggiunzioni di persone con benessere positivo contribuiranno al valore della popolazione in misura più o meno pari al loro valore personale³³ –; mentre, quando la popolazione è già grande, assomiglia sempre più al Principio della Media – per valutare il valore dell’aggiunzione bisognerà sempre più fare riferimento alle altre vite che compongono la popolazione.

Qui analizzeremo una sola versione del Principio del Valore Variabile – che chiameremo, generalizzando per comodo, PVV. Secondo PVV aggiungendo vite con benessere positivo possiamo aumentare il valore della popolazione; tuttavia, per ogni livello di benessere medio, vi è un limite al valore che una popolazione può avere a *quel* livello di benessere, non importa quanto grande possa essere la popolazione. Una volta approssimatisi al proprio valore limite – collegato al benessere medio –, che la popolazione cresca ulteriormente dieci, cento o mille volte non farà alcuna differenza: nessuna aggiunzione di vite a quel livello di benessere gli permetterà di superare il limite.

Maggiore è il benessere medio di una popolazione, maggiore sarà il valore limite che potrà raggiungere. Se immaginiamo due livelli di benessere molto diversi, uno molto alto e l’altro molto basso, e due popolazioni tanto grandi da approssimarsi al limite del valore che ciascuna può avere in considerazione del proprio livello di benessere medio, la popolazione con alto livello di benessere prossima al suo limite avrà un valore superiore rispetto a quella con basso livello di benessere, anche se quest’ultima sia numericamente molto maggiore. Dunque, data una popolazione con alto livello di benessere medio e una con basso livello di benessere medio, la seconda potrà essere migliore della prima solo qualora la prima sia lontana dal proprio limite: in quest’ultimo caso, infatti, la presenza, nella seconda popolazione, di molte più vite con

²⁹ ARRHENIUS 2000b, 7; BROOME 2004, 208.

³⁰ CARLSON 1998, 290.

³¹ GREAVES 2017, 4.

³² La precisazione è tratta da ARRHENIUS et al. 2017. È possibile concepire versioni del Principio del Valore Variabile che attribuiscono valore marginale decrescente anche al benessere negativo. Non prenderò in esame il caso. Sull’inopportunità di attribuire valore marginale decrescente anche alle aggiunzioni di vite con benessere negativo, CARLSON 1998, 295.

³³ Hurka delinea un Principio del Valore Variabile in cui l’aggiunzione di una vita a una popolazione molto piccola ha valore maggiore di quella che gli assegnerebbe persino il Principio Totale (HURKA 1983, 502).

benessere positivo può essere decisiva. Allora, per PVV, A è meglio di Z. Infatti, essendo A una popolazione di miliardi di persone, il suo limite può dirsi approssimato³⁴.

PVV viola dunque il Principio della Mera Addizione. Se abbiamo una popolazione con livello di benessere alto già prossima al suo limite (A) e la compariamo a una popolazione alternativa data dalla mera addizione di un certo numero di persone con benessere più basso (A+), avendo A+ un benessere medio inferiore, A+ sarà peggiore di A. In un caso del genere, una mera addizione fa precipitare il benessere medio e il limite del valore della popolazione. L'intento di PVV è però proprio quello di *circoscrivere* la violazione del Principio di Mera Addizione ai casi più accettabili: la violazione del Principio di Mera Addizione avviene solo quando si aggiungono ulteriori persone a popolazioni già molto grandi; secondo PVV, se immaginiamo una popolazione molto piccola, un aumento della popolazione sarebbe auspicabile anche se accompagnato da una contrazione del livello di benessere medio³⁵.

Gli esiti contro-intuitivi di PVV non si arrestano alla violazione (contenuta) del Principio della Mera Addizione. Problematica potrebbe risultare l'individuazione dei vari valori limite – e dei coefficienti di decrescita del valore marginale – di ciascuna popolazione. Sarà mai possibile fare ricorso a criteri convincenti?³⁶ Tuttavia, ancora prima che questo problema possa prendere corpo, se ne deve notare un altro. PVV implica la Conclusione Sadica.

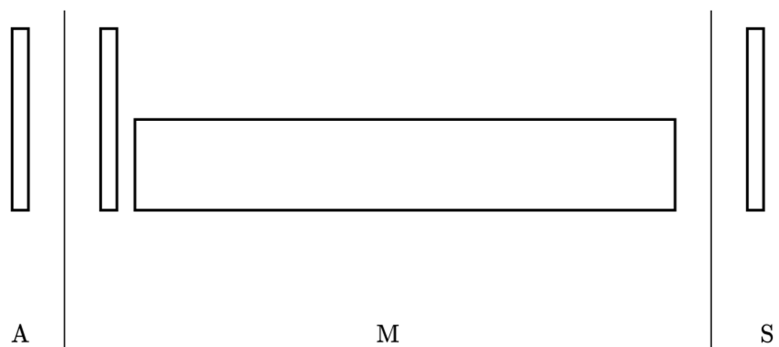


Fig. 4

³⁴ GREAVES 2017, 4. In altri termini, mentre il valore di una popolazione nel Principio della Media è pari al livello di benessere medio (B) e per il Principio Totale è pari al prodotto del benessere medio per il numero delle persone esistenti (nB), nel PVV il valore di una popolazione è dato dalla funzione $f(n)B$, per cui il valore di uno scenario non viene aumentato quando – in prossimità del limite che una popolazione con un certo livello di benessere avrebbe, ossia nel caso di popolazioni già molto grandi – si aggiungessero vite che aumentano il benessere totale ma diminuiscono il benessere medio, ARRHENIUS 2000b, 60. Questa versione del Principio del Valore Variabile è stata elaborata da NG 1989, sebbene l'autore tenga a precisare che a suo avviso non costituisce una soluzione al Paradosso della Mera Addizione – viola, infatti, come vedremo subito il Principio di Mera Addizione –, quanto ciò che di più vicino possa esserci a una soluzione qualora non si voglia semplicemente accettare la Conclusione Ripugnante, NG 1989, 242-244, 249. Un principio molto simile a quello elaborato da Ng è stato difeso in HURKA 1983. TEMKIN (2012, 328 ss.) delinea una concezione simile al PVV in rapporto non alla mera aggregazione del benessere, quanto alla aggregazione e comparazione di molteplici ideali nel contesto di un'etica pluralista.

³⁵ NG 1989, 249. HURKA (1983, 502) ritiene che il PVV sia il principio che meglio dà conto del dovere che gli eventuali superstiti di una catastrofe planetaria avrebbero di aumentare la popolazione umana.

³⁶ Qui bisogna distinguere tra il limite del valore di una popolazione – relativamente al livello di benessere medio – ed il limite delle persone che compongono quella popolazione. Mentre PVV prevede un limite al valore della popolazione, non prevede un limite al numero delle persone con benessere positivo che compongono una data popolazione. Il limite può funzionare in modi diversi. Nella versione da me riportata il limite non viene mai raggiunto ma solo approssimato: l'aggiunzione di vite, che non modificano il livello di benessere medio della popolazione (altrimenti il limite cambierebbe), perde valore ma mantiene sempre un valore positivo; tuttavia il valore va diminuendo così rapidamente in prossimità del limite che il limite non può mai essere raggiunto. Secondo questa versione, aggiunzioni di vite con benessere positivo in prossimità del limite sono pressoché irrilevanti. Possiamo immaginare un'altra versione – più semplice –, in cui il limite viene raggiunto e l'aggiunzione di ulteriori persone (che, sempre, non modificano il benessere medio della popolazione) ha perso del tutto il suo valore. In entrambi i casi, comunque, il limite – ed il connesso problema della sua arbitrarietà – attiene al valore della popolazione e non alla popolazione stessa.

Fig. 4

In A – dove ciascuno ha un livello di benessere molto alto – vivono già miliardi di persone. Dato che il limite rispetto a quel livello di benessere medio è stato raggiunto, aggiunzioni di ulteriori persone con benessere – positivo, ma – inferiore alla media si tradurranno in un decremento del valore della popolazione di partenza. Può allora darsi un numero di persone aggiuntive con benessere positivo che andrebbero a diminuire il valore di A di più di quanto non lo farebbe l'aggiunzione di un minor numero di persone con benessere negativo. M è peggio di S. In altri termini, PVV ammette che sarebbe meglio, in certi casi, aggiungere vite tormentate – vite degne di non essere vissute – che aggiungere un numero maggiore di vite con benessere positivo. Una conclusione contro-intuitiva³⁷.

4. Il Principio del Livello Critico

Secondo il Principio del Livello Critico (PLC) una vita ha valore contributivo positivo se il benessere contenuto in quella vita supera un certo livello – il livello critico appunto – che è maggiore del livello zero – il livello in cui le componenti positive e negative del benessere si compensano³⁸. PLC riflette il principio dell'Invarianza del Valore Contributivo – diversamente dal Principio della Media e dal PVV, similmente al Principio Totale – e non implica la Conclusione Ripugnante³⁹. Z è un mondo in cui ciascuno conduce una vita che è appena degna di essere vissuta; una vita del genere è certamente sotto il livello critico e dunque non contribuisce positivamente al valore della popolazione – Z non ha valore positivo. Invece, A è un mondo in cui la qualità della vita è molto alta; chi vive in A ha una vita sopra il livello critico ed esistendo contribuisce positivamente al valore della popolazione – A ha valore positivo. Diverse versioni del Principio del Livello Critico assegnano un diverso valore alle vite sotto il livello critico.

Qualora alle vite sotto il livello critico assegniamo valore pari a zero – valore neutrale – incorriamo in una violazione del Principio di Non-Antieguagliarismo: se consideriamo una popolazione i cui membri hanno vite appena sotto il livello critico, sarebbe meglio che esistesse una popolazione di egual numero in cui un singolo individuo abbia un livello di benessere appena sopra il livello critico e tutti gli altri abbiano vite con un livello di benessere pari a zero⁴⁰.

Se alle vite sotto il livello critico attribuiamo, invece, valore negativo⁴¹ – per cui il valore contributivo di ciascuna vita sarà pari alla differenza tra il livello critico e il valore personale di quella vita –, PLC non violerà il Principio di Non-Antieguagliarismo. Questa versione di PLC costituisce una deroga al Principio di Mera Addizione: alcune mere addizioni aumenteranno il valore della popolazione, quelle sopra il livello critico, altre – quelle sotto il livello critico – lo diminuiranno. Sebbene questa soluzione possa sembrare a prima vista un compromesso accettabile, essa ingenera la Conclusione Sadica: se, infatti, l'aggiunzione di vite con benessere positivo ma inferiore al livello critico ha valore contributivo negativo, allora per ogni mondo in cui esistono solo persone con vite tormentate – vite con benessere largamente negativo – si dà un mondo in cui esistono molte più persone con benessere positivo ma inferiore al livello critico, tale che il secondo mondo è peggiore del primo⁴². Per contenere

³⁷ ARRHENIUS 2000b, 63 ss.; CARLSON (1998, 301 ss.) difende la Conclusione Sadica in certi casi. SIDER (1991) ha difeso una versione del Principio del Valore Variabile – quella qua analizzata è infatti solo una versione del Principio del Valore Variabile – che non va incontro alla Conclusione Sadica, ma questa versione dà esiti contrari al Principio di Non-Antieguagliarismo (ARRHENIUS 2000b, 67-71).

³⁸ ARRHENIUS et al. 2017.

³⁹ CARLSON 1998, 292; GREAVES 2017, 6

⁴⁰ Così CARLSON 1998, 292; questa versione del Principio del Livello Critico è discussa in PARFIT (1984, 412 s.) e criticata su altre basi.

⁴¹ Così BLACKORBY, BOSSERT, DONALDSON 1997, 202; vedi anche BROOME 2004, 209-212.

⁴² ARRHENIUS 2000b, 73.

il problema posto dalla Conclusione Sadica può ipotizzarsi che il livello critico sia abbastanza basso – prossimo al livello in cui il benessere ha valore zero. Tuttavia, così congegnandolo, si espone PLC sostanzialmente alla Conclusione Ripugnante. In generale: più alziamo il livello critico, più vite con benessere positivo avranno valore contributivo negativo, più ci terremo lontani dalla Conclusione Ripugnante, ma anche via via peggiori saranno le istanze della Conclusione Sadica che verranno implicate; e, per converso, più teniamo basso il livello critico – vicino al livello zero – meno la Conclusione Sadica costituirà un problema, ma più ci avvicineremo alla Conclusione Ripugnante⁴³.

Secondo una terza versione di PLC il livello critico non sarebbe unico, ma costituito da una *banda* di livelli di benessere con il livello zero come limite inferiore e un livello $x > 0$ come limite superiore. Nel momento in cui vengono confrontate due popolazioni di diversa grandezza, una popolazione potrà dirsi migliore dell'altra solo se risulta migliore per ognuno dei livelli critici che compongono la banda⁴⁴. Qualora però una popolazione sia migliore di un'altra rispetto ad alcuni dei livelli critici della banda, ma peggiore rispetto agli altri, allora la relazione assiologica tra le due popolazioni sarà *vaga, incommensurabile, imprecisa* – non distinguo tra questi casi⁴⁵.

Nemmeno questa terza versione di PLC rappresenta una soluzione soddisfacente. Compariamo A e Z (Fig. 1). Dato che, per certi livelli critici della banda, A è migliore di Z, ma, per altri, Z è migliore di A – ricordiamo infatti che la banda di livelli critici ha come limite inferiore zero, e che dunque vi sono livelli critici tanto bassi da attribuire un maggiore valore a Z –, seguirà che A e Z sono incommensurabili, o intrattengono una relazione imprecisa, vaga. Avremo una forma attenuata della Conclusione Ripugnante. Lo stesso dicasi per la comparazione tra M e S (Fig. 4). Anche in questo caso vi saranno livelli critici in cui M è migliore di S, ma, se il limite superiore della banda è abbastanza alto, vi saranno anche livelli critici in cui S è migliore di M. Le due popolazioni saranno allora incommensurabili o intratterranno una relazione imprecisa, vaga – avremo una versione attenuata della Conclusione Sadica. La banda di livelli critici crea una voragine che ingoia molti dei nostri giudizi assiologici⁴⁶.

5. Il Principio Lessicale

Archiviato PLC, consideriamo una terza ipotesi risolutiva, difesa da Parfit fino ai suoi ultimi anni. Secondo il Principio Lessicale (PLE), tra le vite con benessere positivo, dobbiamo distinguere vite

⁴³ BROOME 2004, 213.

⁴⁴ A tal proposito varranno le regole appena viste per la seconda versione del PLC: per stabilire se una popolazione sia migliore dell'altra dato un certo livello critico, si calcolerà il valore contributivo di ciascun membro delle popolazioni determinando la differenza (positiva o negativa) tra il suo valore personale ed il livello critico. Ragioneremo come se quel livello critico fosse l'unico, per poi passare al successivo e fare altrettanto.

⁴⁵ BLACKORBY et al. 1997, 216 ss. (vedi anche ARRHENIUS 2000, 74 ss.). Per fare un esempio, ipotizziamo che la banda dei livelli vada da 0 a 10, abbiamo due popolazioni: A (4,4,...,4,4,Ω) e B (4,4,...,4,2,4) dove ogni numero corrisponde a milioni di individui a un determinato livello di benessere – 4 o 2 –, e la Ω indica l'assenza di individui. A è dunque una popolazione inferiore per numero rispetto a B, ma con una qualità media della vita più alta. Per chiederci se A sia migliore di B, dobbiamo chiederci se A sia migliore di B qualora il livello critico fosse 1, poi qualora fosse 2, poi 3 e così via fino al livello 10. Emerge che A è migliore di B solo se il livello critico è superiore a 2: infatti per i valori (v) superiori a 2 sarà vero che $(4-v) > (2-v) + (4-v)$ – si noti che per raffrontare A e B, basterà comparare le ultime due coppie di valori, essendo in ogni altro aspetto popolazioni identiche. Questo vuol dire che A è meglio di B per tutti i livelli critici che vanno da 3 a 10, mentre B è meglio di A per i livelli che vanno da 0 a 2. Siccome nessuna delle due popolazioni è migliore dell'altra per tutti i livelli critici rilevanti, si deve concludere che le due popolazioni sono incommensurabili, o che intrattengono rapporti assiologici vaghi (BROOME 2004, 202-205).

⁴⁶ Così ARRHENIUS 2000, 75 s. Sulla distinzione tra incommensurabilità e vaghezza, BROOME 2004, 165 ss.; sia l'indeterminatezza (p. 170) sia la vaghezza (p. 182, 202 ss., 213) generano la voragine che ingoia fin troppi giudizi assiologici. Broome mostra anche come questa versione di PLC implichi che una popolazione maggiore possa essere peggiore di una popolazione minore con un livello di benessere pure minore: un cataclisma che riducesse la popolazione mondiale e diminuisse il benessere di alcuni dei superstiti sarebbe un evento auspicabile (si rimanda per la dimostrazione a BROOME 2004, 204).

eccelse e vite non-eccelse: per quanto l'aggiunzione di vite non-eccelse abbia sempre valore positivo e per quanto alto possa essere il valore aggregato delle vite non-eccelse, il valore delle vite non-eccelse non potrà mai superare il valore di un qualsiasi numero – o di un numero qualificato – di vite eccelse⁴⁷. Notiamo come, seguendo PLE, *qualsiasi* vita degna di essere vissuta, anche una vita non-eccelsa, contribuisce positivamente a conferire valore a una data popolazione – in ciò la differenza rispetto a PLC – e il suo contributo non diminuisce, né altrimenti varia, in ragione del benessere degli altri componenti della popolazione. Non vi è un limite al valore di una popolazione composta da vite non-eccelse – in ciò la differenza rispetto a PVV e al Principio della Media.

Secondo PLE, A sarebbe meglio di Z: infatti, A è composto solo da vite eccelse, mentre nessuna vita di Z è una vita eccelsa. In questo senso PLE evita la Conclusione Ripugnante. Tuttavia, PLE viola platealmente il Principio di Non-Antiegalitarismo: dato il mondo A+ in cui una certa minoranza di persone ha vite eccelse, mentre la stragrande maggioranza ha vite appena degne di essere vissute (Fig.3.), questo mondo sarebbe migliore – per via del valore della minoranza eccelsa – di un mondo Z, composto da persone con un livello di benessere molto basso – sebbene superiore a quello dei più svantaggiati di A+ – in cui il benessere medio e totale è maggiore di quello di A+⁴⁸.

Se si ragiona solo in termini di benessere e a fare la differenza tra una vita eccelsa e una non-eccelsa è soltanto la quantità di benessere, PLE appare anti-egualitario, elitario e davvero contro-intuitivo. Una difesa di PLC presuppone il riconoscimento di valori diversi dal benessere: valori di carattere estetico, come il raggiungimento dell'eccellenza artistica, ma anche la sperimentazione di relazioni affettive sofisticate – *Perfezionismo*. Si dirà che A e Z non differiscono solo per il numero di persone esistenti e il loro livello di benessere. Si specificherà che A è un mondo in cui esiste più arte, più acume, più purezza nelle amicizie, più romanticismo nelle relazioni sentimentali – più cose belle –, mentre Z è un mondo in cui la vita, riassumendola con un'immagine, è musica da sala d'attesa e patate (“muzak and potatoes”⁴⁹).

Si noti, questa mossa equivale a cambiare i termini del problema del Paradosso della Mera Addizione come finora posti. In sì abbiamo detto che le popolazioni comparate – in primo luogo, A e Z – presentano una diversa dimensione e un diverso livello di benessere, mentre altre caratteristiche di queste due popolazioni sono tenute costanti e non hanno, dunque, rilevanza – clausola *ceteris paribus*. Invocare la perdita di valori perfezionisti nel passaggio da A a Z equivale a scorporare questi valori dalla clausola *ceteris paribus* – A e Z sono diverse *anche* perché in Z ci sono molte meno cose belle di quante ve ne siano in A. Questa rappresentazione di A e Z non è necessaria: potremmo immaginare che in Z esistano le stesse cose belle che esistono in A – ma-

⁴⁷ PARFIT 1984, 413 ss. Secondo questa qualificazione del PLE non esiste un numero di vite non-eccelse che superi il valore contributivo di una singola vita eccelsa. PLE è il principio che, in suoi successivi lavori, Parfit crede possa offrire una soluzione ai dilemmi dell'etica della popolazione. In questi suoi successivi lavori (PARFIT 1986, 162; PARFIT 2016, 112), Parfit adotta in relazione al PLE la clausola per cui il mondo A sarebbe comunque composto da miliardi di persone. Secondo questa ultima versione del PLE, non esiste un numero di vite non-eccelse che superi il valore di miliardi di vite eccelse.

⁴⁸ In realtà, PLE ha conseguenze ancora più inegualitarie della mera violazione del Principio di Non-Antiegalitarismo. Una posizione è semplicemente anti-egualitaria qualora ammette che, comparando due popolazioni di eguali dimensioni, si diano *certi* casi in cui la popolazione (i) in cui i più avvantaggiati stanno meglio che nell'altra – in cui i “picchi” di benessere sono più alti – e (ii) con benessere medio (e totale) inferiore sia la popolazione migliore. Un anti-egualitario può però ammettere che in *certi* altri casi la popolazione con benessere medio e totale inferiore ma con più alti picchi sia peggiore dell'altra. Un anti-egualitario può dunque accettare che vi sia un incremento nel benessere di un certo numero di persone che compensi un minimo decremento nel benessere di una persona. PLE va molto oltre: se immaginiamo una prima popolazione, composta da una singola vita eccelsa e da miliardi di altre vite con benessere molto basso, ed una seconda popolazione di egual misura, composta da vite che hanno *quasi* lo stesso benessere della persona con vita eccelsa ma che non sono – per pochissimo – vite eccelse, la prima popolazione sarebbe preferibile alla seconda. In altri termini, PLE nega che vi sia un incremento nel benessere di vite non-eccelse – e che rimangono, per poco, non-eccelse anche dopo l'incremento – che possa compensare il decremento, anche minimo, di, al limite, una sola vita eccelsa, qualora questo decremento renda quella vita non più eccelsa (ARRHENIUS 2000b, 97-100).

⁴⁹ PARFIT 1986, 162

gari che ne esistano anche di più – ma che ciascuno non ne ricavi grande benessere – ad esempio, perché ciascuno in Z vive una vita che è molto breve. La difesa di PLE a mezzo di un’ottica perfezionista funziona *a patto* che intendiamo A come un mondo dall’elevato valore estetico e Z un mondo in cui questo valore è praticamente nullo⁵⁰.

Un primo problema riguarda PLE e il valore del Perfezionismo – un difetto che potrebbe essere colto anche qualora i valori perfezionisti fossero gli unici esistenti, Monismo Perfezionista. A una categoria di fatti può riconoscersi valore lessicalmente superiore a un’altra quando si tratta di categorie molto diverse – il peccato e il dolore sono entrambi dei mali, ma il peccato è più grave di qualsiasi quantità di dolore⁵¹. Tuttavia, una differenza lessicale non sembra appropriata all’interno della medesima categoria. Immaginiamo una vita piena di cose belle. È difficile credere che questa vita abbia un valore lessicalmente superiore a qualsiasi numero di vite in cui *quasi* tutte le stesse cose belle sono presenti⁵².

In risposta a questo problema si invoca il concetto di *imprecisione*. Davanti a certe alternative, come due diverse carriere, sembra assurdo dire che l’una sia migliore, ad esempio, 3,7 volte dell’altra: vi sono casi in cui le uniche verità nel rapporto tra due alternative sono imprecise. Quando due cose sono imprecisamente l’una “*non peggiore*” dell’altra – termine tecnico volto a denotare l’imprecisione –, esiste un terzo termine di comparazione che, sebbene abbia una certa relazione precisa con uno dei primi termini – sia o migliore o peggiore o uguale –, non intrattiene la medesima relazione con l’altro – una deroga alla transitività. L’essere uno scrittore di successo non è peggio del fare carriera come medico, e nemmeno l’essere uno scrittore di successo appena minore è peggio del fare carriera come medico, però l’essere uno scrittore di successo minore è peggio di essere uno scrittore di successo appena maggiore.

Potremmo allora ragionare come di seguito. Data una prima popolazione composta da un certo numero di vite ciascuna piena di beni perfezionistici, possiamo immaginare una seconda popolazione più grande della prima in cui la vita di ciascuno contiene quasi gli stessi beni perfezionistici, tale che la prima popolazione non sarà lessicalmente migliore della seconda, ma solo non peggiore di questa. Se però immaginiamo una terza popolazione maggiore della seconda, in cui la vita di ciascuno contiene ancora meno beni perfezionistici, potrà essere vero che questa terza popolazione, che è solo non peggiore della seconda, sia lessicalmente peggiore rispetto alla prima – eviteremo così la Conclusione Ripugnante⁵³.

Un secondo problema per PLE deriva dal pluralismo etico – questo problema, a differenza del precedente, non riguarderebbe coloro che adottano una forma di Monismo Perfezionista. Prendiamo in esame la seguente alternativa

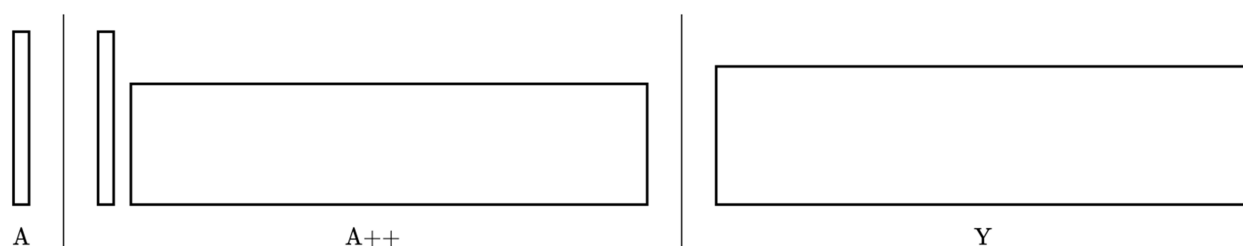


Fig. 5

⁵⁰ PARFIT 2016, 117; PARFIT 1986, 162.

⁵¹ Questa gerarchia dal sapore quantomai inattuale si attribuisce al Cardinale Newman e si adopera come esempio classico della lessicalità (PARFIT 1984, 413 s.).

⁵² PARFIT 1984, 414; PARFIT 2016, 116.

⁵³ PARFIT 2016, 113-121.

Ammettiamo che A++ sia almeno buono tanto quanto A – Principio della Mera Addizione –⁵⁴, se riteniamo anche – Principio di Non-Antieguagliarismo – che Y sia migliore di A++, si dischiude la strada verso la Conclusione Ripugnante – possiamo reiterare le mere addizioni e le redistribuzioni del benessere finché, per transitività, non otterremo che Z sia migliore di A. Chiediamoci se Y non possa essere migliore di A++. Nel contesto di un’etica pluralista, Y è migliore di A++ per quanto concerne il benessere totale, l’eguaglianza e il Maximin, mentre dal punto di vista del Perfezionismo le cose non sono chiare. Nel passaggio da A++ a Y molte delle cose belle della vita andrebbero perse, posto che nessuno raggiungerebbe le eccellenze che contraddistinguono i più fortunati di A++, però molte delle cose belle rimarrebbero. Se dire che Y sia meglio di A++ (tutto considerato) sembra troppo, una soluzione accettabile potrebbe essere quella di dire che Y è non peggiore di A++. Questo basterebbe a evitare la Conclusione Ripugnante. Dal momento che le relazioni assiologiche imprecise derogano alla transitività, pur concedendo che Y sia non peggiore di A++ potremmo sostenere che Z – un mondo in cui tutte (non solo alcune) le cose belle sono andate perdute – sia lessicalmente peggiore di A++.

Ma, in radice, è plausibile sostenere che Y sia solo imprecisamente non peggiore di A++ e non, invece, che Y sia meglio di A++? Parfit a riguardo ammette che *in sé* non è plausibile sostenere questo rapporto, però è meno implausibile dell’accettare la Conclusione Ripugnante⁵⁵. Tralasciando la rilevanza del criterio indicato – la soluzione “meno implausibile”⁵⁶ –, notiamo come l’instabilità del PLE sia resa ancora più evidente se consideriamo, in luogo del precedente, il seguente caso

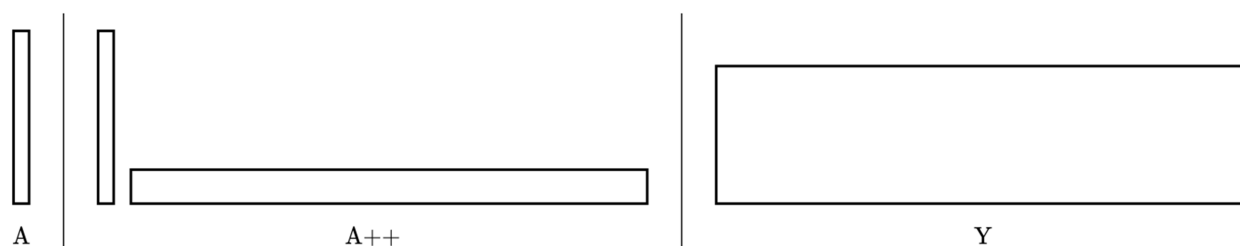


Fig.6

In questa versione il vantaggio di Y su A++ rispetto ai valori del benessere, dell’eguaglianza e del Maximin è molto maggiore del caso analizzato da Parfit. Sembra ancora più plausibile che Y sia semplicemente migliore di A++ e non soltanto imprecisamente non peggiore di A++. Eppure per sostenere che A++ sia migliore di Z ed evitare così la Conclusione Ripugnante, dovremmo sostenere che Y sia semplicemente non peggiore di A++ anche in questa versione.

6. “Person-affecting moralities”. La restrizione personalista

Le precedenti ipotesi risolutive avevano come presupposto che fosse possibile stabilire relazioni assiologiche tra popolazioni alternative solo guardando alla quantità di benessere, alla sua distribuzione ed, eventualmente, all’esistenza delle cose belle della vita. Sotto l’etichetta di “person-

⁵⁴ Parfit rafforza il problema sotto questo aspetto, ponendo l’alternativa tra A e un mondo simile ad A++ in cui però il benessere di coloro che sono più fortunati è addirittura più alto di quello di coloro che vivono in A – “Raised A+”. Questo porta Parfit ad assumere che “Raised A+” sia migliore di A (PARFIT 2016,124). Parfit probabilmente ha voluto rendere così più chiaro come non basti – per evitare la Conclusione Ripugnante – negare il Principio della Mera Addizione. Per non complicare in questo punto l’esposizione – posto che non si tratta di un aspetto cruciale, operando PLE nelle relazioni tra A++ e B e non in quella tra A++ e A – ho preferito modificare l’esempio di Parfit.

⁵⁵ PARFIT 2016, 124-127.

⁵⁶ Tornerò sul punto alla nt. 103.

affecting moralities”, invece, si è soliti ricomprendere una serie di principi o teorie accomunati dall’assegnare importanza a fattori diversi da quelli sopra elencati – ad esempio, l’essere quella persona esistente nel presente o esistente nel futuro, oppure l’esistere in tutti o solo in alcuni degli scenari comparati. Sebbene assegnino importanza a fattori ulteriori rispetto a quelli considerati nei precedenti paragrafi, le teorie *person-affecting* devono pure utilizzare dei principi per aggregare il benessere e questi possono essere simili a quelli visti precedentemente. Dunque, una volta attribuito valore a un certo fattore – per esempio, l’essere una certa popolazione composta da persone presenti anziché future –, potremo distinguere una versione che aggrega il valore attraverso il Principio Totale, un’altra attraverso il Principio del Livello Critico, e così via. Ciò rende possibile che i problemi di questi principi vengano ereditati dalla teoria *person-affecting* che li incorpora⁵⁷. La speranza dell’approccio *person-affecting* è precisamente che il riconoscimento di rilevanza ai fattori aggiuntivi risolva i problemi dei principi aggregativi. In questo paragrafo prenderò in esame la versione *person-affecting* del Principio Totale.

La famiglia di teorie *person-affecting* sulla quale ci concentreremo distingue tra persone necessarie – ossia persone che esistono in tutte le popolazioni comparate – e persone meramente possibili – persone che esistono in un solo scenario, oppure (ma ci disinteresseremo di questo caso) in alcuni ma non tutti –, e attribuisce rilevanza esclusiva – versione estrema –, rilevanza particolare – Estinzionismo, versione asimmetrica, versione condizionale –, o semplicemente maggiore – versione moderata – al benessere delle prime. Chiamiamo questa famiglia di teorie “Comparativismo”⁵⁸. Immaginiamo allora il caso “curare o rimpiazzare” (§1):

Curare o rimpiazzare

Scelta 1: Tizio ha benessere 80, Caio non esiste.

Scelta 2: Tizio ha benessere 30, Caio esiste e ha benessere 90.

Possiamo incrementare il benessere di una persona esistente – prolungare la sua vita degna di essere vissuta, alleviarne le sofferenze, darle più momenti di gioia –, o mettere al mondo una persona aggiuntiva che vivrà una vita con benessere positivo. Se effettuiamo la seconda scelta, il benessere totale sarà notevolmente maggiore di quello che avremmo ove effettuassimo la prima scelta. L’Utilitarismo Classico – PUT – stabilisce che la seconda scelta è quella migliore (§1).

Versioni diverse del Comparativismo danno risposte diverse a questa scelta.

Secondo la versione moderata del Comparativismo – *Comparativismo Morbido*⁵⁹ – il benessere di tutte le persone presenti nelle popolazioni alternative deve essere preso in considerazione, ma

⁵⁷ ARRHENIUS 2009, 306.

⁵⁸ Il termine “Comparativismo” è tratto da ARRHENIUS 2009, 293. Tuttavia, nella terminologia di Arrhenius il Comparativismo distingue tra persone che esistono in entrambi gli scenari e persone che esistono in uno solo degli scenari considerati – ciò che chiamerò “Comparativismo” corrisponde a quello che Arrhenius chiama “Necessarismo”. A ogni modo, negli esempi che seguiranno non porrò il caso che la stessa persona possibile esista in più di uno scenario. Quando parleremo di persone possibili, in altri termini, parleremo di persone che esistono in uno solo degli scenari comparati – dunque il mio uso del termine “Comparativismo” non si differenzierà, nei fatti, dall’uso che ne fa Arrhenius. Si tratta di una scelta che vuole rispondere all’esigenza di non complicare troppo un’introduzione al dibattito. Un’altra teoria *person-affecting* distingue tra persone vive nel presente e persone future ed assegna carattere decisivo – versione estrema – o, semplicemente, riconosce maggior valore – versione moderata – al benessere delle prime. Ad esempio (PARFIT 1984, 361-364), possiamo immaginare una prima popolazione, composta da una generazione presente (noi) e molte generazioni future, in cui la generazione presente ha un alto livello di benessere, ed una seconda popolazione alternativa in cui la generazione presente ha benessere più basso ma le generazioni future hanno un livello di benessere ben più alto di quello che avrebbero nella prima popolazione. Assegnare carattere dirimente al maggior benessere delle persone presenti vorrebbe dire che la prima popolazione sia migliore della seconda, ad onta del fatto che contiene minor benessere totale e c’è più ineguaglianza intergenerazionale. La distinzione tra persone future e persone possibili riveste una certa importanza in etica della popolazione, tuttavia per esigenze espositive non mi ci soffermerò.

⁵⁹ ARRHENIUS 2009, 301 ss.

– diversamente da PUT – dobbiamo dare maggiore peso al benessere delle persone che esistono in entrambi gli scenari comparati. Il valore contributivo del benessere delle persone che, come Caio, esistono in una sola delle alternative comparate è sottoposto a un tasso di sconto, più o meno elevato – un problema interno al Comparativismo Morbido. A seconda del tasso prescelto, la seconda scelta sarà preferibile o meno rispetto alla prima. In ogni caso, anche se optiamo per una versione del Comparativismo Morbido che, applicando un tasso di sconto sufficientemente elevato, giustificherebbe la prima scelta, si darà sempre una scelta tra il curare una persona malata e il mettere al mondo una certa quantità di persone aggiuntive con benessere positivo che sarà preferibile alla prima scelta. Da ciò segue che il Comparativismo Morbido – nella misura in cui adotta come principio aggregativo il Principio Totale – ingenera la Conclusione Ripugnante.

Secondo le forme di Comparativismo che analizzeremo di seguito, dal momento che l'unica persona necessaria è Tizio, e Tizio sta meglio se adottiamo la prima politica, allora la prima politica è quella migliore. Per l'Utilitarismo Classico potremmo avere ragioni per lasciare morire molte persone che giacciono negli ospedali al fine di dirottare le nostre risorse verso la creazione di un maggior numero di persone sane e forti – pensiamo a energiche politiche a favore della natalità. Così anche per il Comparativismo Morbido. Per le forme di Comparativismo che verranno analizzate di seguito, invece, dobbiamo occuparci di rendere le persone felici e non di creare nuove persone felici – questa la fortunata idea di base, le cui radici risalgono agli albori dell'etica della popolazione contemporanea⁶⁰.

Iniziamo. Secondo il *Comparativismo Estremo* le uniche vite che hanno valore contributivo sono le vite delle persone che esistono in entrambi gli scenari comparati: questo valore sarà positivo, se il benessere avrà somma netta positiva, e negativo, se avrà somma netta negativa. Dovremmo, in altre parole, disinteressarci del tutto della condizione delle persone che esistono in solo uno degli scenari comparati⁶¹.

Il Comparativismo Estremo, nell'attribuire valore contributivo alle sole vite delle persone che esistono in entrambi gli scenari comparati, assume la concezione *tradizionale* o *comparativa* del danno e del beneficio. Secondo la concezione comparativa, danni e benefici sono eventi che fanno stare *qualcuno* rispettivamente peggio o meglio di come sarebbe stato qualora l'evento non si fosse verificato, e questo presuppone che quella persona esista o esisterà, indipendentemente dal se l'evento dannoso o benefico si produca. In altri termini, per la concezione comparativa del danno e del beneficio, gli unici eventi dannosi o benefici per una persona sono quegli eventi che non determinano essi stessi l'esistenza di quella persona, ma che, presupposta questa esistenza, incidono sul suo benessere⁶².

Secondo il Comparativismo Estremo gli unici danni e benefici di cui si deve tenere conto – gli unici che hanno un valore contributivo, rispettivamente, negativo e positivo – sono danni e

⁶⁰ Lo slogan recita «We are in favor of making people happy, but neutral about making happy people» (NARVESON, 1973, 80). Sull'essere neutrali rispetto alla creazione di nuove persone si veda anche BROOME 2004, 143 ss. Notiamo come anche muovendo da questa idea possono essere giustificare politiche che sfavoriscono persone esistenti e favoriscono la nascita di persone aggiuntive che vivranno vite degne di essere vissute. Ad esempio, se ipotizziamo che le politiche in sostegno delle nascite incrementeranno il benessere dei genitori in misura maggiore di quanto decrementeranno il benessere dei non-genitori, valuteremo come giuste queste politiche anche se quel che ci sta a cuore è «il rendere le persone felici e non il creare persone felici». Ma si noti che il motivo per cui sarebbero giuste – per il Comparativismo – risiede sempre nel trattamento di persone esistenti – i possibili genitori – e non nel benessere delle persone possibili – gli eventuali figli. Il valore delle nascite aggiuntive è *strumentale* al benessere delle persone esistenti.

⁶¹ ARRHENIUS 2009, 293. Qui di seguito farò largo uso degli scritti di Jeff McMahan sulla nozione di benefico e danno nell'ambito dell'etica della popolazione. La tassonomia di Arrhenius verrà dunque analizzata sulla base delle nozioni introdotte da McMahan.

⁶² «[...] ordinary benefits and harms, which are bestowed or inflicted on existing or future people, whose existence is independent of the act that causes or constitutes the benefit or harm», MCMAHAN 2013, 7.

benefici comparativi⁶³. Poiché le uniche vite in cui trovano spazio danni e benefici comparativi sono le vite di coloro che esistono in entrambi gli scenari comparati, allora solo queste avranno un valore contributivo.

Il Comparativismo Estremo ha conseguenze altamente contro-intuitive. Immaginiamo il caso “gioia o tormento”:

*Gioia o tormento*⁶⁴

Scelta 1: Tizio e Caio avranno un livello di benessere molto alto (una vita gioiosa), Sempronio non esisterà.

Scelta 2: Tizio avrà un livello di benessere molto alto (una vita gioiosa), Caio non esisterà e Sempronio avrà un livello di benessere ampiamente negativo (una vita piena di tormenti).

Dal momento che l'unica persona che esiste in entrambi gli scenari, Tizio, non subisce variazioni di benessere a seconda della politica da noi scelta – non si registrano danni comparativi –, si deve concludere che le due scelte sarebbero egualmente desiderabili: mettere al mondo una persona con una vita che si prospetta gioiosa o una persona destinata a vivere tormenti infernali sarebbero scelte egualmente buone.

La concezione tradizionale, comparativa, del danno e del beneficio porta a conclusioni contro-intuitive. Ciò che il caso “gioia o tormento” mostra è che molti di noi ritengono che sia possibile danneggiare qualcuno dandogli l'esistenza, qualora la vita a cui andrà incontro sarà una vita piena di tormenti non compensati da altrettante gioie. Ammettiamo allora che, accanto ai danni comparativi, esistano dei danni *non-comparativi* o danni *esistenziali*: danni che vengono provocati dallo stesso evento che dà la vita a una certa persona. Solo *danni* esistenziali? Come quando creiamo una persona che vivrà una vita tormentata, ammettiamo che stiamo danneggiando – in senso non-comparativo, danno esistenziale – quella persona, così, quando creiamo una persona che avrà una vita in cui la somma netta del benessere è positiva, potremmo anche ammettere che stiamo elargendo un *beneficio* – anch'esso non-comparativo, beneficio esistenziale – a quella persona. In altri termini, la concezione tradizionale, comparativa, del danno e del beneficio può essere arricchita ammettendo danni e benefici esistenziali⁶⁵.

Se però ammettiamo l'esistenza dei benefici esistenziali ammettiamo che creare vite con benessere positivo ha un valore che può compensare decrementi di benessere delle persone esistenti. Ossia, ammettiamo che, in casi come “curare o rimpiazzare”, sarebbe bene “rimpiazzare” e arriviamo alla Conclusione Ripugnante. Potrebbe sembrare promettente, dunque, attribuire sì rilevanza ai danni esistenziali – e così evitare che il caso “gioia o tormento” costituisca un problema – ma non anche ai benefici esistenziali – “curare” sarebbe meglio che “rimpiazzare”, la Conclusione Ripugnante sarebbe evitata. Questa concezione, tuttavia, richiede un'ulteriore precisazione.

Possiamo immaginare una vita che contiene solo piacere e una vita che contiene solo dolore. Creare una vita del primo tipo è un caso paradigmatico di beneficio esistenziale, crearne una del

⁶³ Le premesse non sono solo (i) che perché qualcuno possa essere danneggiato da un evento quel qualcuno deve stare peggio di come sarebbe stato qualora l'evento non si fosse prodotto, e (ii) che perché qualcuno possa stare peggio di come sarebbe stato qualora l'evento non si fosse prodotto quel qualcuno deve esistere anche qualora l'evento non si fosse prodotto, ma anche (iii) che perché possa esservi qualcosa di male deve esservi qualcuno che è stato danneggiato (per un esame accurato di questi e altri passaggi BOONIN 2014, 2-5).

⁶⁴ Seguo qua ARRHENIUS 2009, 243; vedi anche ARRHENIUS, RABINOWICZ 2015, 426 s.

⁶⁵ MCMAHAN 2013, 6 ss.; si veda anche MCMAHAN 2009, 50 ss. Una parte rilevante dell'indagine sul danno e beneficio esistenziale riguarda la determinazione dell'*estensione* dei medesimi. Immaginiamo una persona nata con una dolorosa malformazione dovuta alla negligenza del medico nel prescrivere una terapia per la fertilità alla madre. Rientra nell'estensione del danno esistenziale da negligenza medica solo la sofferenza derivante dalla malformazione o tutte le sofferenze indipendenti da questa – lo schiacciarsi un piede – che non si sarebbero verificate, qualora il medico non avesse prescritto l'inopportuna terapia per la fertilità, perché la persona in questione non sarebbe nata? (MCMAHAN 2013, 9). Non mi occuperò di simili questioni.

secondo tipo è un caso paradigmatico di danno esistenziale. Sebbene siano casi paradigmatici, sono anche casi irrealistici o non rappresentativi: le vite umane contengono, quasi sempre, sia piaceri sia dolori. Diciamo allora che, nella misura in cui i singoli piaceri e i singoli dolori siano riconducibili all'evento che dà la vita a una data persona, ciascuno di questi singoli piaceri corrisponde a un beneficio esistenziale e ciascuno dei singoli dolori corrisponde a un danno esistenziale. La persona avrà ricevuto *nel complesso* un beneficio esistenziale se la somma dei singoli benefici esistenziali supera la somma dei singoli danni esistenziali; e, viceversa, avrà ricevuto complessivamente un danno esistenziale se la somma dei singoli benefici esistenziali è superata dalla somma dei singoli danni esistenziali.

Ebbene, se attribuiamo rilevanza ai soli danni esistenziali ma non anche ai benefici esistenziali, otteniamo che l'aggiunzione di qualsiasi vita che conterrà almeno un dolore costituisce un danno alla persona che esisterà, l'aggiunzione sarà male – e questo indipendentemente dalla quantità di piaceri che pure saranno contenuti in quella vita. Chiunque potesse avere un figlio, avrebbe una ragione *prima facie*⁶⁶ per non metterlo al mondo, anche se si può ragionevolmente aspettare che suo figlio avrà una vita colma di ogni gioia. Avremmo ragioni per estinguerci – chiamiamo questa posizione *Estinzioneismo*.

Per evitare l'Estinzioneismo dobbiamo allora riconoscere che i benefici esistenziali abbiano *almeno* il valore di compensare i danni esistenziali – valore *compensativo* (“canceling”). Sicché, nel caso in cui le vite delle persone che potrebbero essere messe al mondo conterrebbero più piaceri che dolori, non sarà male creare quelle vite. Chiamiamo *Comparativismo Asimmetrico* la posizione secondo la quale non vi è un valore – e nemmeno un disvalore, in questo la differenza con l'Estinzioneismo – nel creare persone che avranno vite con benessere positivo, ma vi è un disvalore nel creare persone con benessere negativo⁶⁷. Questo principio sembra un completamento ragionevole della massima per cui dobbiamo occuparci del rendere felici le persone ma non anche del creare persone aggiuntive felici: tutto ciò è fatto salvo, ma si aggiunge che dobbiamo avere cura di non creare persone aggiuntive che avranno vite con benessere negativo.

Sebbene attraente, pure il Comparativismo Asimmetrico genera conclusioni contro-intuitive. Immaginiamo che una giovane ragazza intenda avere un figlio. Per via della sua inesperienza, della sua fragilità psicologica e della sua situazione economica suo figlio andrà incontro a notevoli difficoltà. Nel complesso, tuttavia, la vita del figlio sarà degna di essere vissuta. Se la giovane ragazza aspettasse qualche anno prima di avere un figlio, potrebbe risparmiargli queste difficoltà. Tuttavia, se aspetta di avere un figlio, a nascere sarà una persona diversa da quella che sarebbe nata qualora non avesse aspettato⁶⁸. Per il Comparativismo Asimmetrico non vi è disvalore nel fatto che la ragazza non aspetti. Generalizzando, se prendiamo in esame le due scelte seguenti

Agiatezza o stenti.

Scelta 1: Tizio esiste e ha un elevato livello di benessere, Caio esiste e ha pure un livello di benessere elevato, Sempronio non esiste.

Scelta 2: Tizio esiste e ha un elevato livello di benessere, Caio non esiste, Sempronio esiste e ha un livello di benessere positivo ma basso⁶⁹.

per il Comparativismo Asimmetrico non vi è differenza tra queste due scelte.

⁶⁶ La precisazione è dovuta alla circostanza che questa impostazione non esclude – similmente a quanto visto nella nt. 60 – il valore *strumentale* della nascita del figlio, il valore collegato all'incremento di benessere nella persona che desidera avere un figlio e dà attuazione a questo suo desiderio, MCMAHAN 2012, 22.

⁶⁷ MCMAHAN 2013, 16. McMahan elabora l'Asimmetria in MCMAHAN 1981. Per il Comparativismo Asimmetrico si veda ARRHENIUS 2009, 294.

⁶⁸ PARFIT 1984, 358. Si tratta di una formulazione del c.d. *Non-Identity Problem* basata sul caso delle ragazze-madri.

⁶⁹ MCMAHAN 2013, 6; ARRHENIUS 2009, 294 s.; PARFIT 2017, 120.

Andiamo avanti. Nell'ambito dei benefici esistenziali distinguiamo tra carattere compensativo e carattere *ultra-compensativo* (“*reason-giving*”)⁷⁰. Come abbiamo visto, riconosciamo carattere compensativo ai benefici esistenziali quando, data la scelta tra creare una persona e non crearla, consideriamo i dolori che questa patirà – danni esistenziali – alla stregua di ragioni per non crearla e consideriamo i piaceri di cui godrà – benefici esistenziali – come ragioni che solo neutralizzano – in questo senso compensano – le ragioni contrarie alla creazione. Se riconosciamo solo carattere compensativo, vi è un tetto alla rilevanza dei vari benefici esistenziali che una vita contiene, e questo tetto è rappresentato dall'ammontare dei danni esistenziali: una volta compensati questi danni, possiamo disinteressarci del saldo netto dei benefici – che una vita sia estatica, gioiosa, soddisfacente o appena degna di essere vissuta non ha rilevanza. Riconosciamo carattere *ultra-compensativo* ai benefici esistenziali, invece, qualora riconosciamo loro un valore che eccede la neutralizzazione dei danni esistenziali – per cui avrà rilevanza se una vita sia estatica o appena degna di essere vissuta.

Emerge però un problema. Se, nel considerare il beneficio esistenziale, gli attribuiamo solo valore compensativo, evitiamo la Conclusione Ripugnante – evitiamo anche che dovremmo “rimpiazzare” anziché “curare” –, ma perdiamo le basi per asserire che “agiatezza” sia meglio di “stenti”. Se, al contrario, attribuiamo valore *ultra-compensativo* al beneficio esistenziale, avremo le basi per preferire “agiatezza” a “stenti”, ma, apparentemente, andremo incontro alla Conclusione Ripugnante: ogni volta che la vita di una persona possibile conterrà una quantità di piaceri che eccede i dolori, riconosceremo un valore contributivo positivo alla creazione di quella vita e questo valore potrà compensare il decremento del benessere delle persone esistenti.

La domanda è allora se è possibile riconoscere carattere *ultra-compensativo* al beneficio esistenziale senza asserire anche che la creazione di vite aggiuntive con livello di benessere positivo abbia valore contributivo positivo. Distinguiamo due generi di casi

Maggiore o minore.

Prima scelta: Tizio esisterà e avrà benessere pari a 80, Caio non esisterà.

Seconda scelta: Tizio non esisterà, Caio esisterà e avrà benessere pari a 60.

Qualcuno o nessuno.

Prima scelta: Tizio esisterà e avrà benessere pari a 80.

Seconda scelta: Tizio non esisterà.

Un modo per dare valore alla dimensione *ultra-compensativa* del beneficio esistenziale è ritenere che, se una persona possibile avrà benessere positivo, allora abbiamo ragioni per creare quella persona – nel caso “qualcuno o nessuno” dobbiamo optare per la prima scelta. Se adottiamo questo principio è vero che incorriamo nella Conclusione Ripugnante. Tuttavia, possiamo dare valore alla dimensione *ultra-compensativa* del beneficio esistenziale anche ritenendo che, lungi dal costituire una ragione per creare una persona anziché *non crearla*, il benessere netto positivo contenuto nella vita di una persona possibile sia decisivo per stabilire se creare quella persona anziché *un'altra persona*. Chiamiamo questo principio *Comparativismo Condizionale*. L'idea di fondo è che non abbiamo ragione per creare persone felici, ma, se le creiamo – da qui “condizionale” – abbiamo ragioni per creare quelle che avranno una vita migliore: in “qualcuno o nessuno” le due alternative sono indifferenti; in “maggiore o minore” invece abbiamo ragioni per preferire la prima scelta⁷¹.

Per quanto promettente possa sembrare, il Comparativismo Condizionale implica conclusioni contro-intuitive. Prendiamo una versione rafforzata del Paradosso della Mera Addizione

⁷⁰ MCMAHAN 2009 53 ss.; 2013, 20 ss., 23 ss.

⁷¹ La distinzione tra le scelte del tipo “maggiore o minore” e “qualcuno o nessuno” è presa da MCMAHAN 2013, 23. Il Comparativismo Condizionale si basa sull'idea che esistano beni condizionali. Su beni condizionali e beni *categorici* WILLIAMS 1973a e il relativo commento in BROOME 2004, 152-157.

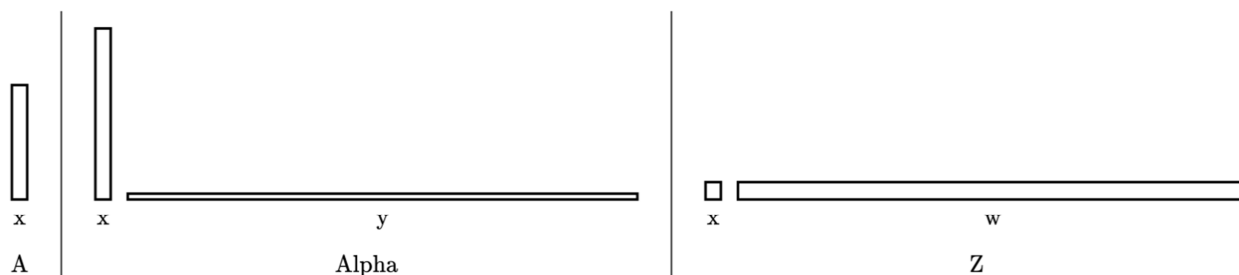


Fig.7.

Il mondo Alpha costituisce una variante di A+. In Alpha il benessere dei più fortunati non è eguale ma addirittura molto superiore a quello delle persone di A. Si tratta non di una “mera addizione” ma di una “addizione benevola”⁷². Nell’esempio che ci interessa vi è un dettaglio aggiuntivo. I grafici questa volta ci indicano quali persone – nome e cognome – esisteranno nei vari scenari. Questa indicazione ci viene fornita dalle lettere x, y, w . Così sappiamo che le stesse persone del gruppo x esisteranno in tutti gli scenari, mentre le persone del gruppo y solo nello scenario Alpha e le persone del gruppo w solo nello scenario Z.

Sulla base del Comparativismo Condizionale, se compariamo A e Alpha dovremmo concludere che Alpha sia meglio di A. Infatti, in Alpha non vengono prodotte vite con benessere netto negativo –vincolo che ci portiamo dietro sin dal Comparativismo Asimmetrico – e vi è una notevole quantità di benefici comparativi a vantaggio del gruppo x . Se, poi, compariamo Alpha e Z, sembrerebbe doversi concludere che Z sia migliore di Alpha. Vero è che le persone che compongono il gruppo x patiscono un danno comparativo, ma è anche vero che – qualora si producesse Z – le persone che compongono il gruppo w ottengono un vantaggio non-comparativo maggiore di quello che ottengono le persone del gruppo y – qualora si producesse Alpha –, e, se riconosciamo la sussistenza di benefici esistenziali ultra-compensativi nei casi “maggiore o minore”, allora dobbiamo attribuire valore a questa circostanza. Quanto valore?⁷³ Senza addentrarci in una simile questione, basta dire che se anche gli attribuiamo un valore commensurabile con quello dei danni comparativi, allora esisterà sempre un numero di persone il cui beneficio non-comparativo aggregato superi il danno comparativo patito da un minor gruppo di persone. Se, infine, compariamo A e Z, A è migliore di Z – infatti il beneficio non-comparativo nel Comparativismo Condizionale non ha valore ultra-compensativo nei casi del tipo “qualcuno o nessuno” e l’alternativa tra A e Z è appunto un caso del tipo “qualcuno o nessuno”.

Il Comparativismo Condizionale non implica la Conclusione Ripugnante, ma genera – in questo come in altri casi⁷⁴ – relazioni intransitive: sebbene Alpha sia migliore di A, e Z sia migliore di Alpha, Z è peggiore di A.

Per chiunque ritenga che il Principio di Transitività sia una condizione di accettabilità di qualsiasi soluzione, principio o teoria in ambito pratico, il Comparativismo Condizionale si rivela inadeguato⁷⁵.

⁷² L’espressione “addizione benevola” può ritrovarsi in HUEMER 2008, 901 ss.

⁷³ Il problema è discusso in MCMAHAN 2013, 15 ss.

⁷⁴ Diverso è, ad esempio, il caso adoperato da McMahan contro il Comparativismo Condizionale, MCMAHAN 2013, 25 ss.

⁷⁵ Questa critica generale al Comparativismo – escluso quello che abbiamo chiamato Comparativismo Morbido – è stata svolta da BROOME (2004, 141 ss., in particolare 146-149); per una critica al Comparativismo Condizionale, *ivi* 152-157, in particolare 156. Per una disamina accurata TEMKIN 2012, 417 ss. Temkin utilizza un esempio diverso da quello delle Addizioni Benevole, tuttavia alle addizioni benevole fa espressamente riferimento a p. 428. Inoltre, in quel contesto, Temkin non analizza e difende il Comparativismo Condizionale esattamente così come da me configurato sulla scorta di McMahan, ma una versione simile TEMKIN 2012, 437 ss.

7. Intransitività, impossibilità

Secondo Larry Temkin, in certi casi – tra cui il Paradosso della Mera Addizione –, attribuiamo a certi valori morali carattere *essenzialmente comparativo*, con ciò intendendosi che, per stabilire come una data popolazione si classifica rispetto a questi valori, non è sufficiente osservare le caratteristiche intrinseche della popolazione medesima⁷⁶. Viceversa, la realizzazione di questi valori rispetto a una certa popolazione dipenderà dalle popolazioni alternative a cui viene comparata – la realizzazione di quel valore in una data popolazione sarà sempre realizzazione di quel valore in una data popolazione per come comparata a un'altra popolazione o a una pluralità di altre popolazioni⁷⁷.

Vediamo di precisare. Ogni popolazione presenta un insieme di *caratteristiche* o *fattori* – l'esservi persone che stanno peggio di altre, l'esservi una certa quantità di benessere, ecc. Ogni popolazione, poi, può essere giudicata sulla base di diversi *valori* – Principio Totale, Maximin, valore dell'Eguaglianza, ecc. Secondo un modo di vedere diffuso, come una data popolazione si classifichi rispetto a un certo valore dipende solo dalle caratteristiche di questa – i vari fattori attribuiscono valore sempre allo stesso modo, la loro rilevanza è costante. Diciamo allora che i valori sono *intrinseci*. Invece, riconoscere che certi valori siano essenzialmente comparativi significa riconoscere che come un certo valore si realizzi in una data popolazione non dipende solo dalle caratteristiche di questa, ma anche dalle caratteristiche delle popolazioni a cui la prima è comparata – i vari fattori non rileveranno allo stesso modo, ma assumeranno o perderanno rilevanza a seconda delle alternative considerate⁷⁸.

Per illustrare il punto torniamo all'esempio del Maximin – per cui la popolazione comparata migliore è quella in cui i più svantaggiati stanno meglio (§2).

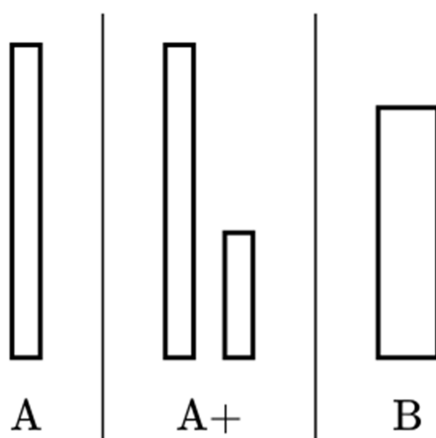


Fig. 8

I più svantaggiati di A – ossia tutti i membri di A – stanno meglio dei più svantaggiati di B – anche qua tutti i membri di B. Dato questo fattore, A è meglio di B rispetto al Maximin. Per lo stesso fattore, B è meglio di A+ rispetto al Maximin. Infatti, i più svantaggiati di A+ stanno peggio dei più svantaggiati di B. I più svantaggiati di A+ stanno peggio dei più svantaggiati di A. Cosa dire di quest'ultima circostanza? Se ritenessimo che i valori sono sempre intrinseci – dipendono

⁷⁶ Più esattamente «*The Essentially Comparative View of Moral Ideals (ECVMI)*: Roughly, there is at least one moral ideal, *F*, and at least one outcome, *O*, such that there is no answer to the question of how good *O* is regarding *F*, based solely on *F*'s internal features; or, even if, for each moral ideal, *F*, and each outcome, *O*, there is an answer to the question of how good *O* is regarding *F* based solely on *O*'s internal features, there is at least one ideal, *F*, and two outcomes *O*₁ and *O*₂, such that how *O*₁ compares with *O*₂ regarding *F* is not simply a function of the extent to which *O*₁ is good with respect to *F* based solely on *O*₁'s internal features and the extent to which *O*₂ is good with respect to *F* based solely on *O*₂'s internal features» (TEMKIN 2012, 371).

⁷⁷ TEMKIN 2012, 368 ss.

⁷⁸ TEMKIN 2012, 228.

sempre dagli stessi fattori interni dei vari scenari – allora diremmo anche che A+ sia peggio di A rispetto al Maximin. Tuttavia, questo approccio trascura il fatto che A+ sia una mera addizione rispetto ad A, una circostanza a cui molti di noi – si vuole sia un dato di fatto⁷⁹ – sono sensibili. Infatti, l'attaccamento di molti di noi verso il Maximin si traduce nella volontà di migliorare le vite di coloro che sono svantaggiati, ma non anche nell'impegno di astenerci dal mettere al mondo persone che hanno vite degne di essere vissute. Sebbene in A+ esistano persone che stanno peggio sia di tutti coloro che popolano A sia di tutti coloro che popolano B, se questa circostanza incarna un disvalore dal punto di vista del Maximin dipenderà dal se compariamo A+ con B, o A+ con A. Se compariamo A+ con B questa circostanza avrà valore, ma se compariamo A+ con A questa circostanza non avrà valore: A+ sarà peggiore per il Maximin di B, ma non anche di A⁸⁰. In questo senso attribuiamo al Maximin carattere essenzialmente comparativo.

Questa impostazione è gravida di conseguenze. Secondo il *Principio di Transitività e Sostituzione* dati tre scenari x,y,z, se x è meglio di y rispetto a un certo valore, e y è meglio di z rispetto a quello stesso valore, allora x sarà meglio di z rispetto a quel valore; se poi x è equivalente a y rispetto a un certo valore, allora, qualsiasi sia la relazione tra x e z rispetto a quel valore, y e z avranno quella stessa relazione⁸¹. Se per comparare assiologicamente x,y,z rispetto a un certo valore rilevano i medesimi fattori o caratteristiche, allora ci si può aspettare che la relazione sia transitiva; ma se, quando compariamo x e y, rispetto a un certo valore, rileva un insieme di fattori diverso da quello che rileva quando compariamo, rispetto al medesimo valore, y e z, allora la relazione non sarà più transitiva – non potremo inferire, dalle precedenti, la relazione tra x e z – e questo anche se la relazione assiologica non sia imprecisa⁸².

Così, tornando al caso del Maximin, sebbene, rispetto al Maximin, A sia migliore di B e B sia migliore di A+, A non sarà migliore di A+, in deroga al Principio di Transitività e Sostituzione. Le relazioni assiologiche basate su un valore essenzialmente comparativo non saranno relazioni transitive (e sostituibili)⁸³.

Dove ci portano queste considerazioni sul carattere essenzialmente comparativo dei valori? Secondo il Paradosso della Mera Addizione tre nostre intuizioni profondamente radicate – il Principio della Mera Addizione, il Principio di Non-Antieguaglianza e il Rigetto della Conclusione Ripugnante – sono contraddittorie (§2). Questa incoerenza tuttavia presuppone l'accettazione del Principio di Transitività e Sostituzione. Se il Principio di Transitività e Sostituzione non trova applicazione potremo concludere che A+ sia almeno tanto buono quanto A, e che Z sia migliore di A+, senza dover inferire che Z sia migliore di A⁸⁴.

⁷⁹ «This merely expresses what we really are», TEMKIN 2012, 381, 407.

⁸⁰ TEMKIN 2012, 402-416.

⁸¹ TEMKIN 1987, 143 s. «Given any concept c, for all x, y, and z to which c is appropriately applied, if x is c-better than y, and y is c-better than z, then x is c better than z. [...] Given any concept c, for all x, y, and z to which c is appropriately applied, if x is as c-good as, or c-equivalent to y, then however x c compares to z, that is how y c compares to z». V. anche TEMKIN 2012, 378.

⁸² TEMKIN 2012, 378 s. Si ricorderà (§5) che l'imprecisione – Temkin parla di “vaghezza” – introduce la possibilità che vi siano relazioni assiologiche intransitive. Uno degli aspetti più suggestivi del meticoloso lavoro di Temkin consiste nel mostrare come anche relazioni precise possano derogare al Principio di Transitività.

⁸³ Per il meccanismo generale delle deroghe al Principio di Transitività e Sostituzione TEMKIN 2012, 171-175, 181, rispetto ai valori morali *ivi*, 369,405,410,416. Oltre a violare il principio di Transitività e Sostituzione, i valori essenzialmente comparativi violeranno anche il *Principio dell'Indipendenza delle Alternative Irrilevanti*, per cui se due alternative stanno in una certa relazione – ad esempio, la prima alternativa è migliore della seconda – rispetto a un dato valore quando sono le uniche due alternative, questa relazione non cambierà se anche altre alternative sono disponibili. Per esemplificare una violazione del Principio dell'Indipendenza delle Alternative Irrilevanti si cita spesso una battuta di Morgenbesser “vorrei il gelato alla fragola, salvo abbiate quello alla vaniglia, in tal caso prendo quello al cioccolato” (TEMKIN 2012, 367-390).

⁸⁴ TEMKIN 2012, 394.

Il senso che Temkin ha voluto dare a questo ragionamento non è tuttavia necessariamente confortante. Di alcune relazioni ci aspettiamo precisamente che siano non-transitive: se Tizio è innamorato di Caio e Caio è innamorato di Sempronio, non segue che Tizio sia innamorato di Sempronio. Cionondimeno, ci aspettiamo che certe relazioni assiologiche – l'essere uno scenario migliore di un altro rispetto al Maximin, oppure rispetto al Principio di Pareto, o rispetto al valore dell'Eguaglianza, ecc. – siano transitive. Mettere a fuoco il carattere essenzialmente comparativo di certi valori significa tradire la nostra aspettativa in favore della transitività. Poiché, poi, queste relazioni assiologiche particolari – rispetto al Maximin, rispetto al Principio di Pareto, rispetto al valore dell'Eguaglianza, ecc. –, che non sarebbero transitive, sono i fattori (fattori di livello superiore a quelli da cui le medesime dipendono a loro volta) da cui dipende la relazione “*x è meglio di y tutto considerato*” – relazione assiologica ultimativa –, segue che anche questa relazione, che ci aspetteremmo sia transitiva, erediti la non-transitività delle prime⁸⁵.

Il Paradosso della Mera Addizione, allora, sarebbe il contesto di scoperta di un paradosso ben più grande: siamo catturati da due visioni incoerenti dei valori. Per la prima alcuni valori morali sono essenzialmente comparativi – nel comparare, rispetto a certi valori, alcuni scenari, non sempre diamo rilevanza agli stessi fattori–; per la seconda tutti i valori morali sono intrinseci – ci aspettiamo che quando uno scenario sia valutato migliore di un altro rispetto a certi valori o in senso ultimativo, tutto considerato, si instauri una relazione transitiva⁸⁶.

Mettere in discussione il Principio di Transitività non conduce dunque alla risoluzione dei paradossi dell'etica della popolazione, quanto alla constatazione di incoerenze del giudizio più vaste di quelle inizialmente mostrate dal Paradosso della Mera Addizione. Similmente Gustaf Arrhenius ha mostrato in modo formale – attraverso diversi Teoremi dell'Impossibilità – come, anche trovando dei principi che rispettino grosso modo il Principio della Mera Addizione, il Principio di Non-Antieguaglianza e il Rigetto della Conclusione Ripugnante, questi principi si scontrino con altre nostre intuizioni altamente plausibili⁸⁷.

⁸⁵ Mentre di certe relazioni non ci aspettiamo siano transitive – sopra ho fatto un esempio con la relazione “innamorato di” –, vi sono altre relazioni che ci aspettiamo siano transitive TEMKIN 2012, 433, 473 s., 487. Nell'opera di Temkin questa aspettativa di transitività non è estesamente trattata. Una delle ragioni, prese in considerazione da Temkin, per cui ci aspettiamo che la transitività non patisca deroghe nel ragionamento pratico deriva dalla credenza che preferenze intransitive generino il problema, noto agli economisti, della “*money pump*”. A tal proposito Temkin – facendo tesoro dell'idea di *pre-commitment* (ELSTER 1976) – ritiene che il problema della *money pump* sia più teorico che pratico, TEMKIN 2012, 183-193. Sulla circostanza per cui la non transitività di una relazione viene ereditata dalla relazione assiologica ultimativa si veda pp. 203-214. Si noti anche come proprio il valore dell'Eguaglianza secondo Temkin non sia essenzialmente comparativo, sebbene sia utile trattarlo come tale a scopi illustrativi (376).

⁸⁶ TEMKIN 2012, 390-400. È importante sottolineare come il riconoscimento del carattere essenzialmente comparativo di molti valori morali non sia un artificio teorico volto a risolvere il Paradosso della Mera Addizione. Come si è detto prima, tale riconoscimento è semplicemente la presa d'atto del nostro modo di attribuire valore a certi fattori – «This merely expresses what we really are». Qualora ritenessimo che tutti i valori sono intrinseci, potremmo salvare il Principio di Transitività; di più, i paradossi dell'etica della popolazione risulterebbero meno inquietanti. Per fare un esempio, se ritenessimo che tutti i valori sono intrinseci e dovessimo comparare A, A+ e B (oppure A, A+ e Z) dovremmo svolgere considerazioni del genere: A+ è migliore di A per quanto riguarda il Principio Totale, ma è peggiore per quanto riguarda il valore dell'Eguaglianza e il Maximin. (Infatti, per ritenere che A+ non sia peggiore di A rispetto a Eguaglianza e Maximin dobbiamo ricordarci che A+ è una *mera addizione* rispetto ad A, ma ora stiamo provando a ragionare come se tutti i valori fossero intrinseci e questo aspetto è irrilevante) Sarà A+ migliore o peggiore di A? dipende dal peso che riterremo si debba attribuire ai vari valori in conflitto. Lo stesso procedimento poi andrà applicato alle relazioni tra A+ e B (o tra A+ e Z). Certo, non è affatto garantito che le relazioni assiologiche ultimative tra le popolazioni alternative siano facilmente determinabili, ma il problema sarebbe diventato un problema tradizionale – avremmo una pluralità di valori in conflitto l'uno con l'altro che ingenerano relazioni assiologiche vaghe, non più un insieme di relazioni assiologiche ciascuna in sé intuitiva ma complessivamente contraddittorie (come accennato in §2). Dunque, come si diceva, se ritenessimo che tutti i valori sono intrinseci, salveremmo il Principio di Transitività e Sostituzione rispetto a relazioni per le quali ci aspettiamo che valga e ridurremmo l'intrattabilità dei paradossi dell'etica della popolazione, però, appunto, faremmo un torto al modo in cui accade che diamo valore ai fatti del mondo.

⁸⁷ Alcune delle confutazioni di Arrhenius dei principi avanzati sono state esposte nei precedenti paragrafi. Ripre-

8. Accettare la Conclusione Ripugnante

Secondo alcuni autori il Paradosso della Mera Addizione e in generale i paradossi dell'etica della popolazione andrebbero risolti accettando la Conclusione Ripugnante. In questo paragrafo verranno descritti alcuni degli argomenti che sono stati avanzati in questa direzione. Invece, nel prossimo paragrafo si metterà a confronto quest'ultima famiglia di argomenti con gli argomenti precedentemente analizzati, e si formuleranno alcuni problemi che non sono stati precedentemente discussi nel dibattito sull'etica della popolazione.

Il primo argomento è stato sviluppato da Torbjörn Tännsjö. Quando compariamo il mondo A – un mondo in cui ciascuno ha un livello di benessere molto alto – e il mondo Z – un mondo molto più popolato del primo in cui ciascuno vive una vita che è appena degna di essere vissuta –, siamo portati a pensare che le nostre vite – esattamente, le vite dei membri privilegiati delle nazioni più ricche del pianeta – siano in qualche modo simili a quelle che si vivrebbero in A e certamente ben migliori di quelle di coloro che vivono in Z. Per Tännsjö nel pensare questo ci inganniamo. L'idea di fondo è che, una volta garantiti i bisogni primari, una vita diventa degna di essere vissuta e qualsiasi incremento ulteriore della ricchezza materiale ne muove di poco il livello di benessere reale. Alcuni fatti – si precisa – sono effettivamente in grado di incrementare il benessere delle persone, ma questi fatti non hanno nulla a che fare con la ricchezza materiale e sono per loro natura effimeri – l'infatuazione sentimentale ricambiata, l'appropriata somministrazione di droghe. Dato il loro carattere effimero questi fatti non determineranno grandi differenze nei livelli di benessere delle persone. Vite riconoscibilmente umane con un alto livello di benessere positivo non sono immaginabili. Tirando le somme, molte persone oggi giorno non vedono loro garantiti nemmeno i bisogni primari, ma queste persone hanno vite degne di *non* essere vissute – non è a loro che dobbiamo guardare per immaginare Z –; coloro ai quali i bisogni primari sono garantiti vivono il più delle volte vite appena degne di essere vissute – io e voi stiamo tutti “schiacciati” attorno al livello Z⁸⁸. Come non vi è nulla di ripugnante nelle migliori condizioni di vita riconoscibilmente umane, così non vi è nulla di ripugnante in Z, e allora il Paradosso della Mera Addizione va inteso, invece che come un paradosso, come un argomento a favore dell'accettazione di quella che solo impropriamente viene chiamata “Conclusione Ripugnante” – in questo senso, dobbiamo accettare la Conclusione Ripugnante⁸⁹.

A questo argomento potrebbe risponderci che la maggior parte di noi può immaginare eventi drammatici – per esempio, la perdita di un arto – che peggiorano la qualità della nostra vita senza pregiudicare il fatto che questa resti degna di essere vissuta. Eppure, ciò sarebbe inspiegabile laddove in generale vivessimo vite appena degne di essere vissute – come sarebbe possibile che le nostre vite appena degne di essere vissute possano patire evidenti peggioramenti e pur preservarsi vite degne di essere vissute? La risposta a questa obiezione è – a mio modo di vedere – significativa: spesso le persone che perdono qualcosa che credevano indispensabile per condurre un'esistenza decente, dopo una fase di iniziale smarrimento, si adattano alla loro nuova condizione e tornano al livello di benessere che avevano prima. Insomma, anche quando crediamo che, perdendo molte delle cose che abbiamo, il nostro benessere diminuirà durevolmente, noi crediamo il falso – ci stiamo illudendo.

Il secondo argomento sul quale voglio soffermarmi è stato presentato da Michael Huemer. Si tratta di un esperimento mentale diviso in due fasi. Prima fase. Immaginiamo una coppia che ha già due figli e si stia interrogando sull'opportunità di farne un terzo. Verosimilmente la vita del terzo figlio avrà benessere positivo, tuttavia il benessere della coppia patirà un leggero decremen-

correre anche solo uno dei suoi teoremi dell'impossibilità richiederebbe troppo spazio. Per un esempio risalente ma comunque esemplificativo dell'operazione teorica di Arrhenius si rinvia ad ARRHENIUS 2000a e ARRHENIUS 2000b.

⁸⁸ TÄNNSJÖ 2004, 223-226.

⁸⁹ TÄNNSJÖ 2004, 232-235.

to. Un amico, interpellato sul punto, sentenzia che sarebbe bene che la coppia non abbia il terzo figlio. Le ragioni della risposta dell'amico sono abbastanza comprensibili: il concepimento del terzo figlio sarà un *male* per la coppia, e *non* sarà un *bene* per il terzo potenziale figlio – in linea con l'idea per cui i benefici esistenziali non riguardino le scelte “qualcuno o nessuno” (§6, in particolare il Comparativismo Condizionale⁹⁰). Seconda fase dell'esperimento mentale. La coppia ha avuto una bambina, si chiama Sally. Sally ha una vita ben degna di essere vissuta, la coppia sta un po' peggio di prima. Tutti, i genitori, i tre figli e l'amico, stanno pranzando insieme. L'amico, che non ha avuto ragione di ricredersi, sentenzia che sarebbe stato bene che Sally non fosse nata.

Verosimilmente, mentre il primo giudizio verrebbe accolto come ragionevole, il secondo verrebbe accolto come irragionevole e offensivo. Eppure le cose sono andate proprio nel modo in cui ci si aspettava che andassero quando il primo giudizio era stato emesso. Secondo Huemer, saremmo vittime di un *pregiudizio presentista*: siamo propensi a riconoscere il valore della creazione di una persona la cui vita è degna di essere vissuta, una volta che la persona sia stata creata – atteggiamento retrospettivo; ma, quando si tratta di creare una persona, non siamo particolarmente impressionati dall'immaginare che questa avrà una vita degna di essere vissuta – atteggiamento prospettivo. Ma se riconosciamo il valore retrospettivamente allora dobbiamo riconoscerlo anche prospettivamente: abbiamo ragioni per creare nuove vite con benessere positivo anche se questo si traduce in un decremento nel benessere delle persone esistenti. Per queste ragioni dobbiamo accettare la Conclusione Ripugnante⁹¹.

9. Note su alcuni problemi di metodo nel ragionamento morale

Il tratto comune di questi argomenti in favore dell'accettazione della Conclusione Ripugnante è l'attacco al nostro punto di vista, o, forse meglio, a una “parte” del nostro punto di vista: siamo in preda a illusioni e di queste illusioni non possiamo sbarazzarci. Con riferimento al primo argomento, ascoltare la testimonianza di chi, dopo un grave incidente, racconta di come alla fine gli sembri di essersi adattato alle sue nuove condizioni di vita, non basta per farci cessare di concepire i gravi incidenti come eventi che diminuiscono il benessere delle loro vittime; con riferimento al secondo argomento, constatare come si tenda ad attribuire valore in sé alla vita di persone esistenti non basta per farci attribuire quello stesso valore alle persone meramente possibili che potremmo creare. Il concepirci come persone che potrebbero perdere molto benessere e pur continuare a vivere vite degne di essere vissute, il non essere empatici nei confronti delle persone possibili che potrebbero esistere e invece non esisteranno, se sono illusioni, sono illusioni *persistenti* – illusioni che non scompaiono una volta che queste nostre condizioni mentali e i sottostanti meccanismi psicologici ci sono stati messi davanti.

La tesi che intendo avanzare è che questa mossa – il richiamo alle influenze distorsive del giudizio, illusioni persistenti – sembra, almeno a prima vista, eccentrica rispetto a un certo modo di intendere il ragionamento morale. Per capire in che modo sia eccentrica facciamo un passo indietro.

In etica della popolazione – e lo stesso vale per altri dibattiti etico-sostanziali – ricorrono espressioni come intuizione, intuitivo, contro-intuitivo – si dice, a esempio, che questo o quel giudizio è “intuitivo” o “contro-intuitivo”, che questo o quel principio ha conseguenze, applicazioni, “intuitive” o “contro-intuitive”. In metaetica esiste un uso del termine “intuizione morale” per cui l'intuizione morale è la facoltà attraverso la quale possiamo accedere alla conoscenza

⁹⁰ O magari sarà un bene per il terzo potenziale figlio, ma il beneficio esistenziale avrebbe un valore lessicalmente inferiore al beneficio comparativo di cui si avvantaggerebbe la coppia qualora si astenesse dal fare il terzo figlio. Questa è forse l'ipotesi considerata da Huemer, tuttavia possiamo tralasciare queste complicazioni.

⁹¹ HUEMER 2008, 916-918. Huemer offre ulteriori argomenti in favore dell'accettazione della Conclusione Ripugnante.

delle verità morali o – considero le due espressioni come sinonime – dei valori morali oggettivi. L’Intuizionismo, in questo senso, è una posizione metaetica oggettivistica⁹². A seconda di come questa concezione di intuizione venga sviluppata, l’essere un giudizio intuitivo potrà essere condizione necessaria e sufficiente perché il giudizio rifletta una verità morale, o potrà essere condizione solo necessaria, o solo sufficiente, o magari i giudizi intuitivi saranno solo il punto di partenza per arrivare, attraverso procedimenti non intuitivi, alla conoscenza di certe verità morali. A seconda di come venga sviluppata, potrà ammettersi che vi siano intuizioni corrette e intuizioni scorrette. Ma, come si voglia modulare l’Intuizionismo, in ogni caso il presupposto resta che vi sono dei valori morali oggettivi e le intuizioni sono uno strumento per la loro conoscenza.

Questa prima concezione di intuizione – con il suo legame indissolubile con l’idea di oggettivismo morale – deve essere considerata solo per poterla mettere da parte. La seconda concezione, quella che ci interessa, prescinde da una posizione sull’oggettività dei valori morali. Cosa resta una volta eliminato il legame con l’oggettività dei valori morali? Resta che l’intuizione morale è una risposta emotiva di approvazione o di disapprovazione rispetto a una certa condotta o stato di fatto. Una risposta emotiva rapida? Automatica? Inconscia? Non-sillogistica? Necessariamente motivante? Per lo scopo che mi prefiguro non credo sia necessario qualificare ulteriormente cosa sia un’intuizione se non dicendo che quando abbiamo un’intuizione a favore di un certo giudizio morale – quando quel giudizio ci sembra intuitivo – quel giudizio ci sembra corretto. E viceversa, quando abbiamo un’intuizione contro un certo giudizio morale – quando quel giudizio ci sembra contro-intuitivo – quel giudizio ci sembra scorretto. Una caratteristica di questo uso del termine intuitivo è che l’agente che ha un’intuizione a favore di un certo giudizio può criticare questa sua risposta – l’intuizione – e ritenere che il giudizio sia scorretto o, almeno, che sia un giudizio di cui valga la pena dubitare. Infatti, comunemente a molti di noi capita di ritenere che qualcosa che ci *sembra* corretto, *effettivamente* non lo sia – fermo restando che (come per l’idea di “intuizione”) sto assumendo un’idea di “correttezza” e, dunque, di “effettivamente corretto” sufficientemente indeterminata da risultare compatibile anche con posizioni che negano l’oggettività dei valori morali⁹³.

Tenendo a mente questa seconda nozione di intuitività, possiamo delineare un primo metodo del ragionamento morale secondo il quale una soluzione intuitiva è una soluzione corretta. Secondo questo metodo, tra intuitività e correttezza non c’è iato: l’essere un giudizio intuitivo è condizione necessaria, ma anche sufficiente, perché quel giudizio sia corretto. Giudizi contro-intuitivi non potranno essere corretti: almeno per quanto riguarda la scelta, o la contemplazione, dei nostri valori supremi (*telici*), non esistono pregiudizi. Chiamiamo questo primo metodo del ragionamento morale “Metodo Intuizionista”⁹⁴.

A eccezione di quelli in favore dell’accettazione della Conclusione Ripugnante, gli argomenti e le obiezioni che sono stati passati in rassegna (§3-7) sono sussumibili entro il Metodo Intuizio-

⁹² HUEMER 2005, 6 ss.

⁹³ In che misura un agente che nega l’oggettività dei valori morali può ritenere che un certo giudizio sia – o non sia – effettivamente corretto? Non può essere questa l’occasione per esaminare questo problema con l’attenzione che meriterebbe. Tuttavia, ritengo che un agente che neghi l’oggettività dei valori morali possa dire che un certo giudizio sia effettivamente corretto *per lui* nel momento in cui attiva dei processi di controllo su quel giudizio e questi processi lo riconfermano, e poi attiva processi di controllo sui processi di controllo e questi li riconfermano, e così via ricorsivamente, fino all’esaurimento delle sue risorse psicologiche (la sua concentrazione prima di tutto). Su giudizi normativi e ricorsività dei processi di controllo, BRIGAGLIA 2018.

⁹⁴ Per valore *telico* intendo un valore finale contrapposto a un valore strumentale: dormire ha un valore strumentale al piacere, il piacere è invece un valore finale. Questo uso del termine “telico” è tratto dalle recenti opere di teoria morale generale di Parfit, Per esempio, «Our desires are *teleological* or *telic* when we want some event as an *end*» e «Such reasons are *telic* when they are provided by the facts that make some possible event good as an *end*» (PARFIT 2011, 44, 52). Secondo il Metodo Intuizionista non esistono pregiudizi sui valori telici, ma possono esistere pregiudizi sui valori strumentali: un agente morale può ingannarsi su quali siano i mezzi migliori per raggiungere il proprio scopo.

nista: i principi che costituiscono il contenuto dei vari argomenti, per avere successo, devono avere implicazioni che non siano contro-intuitive; mentre le obiezioni, per avere successo, devono mostrare che in realtà quei principi hanno implicazioni contro-intuitive⁹⁵.

Davanti a questa ricostruzione potrebbe sorgere un dubbio. Se è vero che il Paradosso della Mera Addizione mostra come tre giudizi intuitivi sono tra di loro contraddittori, quali margini, in radice, vi potrebbero mai essere per il Metodo Intuizionista di giungere a una soluzione del paradosso? In fondo – si potrebbe dire –, se, da un lato, il Paradosso della Mera Addizione mostra come ci sembrano corrette tre posizioni contraddittorie e, dall'altro lato, il Metodo Intuizionista stabilisce che una soluzione che sembra corretta è una soluzione effettivamente corretta, non giungiamo forse all'*impasse* per cui abbiamo un insieme di giudizi corretti ma contraddittori? Direi che vi sono diversi modi in cui potremmo sperare di poter risolvere il Paradosso della Mera Addizione coerentemente con il Metodo Intuizionista. Una strategia ricorrente è, ad esempio, quella di provare a riformulare uno dei principi intuitivi che costituiscono le premesse del Paradosso della Mera Addizione in modo che il principio riformulato in sé resti intuitivo ma non risulti contraddittorio con gli altri principi. Ad esempio, il modo in cui PVV (§3) deroga – in questo senso riformula – al Principio della Mera Addizione, può sembrare, di per sé, intuitivo; e il principio riformulato non è in contraddizione né con il Principio di Non-Antieguaglianza, né con il Rigetto della Conclusione Ripugnante. Sebbene siano concepibili margini di speranza per una soluzione, la storia ha mostrato come i vari principi proposti – in sé almeno non platealmente contro-intuitivi e tra loro compostibili – ingenerino altre conclusioni altamente contro-intuitive. Ad esempio, PVV ingenera la Conclusione Sadica. Abbiamo dunque una serie di argomenti che sembrano assumere come regole del gioco che un principio, o una teoria, ha successo se non ha implicazioni contro-intuitive, merita di essere scartato qualora ha implicazioni contro-intuitive – ciò è compatibile con il Metodo Intuizionista.

Gli argomenti in favore dell'accettazione della Conclusione Ripugnante che sono stati brevemente passati in rassegna nel paragrafo precedente, invece, non sembrano – non a prima vista almeno – compatibili con quello che ho chiamato Metodo Intuizionista. La premessa metodologica sulla quale riposano è, infatti, che alcune delle nostre intuizioni siano dei meri pregiudizi – illusioni persistenti – e che come tali, lungi dal costituire il banco di prova delle varie soluzioni prospettabili, andrebbero neutralizzate affinché non pervertano il ragionamento morale. Non tutti i nostri giudizi intuitivi sono corretti e, per converso, alcuni giudizi contro-intuitivi sono corretti e vanno accettati. Chiamiamo “Metodo dell'Accettazione” quel metodo del ragionamento per cui l'essere un giudizio intuitivo – ossia il sembrare quel giudizio corretto – e l'essere un giudizio giusto – l'essere quel giudizio effettivamente corretto – non coincidono e può darsi il caso che si debba accettare un giudizio contro-intuitivo.

La sussistenza di due diversi metodi del ragionamento morale crea un cortocircuito: il dibattito tende a diventare una discussione tra sordi. Prendiamo un utilitarista – come Tännsjö⁹⁶ – sostenitore del Principio Totale e seguace del Metodo dell'Accettazione. L'utilitarista riterrà non solo che si debba accettare la Conclusione Ripugnante, ma anche che per stabilire il valore di una vita si debba solo fare riferimento alla somma algebrica dei piaceri e dei dolori che questa contiene (§1). Un critico, seguace del Metodo Intuizionista, può prontamente mostrare a questo utilitarista come la sua posizione vada incontro a conclusioni ancora

⁹⁵ Gli argomenti e le obiezioni passati in rassegna nei paragrafi 3-7 non sono solo compatibili con il Metodo Intuizionista. Certamente sarebbero compatibili pure con una variante del Metodo Intuizionista per cui l'essere un certo giudizio intuitivo è condizione necessaria ma non anche, o non sempre, sufficiente per rendere quel giudizio giustificato. Questa variante – al pari della versione del Metodo Intuizionista da me considerata – escluderebbe che un giudizio contro-intuitivo possa essere corretto e questo basterebbe al rendere compatibile il metodo con gli argomenti passati in rassegna nei paragrafi 3-7.

⁹⁶ TÄNNSJÖ 1998.

più contro-intuitive della Conclusione Ripugnante. Implicherebbe, ad esempio, che un mondo in cui miliardi di persone vivono vite lunghe e gioiose sia peggiore di un mondo in cui esiste un numero molto maggiore di creature che sperimentano solo gioia ma vivono ciascuna per appena un minuto. Avremmo ragioni per farci da parte e mettere al posto nostro un numero imprecisato di queste creature? Per molti si tratta di una conclusione decisamente contro-intuitiva – una Conclusione Ripugnante Rafforzata. Eppure un utilitarista seguace del Metodo dell'Accettazione può rispondere che l'errore del suo interlocutore è sempre lo stesso, quello di dare troppo credito alle intuizioni: quel che la Conclusione Ripugnante Rafforzata mostra è solo quanto le nostre intuizioni potrebbero essere irrimediabilmente compromesse. Non è forse a causa di un pregiudizio specista – si dirà – che non riusciamo a vedere il maggior valore contenuto in questo mondo di mosche felici?⁹⁷ Mi sembra che i binari comunicativi siano ormai diventati paralleli.

Alcune notazioni conclusive problematiche. Non si ha qui l'intento di difendere il Metodo Intuizionista, tuttavia, almeno apparentemente, le regole del Metodo Intuizionista sono abbastanza determinate. Sono regole semplicissime: se la soluzione prospettata è intuitiva, la soluzione è corretta; finché non raggiungiamo una situazione in cui tutti i giudizi che troviamo intuitivi possono coesistere armonicamente non abbiamo finito il nostro lavoro; potrebbe darsi che sia impossibile trovare una soluzione accettabile dal momento che, considerate le varie combinazioni disponibili di giudizi coerenti, non ve ne è, tra queste, una in cui tutti i giudizi siano da noi trovati intuitivi⁹⁸. Per il Metodo dell'Accettazione il discorso è diverso. Quali sono le regole che sovrintendono alla identificazione dei pregiudizi è una questione che non è chiara e che deve essere chiarita. Perché dovremmo distaccarci da ciò che ci sembra corretto in una direzione e non nella direzione opposta? In mancanza di una risposta a questo interrogativo, il Metodo dell'Accettazione resta esposto all'accusa di essere un sistema arbitrario. Si tenga a mente come gli esempi da me riportati di Metodo dell'Accettazione supportino l'accettazione della Conclusione Ripugnante – producano ragioni in favore dell'aumento della popolazione. Ma questo esito non è affatto scontato: il Metodo dell'Accettazione potrebbe essere impiegato – ed è stato impiegato – per giustificare soluzioni diametralmente opposte, come il dovere di prodigarsi per l'estinzione del genere umano⁹⁹. Chiamiamo questo problema “*Problema dell'Arbitrarietà*”.

D'altra parte il Metodo Intuizionista, così come formulato, presenta delle contraddizioni interne. Un primo problema è rappresentato dagli atteggiamenti di secondo livello – o, in generale, di livello superiore – che criticano alcuni dei nostri atteggiamenti di livello inferiore¹⁰⁰. Poniamo il caso che un agente abbia, non due intuizioni pari-ordinate contraddittorie – del tipo “è giusto ϕ ” e “non è giusto ϕ ” –, ma una prima intuizione – “è giusto ϕ ” – e una seconda intuizione di livello superiore che critichi la prima – “ignora l'intuizione per cui ‘è giusto ϕ ’”. Secondo il Metodo Intuizionista sia il giudizio di livello inferiore sia il giudizio di livello superiore sono cor-

⁹⁷ L'obiezione del seguace del Metodo Intuizionista è quella che Arrhenius rivolge a Tännsjö in ARRHENIUS 2000b, 48 s.; la risposta che tira in ballo il pregiudizio specista è di Tännsjö medesimo (TÄNNSJÖ 2004, 229 s.)

⁹⁸ Questo non vuol dire che diverse persone si troveranno sempre d'accordo sugli esiti del Metodo Intuizionista. Infatti, può ben darsi che due soggetti trovino intuitivi giudizi diversi. Tuttavia, se questi due soggetti seguono il Metodo Intuizionista e arrivano a un disaccordo, sanno da cosa questo disaccordo è generato: è generato dall'avere risposte emotive completamente diverse.

⁹⁹ Pensiamo all'Estinzionismo (v. §6). David Benatar, sostenitore dell'Estinzionismo, ha espressamente riconosciuto come la sua posizione sia in palese contrasto con il senso comune, aggiungendo come questa circostanza non scalfisca in alcun modo la solidità dei suoi argomenti. Infatti, il senso comune sarebbe fallace «although my conclusions may be counter-intuitive, the dominant intuitions in this matter seem thoroughly untrustworthy» e dovremmo accettare conclusioni contro-intuitive «when one has a powerful argument, based on highly plausible premises [...] but which is rejected merely because of primal psychological features that compromise our judgment, then the counter-intuitiveness of the conclusion should not count against it» (BENATAR 2006, 205, 207 ss.).

¹⁰⁰ FRANKFURT 1971.

retti – entrambi sono intuizioni dell'agente. Ma questo cosa vuol dire? Vuol dire che, alla fine, per il Metodo Intuizionista è come se i due giudizi fossero pari-ordinati? Oppure, dalla correttezza del giudizio di secondo livello deriva che, alla fine, dobbiamo neutralizzare il giudizio di primo livello, ossia neutralizzare una nostra intuizione, ossia accettare la sua negazione, accettare un giudizio contro-intuitivo? Per poter attrarre qualcuno, il Metodo Intuizionista deve essere rifinito rispondendo a questo interrogativo – *Problema delle Intuizioni di Secondo Livello*.

Questo problema se ne chiama dietro un altro. Poniamo di adottare una versione del Metodo Intuizionista per cui le intuizioni di primo livello, che sono bersaglio di critiche da parte di intuizioni di secondo livello, vengono neutralizzate – seconda alternativa del capoverso precedente. Per questa versione del Metodo Intuizionista si daranno conclusioni contro-intuitive che devono essere accettate. Ma questo è vero anche secondo il Metodo dell'Accettazione. Una volta introdotto il problema degli atteggiamenti di secondo livello, resta possibile distinguere tra i due metodi o l'uno si riduce all'altro? (*Problema della Riduzione*)

Un altro problema, attinente al Metodo Intuizionista, è rappresentato dal caso di un agente che trovi di per sé contro-intuitivo precisamente il fatto che la correttezza di un giudizio dipenda in modo così stretto dalla intuitività di quel giudizio – trovando intuitivo, piuttosto, che le valutazioni morali siano affette da pregiudizi. Questo agente, pur trovando contro-intuitivo il Metodo Intuizionista, potrebbe ritenerlo corretto, credervi. Tuttavia, il metodo in cui crede gli intima di seguire le proprie intuizioni e queste, nel suo caso particolare, condannano quello stesso metodo. Avremmo un metodo del ragionamento che, almeno in certi casi, prescrive il proprio abbandono (*Problema della Meta-intuitività*)¹⁰¹.

Infine, un problema generale. La contrapposizione tra Metodo Intuizionista e Metodo dell'Accettazione sembra avere la sua origine in due modi profondamente diversi di concepire il senso del ragionamento pratico. Per il Metodo Intuizionista, accade che noi siamo recettivi, sensibili, a certe circostanze e non ad altre – ad esempio molti di noi sono recettivi al benessere delle persone che esistono ma non sono allo stesso modo recettivi al benessere delle persone possibili; dato ciò che troviamo intuitivo e contro-intuitivo, dato ciò a cui siamo e non siamo recettivi, dato come siamo fatti, il ragionamento morale si risolve nel trovare soluzioni a incongruenze insite nella nostra contingente identità morale. Per il Metodo dell'Accettazione il fatto che noi siamo sensibili a certe cose e non ad altre non è sempre rilevante; al contrario, alcune delle nostre sensibilità sarebbero influenze distorsive che ci allontanano dalla soluzione corretta. Dovremmo liberarci di alcune delle nostre contingenze – in un modo da chiarire: ritorna il Problema dell'Arbitrarietà. Il ragionamento morale avrebbe, per il Metodo dell'Accettazione, una portata rivoluzionaria che manca nel Metodo Intuizionista. È un'alternativa davvero generale. Vogliamo che la morale vada dagli esseri umani o gli esseri umani dalla morale?¹⁰² Chiamiamo questo problema “*Problema della contingenza*”¹⁰³.

¹⁰¹ Nella fase di referaggio è stato notato come il Metodo Intuizionista possa risultare in sé contro-intuitivo. Originariamente avevo ommesso ogni accenno a quello che ho chiamato “Problema della meta-intuitività”, ma la perplessità, comprensibile, del referee mi ha spinto a includerlo tra le questioni metodologiche poste dall'analisi del ragionamento morale. Altrove ho avanzato l'idea secondo la quale il metodo del ragionamento di coloro che criticano l'oggettività dei valori morali – ad esempio soggettivisti e nichilisti (*error-theorists*), qualora siano distinguibili – consista in una versione del Metodo Intuizionista a cui si aggiunge la regola per cui, quando la negazione dell'oggettività va contro le nostre intuizioni, sappiamo che le nostre intuizioni ci stanno illudendo. Il presupposto sarebbe che il critico dell'oggettività dei valori morali è qualificato dalle sue credenze – di stampo negazionista – sui valori morali, ma non anche dal fatto che si trovi a suo agio con questo apparato di credenze, ossia, non anche dal fatto che trovi perfettamente intuitive tutte le implicazioni delle sue credenze. Questo soggetto, nel momento in cui ha un'intuizione di stampo oggettivista, “si ricorda” che questa intuizione è soltanto un'illusione – e questo basta a fare di lui un critico dell'oggettività. In questo senso, il critico dell'oggettività accetta che si diano illusioni in ambito morale, ma limitatamente alle intuizioni in favore dell'oggettività dei valori.

¹⁰² FRANKENA 1973, 116.

¹⁰³ Quando parlo di sussunzione di certi argomenti (quelli discussi tra §3 e §7) entro il Metodo Intuizionista bisogna tenere a mente due precisazioni. In primo luogo vi sono snodi argomentativi, sparsi nella letteratura, che effet-

Si tratta di problemi di metodo per nulla confinati nel dibattito di etica della popolazione¹⁰⁴ e che spesso vengono trascurati.

tivamente stridono con il Metodo Intuizionista. Ad esempio, Parfit nella sua difesa del Perfezionismo – §5 – puntualizza come sebbene le soluzioni da lui prospettate possano in sé sembrare strane, sono comunque quelle *meno implausibili* (PARFIT 2016, 120, 126). Per come da me introdotto il Metodo Intuizionista richiede che una soluzione morale, per meritare questo nome, non appaia strana affatto. Allo stesso tempo il criterio indicato da Parfit – la ricerca della soluzione meno implausibile – sembra assegnare rilevanza al senso di correttezza: il criterio non appare del tutto antitetico alle regole del Metodo Intuizionista. Avremo una sorta di regola ibrida posta a metà tra il Metodo Intuizionista e il Metodo dell'Accettazione. In secondo luogo, occorre precisare che la mia ricostruzione in termini psicologisti del concetto di intuizione potrebbe non essere accolta con favore dai vari autori che hanno proposto e discusso le varie soluzioni ai dilemmi dell'etica della popolazione (tra §3 e §7). Potrebbe ben darsi che molti di questi autori quando parlano di implicazioni contro-intuitive non vogliano tanto dire che certe implicazioni suscitano in noi una reazione emotiva di avversione, quanto che queste implicazioni sono irrazionali. Questi autori potrebbero allora tranquillamente concedere che alcune implicazioni che suscitano in noi reazioni emotive di avversione – conclusioni contro-intuitive in senso psicologico – debbano essere accettate. In tal caso, questi autori adotterebbero non il Metodo Intuizionista ma il Metodo dell'Accettazione e dovrebbero affrontare i problemi che ho menzionato. In particolare andrebbe loro chiesto cosa è che rende i giudizi da loro considerati intuitivi espressioni della razionalità umana e non soltanto espressioni di stati emotivi di approvazione o disapprovazione.

¹⁰⁴ Rinvio in proposito ad alcuni testi classici già citati in cui questi problemi di metodo si pongono (SINGER 1972, THOMSON 1985) e vengono analizzati (UNGER 1996, GREENE 2013).

Riferimenti bibliografici

- ARRHENIUS G. 2000a. *An Impossibility Theorem for Welfarist Axiologies*, in «Economics and Philosophy», 2, 2000, 247ss.
- ARRHENIUS G. 2000b. *Future Generations. A Challenge for Moral Theory*, dissertazione di dottorato, Uppsala.
- ARRHENIUS G. 2009. *Can the Person Affecting Restriction Solve the Problems in Population Ethics?*, in ROBERTS M., WASSERMAN D. (eds), *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Non-Identity Problem*, Dordrecht – Heidelberg – London – New York, Springer, 289 ss.
- ARRHENIUS G. 2016. *Population Ethics and Different-Number-Based Imprecision*, in «Theoria», 82, 2, 2016, 166 ss.
- ARRHENIUS G., RABINOWICZ W. 2015. *The Value of Existence*, in HIROSE I., OLSON J. (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, Oxford, Oxford University Press, 424 ss.
- ARRHENIUS G., RYBERG J., TÄNNSJÖ T. 2017. *The Repugnant Conclusion*, disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/repugnant-conclusion/> (consultato il 04/03/2020).
- BENATAR D. 2006. *Better Never to Have Been*, Oxford – New York, Oxford University Press.
- BLACKORBY C., BOSSERT W., DONALDSON D. 1997. *Critical-level Utilitarianism and Population Ethics Dilemma*, in «Economics and Philosophy», 13, 2, 1997, 197 ss.
- BOONIN D. 2014. *The Non-identity Problem & the Ethics of Future People*, Oxford, Oxford University Press.
- BRIGAGLIA M. 2018. *Genealogia della normatività. La normatività come controllo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», XVIII, 1, 2018, 59 ss.
- BROOME J. 2004. *Weighing Lives*, New York, Oxford University Press.
- CARLSON E. 1998. *Mere Addition and Two Trilemmas of Population Ethics*, in «Economics and Philosophy», 14, 2, 1998, 283 ss.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- ELSTER J. 1979. *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FRANKENA W.K. 1973. *Ethics*, seconda edizione, Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall.
- FRANKFURT H.G. 1971. *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in «The Journal of Philosophy», 68, 1, 1971, 5 ss.
- GREAVES H. 2017. *Population Axiology*, in «Philosophy Compass», 12, 11, 2017, 1ss.
- GREENE J. D. 2013. *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*, New York, The Penguin Press.
- GRIFFIN J. 1986. *Well-Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, Oxford, Oxford University Press.
- HUEMER D. 2005. *Ethical Intuitionism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan.
- HUEMER D. 2008. *In Defence of Repugnance*, in «Mind», 117, No. 468, 2008, 900 ss.
- HURKA T.M. 1983. *Value and Population Size*, in «Ethics», 93, 3, 1983, 496 ss.
- MCMAHAN J. 1981. *Problems of Population Theory*, in «Ethics», 92, 1, 1981, 96 ss.
- MCMAHAN J. 2009. *Asymmetries in the Morality of Causing People to Exist*, in ROBERTS M., WASSERMAN D. (eds), *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Non-Identity Problem*, Dordrecht – Heidelberg – London – New York, Springer, 49 ss.
- MCMAHAN J. 2013. *Causing People to Exist and Saving People's Lives*, in «The Journal of Ethics», 17, 1/2, 2013, 5 ss.
- MCTAGGART J.M.E. 1921. *The Nature of Existence*, Cambridge, Cambridge University Press.

- NARVESON J. 1967. *Utilitarianism and New Generations*, in «Mind», 76, 301, 1967, 62 ss.
- NARVESON J. 1973. *Moral Problems of Population*, in «The Monist», 57, 1, 1973, 62 ss.
- NG Y.K. 1989. *What Should We Do About Future Generations?*, in «Economics and Philosophy», 5, 2, 1989, 235 ss.
- PARFIT D. 1984. *Reasons and Persons*, Oxford – New York, Oxford University Press.
- PARFIT D. 1986. *Overpopulation and the Quality of Life*, in SINGER P. (ed.), *Applied Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 145 ss.
- PARFIT D. 2011. *On What Matters. Volume I*, Oxford, Oxford University Press.
- PARFIT D. 2016. *Can We Avoid the Repugnant Conclusion?*, in «Theoria», 82, 2, 2016, 110 ss.
- PARFIT D. 2017. *Future People, the Non-Identity Problem, and Person-Affecting Principles*, in «Philosophy & Public Affairs», 45, 2, 2017, 118 ss.
- PELLEGRINO G. 2012. *Etica delle popolazioni: l'inevitabilità della qualità della vita e dei paradossi che ne conseguono*, in «Iride», XXV, 1, 2012, 27 ss.
- RAWLS J. 1971. *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- SIDER T. R. 1991. *Might Theory X Be a Theory of Diminishing Marginal Value?*, in «Analysis», 51, 4, 1991, 265 ss.
- SIDGWICK H. 1907. *The Methods of Ethics*, settima edizione, Indianapolis-Cambridge, Hackett Publishing Company.
- SIKORA R.I. 1975. *Utilitarianism: The Classical Principle and the Average Principle*, in «Canadian Journal of Philosophy», 5, 3, 1975, 409 ss.
- SINGER P. 1972. *Famine, Affluence, and Morality*, in «Philosophy & Public Affairs», 1, 3, 1972, 229 ss.
- TÄNNSJÖ T. 1998. *Hedonistic Utilitarianism*, Edimburgo, Edinburgh-University Press.
- TÄNNSJÖ T. 2004. *Why We Ought to Accept the Repugnant Conclusion*, in RYBERG J., TÄNNSJÖ T. (eds.), *The Repugnant Conclusion*, Amsterdam, Library of Ethics and Applied Philosophy, vol. 15, Manging Editor, 219 ss.
- TEMKIN L.S. 1987. *Intransitivity and the Mere-Addition Paradox*, in «Philosophy & Public Affairs», 16, 2, 1987, 138 ss.
- TEMKIN L.S. 2012. *Rethinking the Good. Moral Ideals and the Nature of Practical Reasoning*, New York, Oxford University Press.
- THOMSON J.J. 1985. *The Trolley Problem*, in «The Yale Law Journal», 94, 6, 1985, 1395 ss.
- UNGER P. 1996. *Living High & Letting Die. Our Illusion of Innocence*, New York – Oxford, Oxford University Press.
- WILLIAMS B.A.O. 1973a. *The Makropulos Case: Reflections on the Tedium of Immortality*, in ID. *Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 82 ss.
- WILLIAMS B.A.O. 1973b. *A Critique of Utilitarianism*, in SMART J.J.C., WILLIAMS B.A.O. (eds.), *Utilitarianism for & against*, New York, Cambridge University Press, 77 ss.

DIFFERENZIARE IN MODO IRRAGIONEVOLE E DISCRIMINARE (IN BASE AL SESSO): LA “DISTINZIONE” MANCATA

UN VIAGGIO AI CONFINI
DELL'EGUAGLIANZA

GIUSI **SORRENTI**



Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso):
la “distinzione” mancata
Un viaggio ai confini dell'eguaglianza

The Failure to Distinguish Between Non-Rational Desperate Treatment
and (Gender) Discrimination
A journey to the ends of equality

GIUSI SORRENTI

Professoressa ordinaria, Università degli Studi di Messina.
E-mail: giuseppa.sorrenti@unime.it

ABSTRACT

L'articolo presenta un'indagine – trasversale a varie branche del diritto – sui limiti e i punti di caduta delle tecniche, tanto giurisprudenziali quanto normative, di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso. L'idea di fondo è quella di mettere in evidenza la non coincidenza concettuale tra “discriminazione” e “disparità di trattamento”, che, colta negli USA, ha portato la Corte Suprema a sviluppare un'apposita tipologia di sindacato delle *invidious classifications* anche quando *gender-based*, smarrita invece nel nostro ordinamento, ha determinato l'assorbimento del relativo controllo di costituzionalità nel comune schema del sindacato di ragionevolezza derivante dall'art. 3 Cost. Quest'appiattimento concettuale non solo ha condotto ad un controllo di legittimità costituzionale sulle diseguaglianze di genere inizialmente meno penetrante, ma ha anche occultato lo spessore socio-culturale della discriminazione, rendendo più lento ed arduo il percorso volto a mettere a punto strumenti e tecniche normative di intervento capaci di incidere sulla dimensione effettuale del fenomeno discriminatorio.

This article offers an inquiry – extended to various legal branches – into the limits and the critical points that affect both the judicial and the normative techniques of implementing the ban on gender-based discrimination. The key idea is to highlight the conceptual non-coincidence between “discrimination” and “desperate treatment”. In the United States this distinction led the Supreme Court to develop an *ad hoc* constitutional review of the “invidious classifications”; the same distinction, being lost in Italian system, has driven the Constitutional Court to reduce the related constitutional review into the common scheme of the “rational basis test”, drawn from art. 3 It. Const. This conceptual flattening not only brought to a constitutional review of the law which initially was not so strict, but it even concealed the socio-cultural complexity of the phenomenon of discrimination, slowing down and hindering the path toward the elaboration of instruments and interventions capable of affecting the factual dimension of gender discrimination.

KEYWORDS

eguaglianza, discriminazione di genere, ragionevolezza, differenziazione, neutralizzazione

equal protection, gender discrimination, rational basis test, desperate treatment, neutralization

Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso): la “distinzione” mancata Un viaggio ai confini dell'eguaglianza

GIUSI SORRENTI

1. Premessa – 2. “Disparità di trattamento” e “discriminazione”: analisi di una differenza concettuale e delle sue ricadute sul controllo di validità delle leggi, alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema americana – 3. Un passaggio essenziale grazie al correttivo apportato dalla Francia: la specificità della rivendicazione della parità tra i sessi nell'ambito del dibattito sull'eguaglianza – 4. Un'indagine sul campo delle tecniche normative di tutela antidiscriminatoria nei vari settori – 4.1. Alla ricerca dell'eguaglianza effettiva nel campo del diritto del lavoro, tra parità e speciale protezione – 4.2. Per una rappresentanza (effettivamente) universale e una democrazia paritaria: tecniche di parità delle chances e tecniche result-oriented, il riequilibrio negli organi collegiali non elettivi, l'incidenza sulle prassi partitiche – 4.3. Un cenno critico alla propensione alla neutralizzazione delle differenze nell'UE e nell'Universal Turn statunitense.

1. Premessa

Il sottotitolo della presente riflessione, che suona come una parafrasi del celebre libro di Céline, evocando l'idea dei “confini” del principio di eguaglianza, intende alludere a un primo tentativo di delineare i limiti e i punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso. L'interesse per questo peculiare profilo, prescelto come oggetto di studio, deriva dalla constatazione del divario tra la solennità di un principio, quale quello proclamato nell'art. 3 Cost., l'ampiezza degli strumenti di cui oggi esso si può avvalere per la sua realizzazione e, d'altro canto, la realtà effettuale, ancora insoddisfacente e, a tratti, desolante.

Anticipandone gli esiti, si può osservare sin da subito come la ricerca abbia evidenziato un carente inquadramento teorico del divieto di discriminazioni (normative) in base al sesso, che si è tradotto in un prototipo di sindacato delle leggi oscillante e meno efficace rispetto a quello idealmente elaborabile, e di fatto concretamente sperimentato agli esordi del principio in discorso negli Stati Uniti d'America. A livello legislativo, d'altro canto, complice la sussistenza di solidi interessi sottostanti, insediati tanto sul piano economico quanto su quello istituzionale, lo stesso difetto di inquadramento ha portato, specie nell'ambito del settore giuslavoristico, all'adozione di modelli di intervento non sufficientemente in grado di realizzare un'eguaglianza effettiva.

Il punto maggiormente critico, nell'approccio al divieto delle discriminazioni di genere, è rappresentato, precisamente, dalla mancata percezione della differenza concettuale tra “discriminazione” e mera “differenziazione irragionevole”, che ha condotto ad un'indebita assimilazione dei due fenomeni, rendendo, da una parte, meno penetrante – almeno in una fase iniziale – il sindacato di legittimità costituzionale sulle discriminazioni di genere e, dall'altra, offuscando le radici socio-culturali della diseguaglianza tra i sessi, ciò che non ha consentito di affrontare quest'ultima direttamente e primariamente sul piano ad essa più congeniale, attraverso l'impiego della regolamentazione giuridica anche in chiave promozionale.

2. “Disparità di trattamento” e “discriminazione”: analisi di una differenza concettuale e delle sue ricadute sul controllo di validità delle leggi, alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema americana

La trattazione non può che prendere le mosse dall’ordinamento statunitense¹, la “culla” della tutela antidiscriminatoria: anche se, per i motivi che si diranno più avanti, il prototipo lì elaborato non ha dato gli esiti sperati e sarà in seguito abbandonato, esso merita di essere ripercorso nei suoi caratteri essenziali, ponendosi quale modello ideale ineguagliato.

Negli USA, com’è noto, al contrario di quanto è avvenuto nell’esperienza europea continentale, non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una “costola” di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì, con un percorso inverso, si è proceduto all’introduzione di un apposito emendamento nella Costituzione federale (XIV em., *Equal Protection Clause*, 1868) per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione. Conseguentemente, la riflessione in tema di eguaglianza ha assunto connotati peculiari, legati *ab origine* alle esigenze della tutela antidiscriminatoria, venendone in definitiva caratteristicamente forgiata. A tale riflessione corrispose conseguentemente lo sviluppo di un apposito modello di *judicial review of legislation*. In un laboratorio attivo per circa un quindicennio, magistralmente illustrato da TRIBE (1978, 1558 ss.), grazie all’elevato afflato morale ed intellettuale suscitato dall’esperienza dello schiavismo e della segregazione razziale – che agiscono come potenti reagenti – la Corte Suprema, sotto l’impulso iniziale del giudice Warren, “distilla” gli aspetti distintivi di tale sindacato.

Punto di partenza è la constatazione che una odiosa differenziazione (*invidious classification*) non coincide con una mera “differenziazione irragionevole”, presupponendo la sussistenza di un pregiudizio: un “giudizio prematuro” di inferiorità, come ha ricordato Norberto Bobbio (cit. da PACE 2002, 97) a proposito del razzismo o una «long history of prejudice», come scrive Tribe nell’esordio del Capitolo sulle distinzioni di genere (TRIBE 1978, 1558). Essendo storicamente lungo e radicato, dotato di vischiosità culturale e sedimentato nei costumi e nell’assetto sociale, il pregiudizio o stereotipo (*stigmatic harm*) rischia di permeare le stesse scelte politiche, *in primis* le differenziazioni legislative, che risultano *suspect*, inficiate da una presunzione di incostituzionalità, più rigorosa per il fattore razziale (cui corrisponde uno *strict scrutiny*), relativa invece per il genere laddove alcune condizioni possono giustificare certe differenze di trattamento (cui corrisponde un *intermediate scrutiny*). Le *gender-based classifications* vengono dunque sottoposte a tante prove di resistenza quante appaiano necessarie a dimostrare che la scelta del legislatore non rifletta e perpetui essa stessa uno stereotipo, attraverso l’adozione di previsioni normative che hanno l’effetto di prevenire o scoraggiare, anche economicamente (TRIBE 1978, 1565), l’allontanamento dai ruoli tradizionali (*controllo by effects*).

Il secondo tratto essenziale del diritto antidiscriminatorio americano e del relativo sindacato è la sua spiccata propensione “anti-casta”: questa, che appare ovvia di fronte alla segregazione *race-based*, viene mutuata integralmente anche nell’ipotesi contigua delle discriminazioni di genere – laddove si tratta di sovvertire la tradizione che tende a confinare virtualmente, sulla base di preassunzioni relative al “proper role” di ciascun sesso, donne e uomini in specifici comparti della società, rispettivamente domestico ed extradomestico – con la sola differenza, rispetto alle discriminazioni consumate a danno delle persone di colore, che il sindacato volto a sottrarre alla prevalente assegnazione a sfere predefinite i due sessi assume un moto bidirezionale (*two ways street*), valendo non soltanto a favore della donna verso il comparto tradizionalmente maschile, ma anche nella direzione inversa (TRIBE 1978, 1569 s.). Per questo secondo caratteristico aspetto,

¹ Avvalendosi della ricca e rigorosa ricostruzione della giurisprudenza costituzionale americana offerta da TRIBE 1978, 1558 ss. Tale ricognizione è stata interamente riprodotta in sintesi da chi scrive – con un contributo inedito per il nostro ordinamento – ai fini di una ben più estesa relazione, presentata al Convegno AIC svoltosi a Bergamo il 15-16 novembre 2019 sul tema *Eguaglianza e discriminazioni nell’epoca contemporanea – I sessione: Discriminazioni di genere*, in corso di stampa su *RivistaAIC*.

l'ordinamento statunitense è pervaso da una profonda diffidenza culturale nei confronti del principio di eguaglianza, visto come strumento di ingegneria sociale, non tanto atto a produrre un maggior tasso di integrazione e coesione pluralistica (DWORKIN 1977, 14 ss; DWORKIN 2010 [1977], 323 ss.), quanto suscettibile di essere impiegato per creare artificialmente assetti distanti da quelli che scaturirebbero dalla semplice dinamica meritocratica. Non a caso si insiste a vincolare gli interventi adottabili dal legislatore in questo campo ai traguardi raggiunti dalle *Courts*, notoriamente reputate maggiormente conservatrici.

Nell'ordinamento italiano, com'è noto, i divieti di discriminazione, dopo un breve tortuoso percorso, vengono assimilati alle mere differenziazioni irragionevoli. La vicenda è lunga ma nota: in un primo momento, per non privare gli espressi divieti relativi ai sette parametri sensibili formulati dal Costituente di un autonomo significato, li si legge come fonte di una preclusione assoluta ad assumere quei fattori come fondamento di differenziazioni legislative (c.d. nucleo forte o risvolto negativo dell'eguaglianza), salvo poi rendersi conto ben presto, nell'ipotesi del sesso, che per alcune circostanze, per esempio di carattere biologico, appariva lecito o addirittura doveroso dettare un trattamento diversificato. Di conseguenza il sindacato di legittimità costituzionale che assume quel fattore a parametro viene riportato – e in un certo senso dissolto – nello schema ordinario del giudizio di ragionevolezza: in altri termini, si svolge in modo del tutto analogo al *rational basis test* statunitense (per tutti, PIZZORUSSO 1993, par. 4), che non comporta alcuna inversione dell'onere della prova.

Le componenti coesenziali del sindacato antidiscriminatorio vengono di conseguenza smarrite e con esse la vocazione spiccatamente emancipante di quest'ultimo (BARBERA 1991, 25 s., 45, 126). La permeabilità della *ratio legis* ad alcune preassunzioni culturali non adeguatamente vigilate rende l'esito del sindacato oscillante ed incerto (FERRARA 1984, 98): trattamenti discriminatori vengono avallati, perché ritenuti sorretti da una congrua e idonea, o talora persino semplicemente non arbitraria, giustificazione. Questo comporta che spesso, in una fase iniziale, il vaglio di costituzionalità operi come testimone passivo di una tradizione persistente, anziché tendere a scardinare i convincimenti radicati sul ruolo appropriato della donna, posti al suo fondamento. Basti porre a raffronto le sentt. nn. 119 e 201 del 1972, con cui i giudici costituzionali italiani giustificano la norma che esclude l'uomo dalla pensione spettante ai superstiti, per la minore probabilità che sia il marito anziché la moglie a dipendere economicamente dal coniuge, con la quasi coeva sent. *Frontiero v. Richardson* del 1973, con cui la Corte Suprema annulla una legge che ai fini del riconoscimento dei benefici militari presume le mogli dipendenti dal marito (e non invece i mariti dipendenti dalle mogli che siano componenti dei servizi armati, anche quando di fatto questi lo siano per più di metà del loro sostentamento), elidendo così uno schema che, sotto la forma di un "romantic paternalism", ha l'effetto di «mettere le donne non su un piedistallo ma in una gabbia» (TRIBE 1978, 1562, trad. propria). O ancora con la sent. *Weinberger v. Wiesenfeld* del 1975, con cui si invalida la legge che riconosce alle vedove (e non ai vedovi) i benefici dati al coniuge superstite con prole, in quanto presume che gli sforzi compiuti dalle lavoratrici per pagare le tasse per la sicurezza sociale siano meno "protettivi" (in quanto economicamente meno cospicui) per la famiglia degli sforzi compiuti dai lavoratori, ponendo tra l'altro una differenziazione interamente irrazionale rispetto allo scopo di consentire al genitore di restare a casa per prendersi cura dei bambini.

Naturalmente, con l'evolversi dei costumi sociali, il sindacato di eguaglianza-ragionevolezza, per la sua permeabilità a dati di coscienza diffusa e per il suo stretto intreccio (in quanto "logica dei valori": D'ANDREA 2000, 45) con la trama dei principi costituzionali – notoriamente refrattari a lasciarsi esaurire in una dimensione giuridico-formale e capaci di attingere alla dimensione della realtà effettuale – può gradualmente guadagnare un ruolo più marcatamente "polemico" rispetto all'esistente (CERRI 2005, 5). Prende perciò progressivamente vita un nutrito filone di decisioni volte a superare, con un grado crescente di incisività, assetti socio-culturali radicati, fino a raggiungere esiti molto avanzati. Si cita soltanto, negli ultimi anni, la sent. n. 193/2017

che, pur riguardando un istituto dalla portata assolutamente circoscritta, acquista specifico rilievo ai nostri fini, in quanto va a scalfire tradizioni territoriali sedimentate: incidendo sulla disciplina formatasi *ab immemorabili* del “maso chiuso”, la decisione annulla il criterio ereditario della prelazione maschile, per il *vulnus* inferto al principio di parità tra i sessi, che assurge con l’occasione a principio supremo, risultando quella disciplina inserita nell’ordinamento con norme di rango costituzionale (lo Statuto del Trentino Alto Adige).

I rallentamenti subiti da quest’evoluzione sono imputabili in parte anche alla distorsione ideologica di matrice liberale subita dal principio di eguaglianza davanti alla legge (cui lo schema della ragionevolezza è riconnesso), che coincide con quella inferta allo Stato di diritto, cui lo lega l’erezione della legge a fonte del diritto *esclusiva*, a cui tutti gli individui sono *parimenti* assoggettati, tipica di quest’ultimo. Una volta che l’*establishment* borghese ha ricostituito un ordine confacente ai propri interessi, sulle macerie dell’*Ancien Règime*, i due principi perdono l’impronta di una “parola di lotta” per trasformarsi in un “motto di conservazione” dello *status quo* (BIN 2016, 41). Per la difficoltà di imputare alla logica dell’eguaglianza-ragionevolezza una *vis* promozionale, non vi si potrebbero ricondurre pianamente, ad es., le azioni positive (D’ALOIA 2002, 242 s.), che però delle sue “costole” (i divieti di discriminazione) costituiscono non eccezionali deroghe appena tollerate, bensì persino corollari necessari.

Si rinnovano, pertanto, i tentativi di recuperare una lettura unitaria dell’art. 3 Cost., nelle sue due componenti, formale e sostanziale, restituendo già all’eguaglianza davanti alla legge la sua connotazione dinamica e sottraendo poi l’eguaglianza effettiva al costante inquadramento che vi vede uno strappo al solo volto del principio in grado di vantare la primogenitura dell’origine rivoluzionaria. L’operazione si compie in concreto grazie alla valorizzazione dell’inciso della pari dignità sociale: lungi dall’essere, staticamente, il riconoscimento di un attributo universale che spetta a chiunque, indipendentemente dalla posizione ricoperta nella scala sociale, la formula sta ad indicare – nella stretta connessione con il principio democratico risultante dalle parole di Moro all’Assemblea Costituente (*Atti Cost.*, 13 mar. 1947, 2040-2042) – la tendenzialmente inesauribile possibilità di ciascuno di acquisire dinamicamente qualsiasi posizione su quella scala, in virtù dell’unico criterio costituito dai propri mezzi e dalle proprie capacità (SILVESTRI 2009, 9; RODOMONTE 2018, 17, nt. 22).

3. Un passaggio essenziale grazie al correttivo apportato dalla Francia: la specificità della rivendicazione della parità tra i sessi nell’ambito del dibattito sull’eguaglianza

La controversia che ha segnato il perimetro del dibattito nordamericano sull’eguaglianza ha fatto emergere anche un nodo concettuale insuperato, che affiora al momento di considerare il lascito che l’esperimento, ormai concluso, di un ventennio di giurisprudenza antidiscriminatoria della Corte Suprema ha prodotto per l’Europa. Una volta esauritosi il filone giurisprudenziale esaminato negli USA, sepolto dal proliferare esponenziale delle rivendicazioni identitarie, il testimone viene raccolto dalla Francia, che riformula il dibattito in termini di “parità di genere”, sulla scorta della precisazione per cui le donne non costituiscono un gruppo o una categoria, ma una componente “trasversale” della comunità (SCOTT 1997, 12 ss.).

La precisazione vale a superare due ostacoli teorici in cui si imbatte la proclamazione del principio di eguaglianza. Da un lato, la rivendicazione paritaria, così estrapolata dal dibattito egualitario nella sua assoluta specificità, non rischia di alimentare il moltiplicarsi delle richieste indiscriminate da parte di altri gruppi, evitando il deflagrare del pluralismo sulla base di pretese egualitarie di cerchie di soggetti immeritevoli e marginali, che determinò la crisi dell’orientamento antidiscriminatorio nell’ordinamento nordamericano. Dall’altro e simmetricamente, proprio per la stessa presenza “trasversale” della componente femminile alla perdurante suddivisione in gruppi della comunità, si scongiura anche il pericolo del perseguimento di una società

anomica composta di sole entità individuali, priva di ordine e struttura, rifuggendo al contempo dall'altra deriva dell'eguaglianza estrema, la dissoluzione della società su base individualistica, tanto temuta in epoca rivoluzionaria (FIORAVANTI 2009, 54).

La lunga retrospettiva sviluppata fin qui vale a evidenziare come la protezione antidiscriminatoria, sin dal suo primo delinearsi, abbia non tanto, come spesso si crede, lo scopo di offrire ai suoi destinatari una compensazione per passati svantaggi (obiettivo che pure può talora assumere, transitoriamente e parzialmente, in specifici settori), quanto una finalità tipicamente emancipatoria, tesa a consentire – liberando da confinamenti socio-culturali che limitano le *Lebenchancen* di ognuno – la piena fruizione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico, in condizioni paritarie. La anima, in altri termini, l'esigenza di «superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino in discriminazioni di destino sociale» (sent. n. 109/1993), ricorrendo ad alcune delle più illuminate parole della Corte costituzionale, in cui sembra di sentire riecheggiare il giudizio critico di Tribe sugli effetti di leggi statunitensi «freezing biology into a social destiny» (TRIBE 1978, 1565).

Questa impostazione si può avvalere, nel campo della teoria politica, del solido ancoraggio nell'approccio basato sulle capacità, da curare quale insieme di circostanze che consentono alle persone di determinarsi in quanto tali (NUSSBAUM 2000 [2001]).

4. *Un'indagine sul campo delle tecniche normative di tutela antidiscriminatoria nei vari settori*

L'aver ripercorso questi sviluppi serve a fornire una griglia teorica utile a proseguire nell'analisi, sgombrando il campo da alcuni fraintendimenti concettuali ed evidenziando le ragioni delle più significative battute d'arresto nell'evoluzione delle strategie normative di attuazione del divieto di discriminazione tra i sessi. In un primo momento si prenderà in considerazione il settore del diritto del lavoro, esaminando le linee di evoluzione delle forme di tutela della parità, le peculiarità del sistema italiano ed i nodi ancora irrisolti, per poi passare alla questione dell'accesso ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, richiamando gli aspetti più problematici del rapporto tra donne e potere politico. Infine, si dedicherà un accenno ad alcune tendenze in atto nella tutela antidiscriminatoria perseguita dall'ordinamento dell'Unione Europea.

4.1. *Alla ricerca dell'eguaglianza effettiva nel campo del diritto del lavoro, tra parità e speciale protezione*

L'esigenza di evitare la logica binaria in cui sono consuetamente inquadrati i rapporti tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 Cost. risulta particolarmente evidente nel campo del diritto del lavoro. Come rileva un numero crescente di osservatori statistici, a livello nazionale e sovra-nazionale (Rapporti dell'*International Labour Organization*, 2019 *Report on equality between women and men in the UE* della Commissione europea), nell'ordinamento italiano il lavoro femminile sconta ancora molte penalizzazioni, più gravi di quelle riscontrabili in altri Paesi europei: basso tasso di occupazione, “segregazione orizzontale” in appositi comparti produttivi, “segregazione verticale” preclusiva dei livelli professionali più elevati, “tetto di cristallo”, *gender pay gap*. È evidente come la “de-segregazione” delle donne possa realizzarsi solo a patto di incidere sulle ragioni socio-economiche ed istituzionali che vi concorrono, identificate dall'analisi sociologica nella convergenza tra gli interessi capitalistici ad avvalersi di una forza-lavoro continuativa, corrispondente a quella maschile, e gli interessi di governo al contenimento della spesa sociale, grazie alla prestazione del lavoro femminile negli ambiti familiari e domestici. Precisamente, si richiede che adeguati supporti e strumenti di *Welfare State* sopperiscano e/o sostengano il ruolo “di cura” tradizionalmente ricoperto dalle donne in modo prevalente o tendenzialmente esclusivo. In mancanza, la stessa elisione dei trattamenti differenziati con l'adozione di tecniche legislative livellatrici (*gender-blind*) potrebbe rivelarsi persino contropro-

ducente, appesantendo ulteriormente la condizione femminile. Con la conseguenza, come accaduto in Italia già alla fine degli anni Ottanta, di rendere necessario un ripiego sulle “politiche della differenza” (*gender-conscious*). Lo sviluppo di una legislazione di protezione della donna – e tipicamente della maternità – determina la peculiarità del modello italiano, nel quale convivono pacificamente l’obiettivo della protezione e quello della parità, considerati prevalentemente in antitesi in altri ordinamenti (BECCALLI 1999, 37).

La combinazione dicotomica tra misure *gender-blind* e misure *gender-conscious* non sempre si rivela tuttavia sufficiente a realizzare pienamente la domanda di eguaglianza. Se la previsione del mero congedo di maternità appariva insoddisfacente nel nuovo quadro degli obblighi familiari, il passaggio all’istituto del congedo parentale offre un esempio emblematico di come, in mancanza di un’azione integrata su vari fronti, misure formalmente neutre possano di fatto rivelarsi ben poco paritarie. Pur laddove si riconosca ad entrambi i genitori il diritto ad un periodo (quadrimestrale) di congedo per la nascita di un figlio, in presenza di un marcato divario retributivo a sfavore del lavoro femminile – ed anche dato il basso valore dell’indennità corrisposta durante il periodo di assenza dal lavoro – risulta finanziariamente conveniente che ad usufruire dell’istituto continui ad essere comunque la madre lavoratrice.

Si consolida pertanto il convincimento per cui solo il lavoro maschile è del tutto continuativo (ciò che risponde agli interessi delle imprese) e al contempo non si esercita (perché non necessaria) alcuna pressione nella direzione della modifica dell’organizzazione del lavoro aziendale. Se a questo si unisce l’altra anomalia italiana – la difficoltà delle madri lavoratrici a rientrare al lavoro – si legittima la conclusione per cui l’intero scenario alimenta tendenze neo-conservatrici di rinforzo del consolidato riparto dei ruoli.

Un passo avanti si preannuncia che possa essere compiuto grazie alla direttiva UE n. 2019/1158 (pubblicata il 12 luglio scorso e che gli Stati membri sono impegnati ad attuare entro tre anni), che introduce il congedo di *paternità obbligatorio* di dieci giorni (art. 4), estende da uno a due mesi il periodo di congedo dal lavoro non trasferibile da un genitore all’altro (art. 5) e prevede che la retribuzione da corrispondere al genitore lavoratore debba essere «adeguata» e in ogni caso non inferiore all’indennità di malattia (art. 8). Nelle considerazioni introduttive essa contiene rilevanti affermazioni circa l’impatto negativo prodotto sull’occupazione femminile dal modo in cui viene gestita la sfida del raggiungimento di un equilibrio tra attività professionale e vita familiare (punti 10 e 11).

La svalutazione del lavoro femminile, oltre a stridere fortemente – in una paradossale “forbice” tutta italiana e con serio spreco di risorse professionali – con l’alto grado di istruzione femminile, promette di aggravarsi con l’attuale crisi economica: ciò non solo per il progressivo smantellamento dello Stato sociale che la crisi induce, ma anche a causa della risposta governativa che alla difficile congiuntura è stata data, prevalentemente in termini di precarizzazione del lavoro (*Jobs Act*). La c.d. flessibilizzazione produce, infatti, ricadute asimmetriche sui due sessi e maggiormente incidenti su quello femminile, posto che proprio il lavoro parziale è usualmente quello preferito dalle donne (per la necessità di conciliare lavoro intra- ed extra-domestico).

4.2. *Per una rappresentanza (effettivamente) universale e una democrazia paritaria: tecniche di parità delle chances e tecniche result-oriented, il riequilibrio negli organi collegiali non elettivi, l’incidenza sulle prassi partitiche*

Per l’accesso agli organi elettivi e alle più elevate cariche istituzionali, il maggior limite è invece stato costituito dall’equivoco che ha indotto a ritenere che la richiesta di maggiore partecipazione alla sfera pubblica riflettesse un bisogno di appagare interessi distinti “di categoria”, contraddicendo la natura universale e generale della nozione giuridica di rappresentanza politica. L’indifferenza (anche di genere) del rappresentante, che conseguirebbe a tali caratteri è tuttavia, come ha da tempo dimostrato Carlassare, un’“idea falsa” (CARLASSARE 2002a, 68; CARLASSARE 2002b, 34 ss.). Non solo il

Sesso del rappresentante è stato sempre talmente *non* indifferente da costituire, storicamente, un requisito per l'elettorato attivo e passivo: l'“universale neutro” adottato in questa materia per le formulazioni normative si reggeva infatti su una sua tacita identificazione con il maschile. Ma ulteriormente, sul piano propriamente teorico, la pretesa partecipativa non può correttamente dirsi poggiante sulla concezione della *mirror representation* (da rifiutare integralmente: KYMLICKA 1999, 241) – non essendo equiparabile la componente femminile della società ad un gruppo, una categoria o una *lobby* – bensì si fonda su un'istanza di compimento della pienezza del principio democratico, promuovendo la partecipazione alle assemblee elettive di metà (anzi più) del popolo sovrano.

Acquisita pienamente la nuova impostazione a partire dalla sent. n. 49/2003 (seguita dalla sent. n. 4/2010, sulla “doppia preferenza di genere”), la giurisprudenza costituzionale tiene tuttavia opportunamente fermo in materia il limite delle misure *result-oriented*: vi osta la libertà di scelta dell'elettore e lo stesso centrale punto di riferimento assiologico della pari dignità sociale, da cui discende che le donne, lungi dall'essere tutelate, sarebbero lese nella loro dignità se ricevessero privilegi indipendentemente dal merito. Nello stesso limite sembrano destinate ad incorrere tutte le richieste di una riserva quantitativa di posizioni negli incarichi pubblici, dato il carattere squisitamente politico dell'atto di nomina.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che le rivendicazioni avanzate al riguardo siano intese a compensare, con meccanismi di assegnazione automatica, una presunta “inferiorità” qualitativa della componente sottorappresentata (svilendone perciò di per sé la dignità); piuttosto esse costituiscono una reazione alla meraviglia che desta la difficoltà di rinvenire figure femminili di valore al momento di procedere alle più rilevanti nomine istituzionali del Paese ed induce, in definitiva, a riflettere sulla vischiosità degli ostacoli che ancora intralciano pesantemente la piena visibilità della donna nella sfera pubblica. Tali impedimenti possono essere arginati introducendo congegni ed istituti atti a garantire la trasparenza dei criteri che sorreggono l'attribuzione dei più ambiti incarichi pubblici: è la pubblicità delle candidature e dei metodi di selezione che consente – pur nel pieno rispetto della politicità delle nomine stesse – di sottoporre a critica (e ad eventuale sanzione) politica, le scelte e gli orientamenti dei partiti che si rivelassero non *gender-friendly*.

Modificare le prassi cui si accompagna l'esercizio del potere politico (TOSI 2003, 110 s.) consente di ovviare all'obiezione della *sameness* che viene mossa al discorso antidiscriminatorio – pure, anche se non sempre a ragione, nella variante che si qualifica come corrente “antisubordinazione” e si contraddistingue per l'obiettivo dell'affrancamento femminile da qualsiasi posizione di dipendenza (PEZZINI 2017, 37 ss.) – cui viene rimproverato di aspirare al potere nella sua attuale conformazione, senza metterne in discussione i “costumi” e le imperscrutabili logiche, azzerando così il potenziale ruolo critico, attivo e conformativo che dovrebbe per definizione essere associato ad ogni ingresso sulla scena di nuovi soggetti. Proprio un simile azzeramento – che preserva il potere politico come un universo maschile più congeniale e più ricettivo rispetto a omologhi modelli di comportamento – indebolisce vistosamente il percorso di realizzazione dell'eguaglianza, in quanto ad esso sembra in gran parte doversi ricondurre la rilevata riluttanza delle donne ad intraprendere carriere politiche e persino quella dell'elettorato femminile a sostenere candidature dello stesso genere.

Alcune significative novità sono intervenute in anni recenti per l'ipotesi in cui le nomine riguardino i componenti di un organo collegiale: con riferimento alla composizione delle Giunte regionali, la Corte costituzionale – rafforzando un indirizzo che cominciava a delinarsi in seno al vertice della giustizia amministrativa – ha affermato la sindacabilità dell'atto politico di nomina presidenziale degli assessori, in nome della immediata precettività dell'art. 51 Cost., che vale a circoscrivere l'esercizio della discrezionalità politica (sent. n. 81/2012). Nella stessa decisione i giudici costituzionali, rivitalizzando i principi statutari, cui era stata negata in passato natura giuridicamente vincolante, hanno parimenti riconosciuto pieno carattere cogente alle norme, eventualmente presenti nello Statuto regionale, che prevedano il principio della parità di genere nel disciplinare gli organi esecutivi dell'ente di decentramento territoriale.

Dinanzi a queste importanti conquiste – che travalicano l'orizzonte della mera eguaglianza delle *chances* per orientarsi verso obiettivi di riequilibrio effettivo – appare stridente il passo indietro compiuto, soprattutto alla luce delle prime prassi applicative, con l'introduzione della legge elettorale vigente, n. 165/2017, c.d. *Rosatellum-bis*. Non tanto perché la legge prefigura, per la composizione alternata delle liste bloccate che valgono per l'assegnazione dei seggi con il sistema proporzionale, il rapporto di 60 % a 40 %, in ciò riducendo le opportunità per il sesso di fatto sotto-rappresentato rispetto all'*Italicum*, dove l'omologo limite era fissato al 50 % (quest'ultima legge manteneva infatti poi, negativamente, la possibilità della preferenza unica). Quanto per l'aggiramento dell'intento di promuovere l'accesso del genere sottorappresentato che può realizzarsi al momento dell'attribuzione di un terzo dei seggi in virtù di collegi uninominali: ciò almeno fino a quando prevarrà la tendenza, già nettamente invalsa nelle ultime elezioni, a destinare in questi ultimi le candidature femminili alle circoscrizioni più incerte e malsicure.

Il quadro descritto testimonia ulteriormente l'interazione tra soluzioni giuridico-formali e intervento sulle logiche, ancora prevalentemente corporativistiche, cui improntano la loro azione i partiti politici.

4.3. *Un cenno critico alla propensione alla neutralizzazione delle differenze nell'UE e nell'Universal Turn statunitense*

Nel concludere la presente analisi dedicata ai punti di caduta delle tecniche di attuazione dell'eguaglianza tra i sessi (e sebbene un esame compiuto esuli dai fini della presente indagine) non può essere trascurata integralmente la protezione antidiscriminatoria massicciamente elaborata dall'ordinamento dell'Unione europea: conformemente agli scopi qui perseguiti e senza con ciò disconoscere il contributo che da quell'ordinamento è venuto in questa materia, un rilievo critico merita infatti di essere rivolto al delinearsi di un recente indirizzo sovranazionale, prevalentemente di impronta giurisprudenziale.

Pur nel quadro di uno strumentario molto complesso e articolato, nonché pervaso da criteri ispiratori eterogenei (PETERS 1996, 177 s.; BARBERA 2007, XIX ss.), emerge la maggiore propensione del diritto dell'UE a prediligere la tecnica della parificazione del trattamento: emblematica la sentenza della Corte di Giustizia che condanna l'Italia per la previsione di una più bassa età pensionabile per le donne (sent. 13 nov. 2008, causa C-46/07). Vale però a questo riguardo quanto detto a proposito dell'impatto delle discipline *gender-blind* cui non consegua un corrispondente adeguamento del sistema di *Welfare* o un congruo attrezzamento dei luoghi di lavoro: la circostanza che l'Unione non disponga di una propria politica sociale è in grado di compromettere l'effettività della sua azione nel campo dell'eguaglianza di genere (GUARRIELLO 2003, 346). Inoltre, la neutralizzazione della disciplina rispetto alle differenze (quasi conducendo ad una concezione dell'individuo "disincarnato": CARTABIA 2011, 419 ss.), come l'esperienza italiana ha dimostrato, riduce la possibilità di incidenza dei principi costituzionali, che ha luogo proprio soppesando e valutando attentamente, nel sindacato sulla legittimità delle scelte del legislatore, la sussistenza di distinte e peculiari *rationes* (NICCOLAI 2018, 27 ss.).

Parallelamente si registra, infine, come ultima frontiera del diritto antidiscriminatorio sovranazionale, la c.d. svolta dignitaria – che erge a discriminazioni comportamenti lesivi della dignità umana (come le molestie) – tendenza che pare riconducibile all'ultimo indirizzo invalso oltreoceano, noto come *Universal Turn*, consistente nel fondare le pretese al pari trattamento su un *minimum* comune di diritti dalla portata universale (NICCOLAI 2014). Anche questo appiattimento – dettato dall'esigenza di rispondere a discriminazioni non legate ad uno svantaggio storico, come quelle riscontrabili con riferimento alle donne, ma di più recente emersione, tipicamente corrispondenti alla difesa dei *Gay Rights* – rischia di immiserire l'eguaglianza alla richiesta di estensione di pretese omologanti, riducendo drasticamente la complessità delle risposte che la sua tutela esige.

Riferimenti bibliografici

- BARBERA M. 1991. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- BARBERA M. 2007. *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (ed.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, XIX ss.
- BECCALLI B. 1999. *La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica*, in ID. (ed.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, Feltrinelli, 9 ss.
- BIN R. 2016. *Rule of law e ideologie*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 37 ss.
- CARLASSARE L. 2002a. *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, disponibile in: www.centrostudiparlamentari.it (consultato il 15 dicembre 2019).
- CARLASSARE L. 2002b. *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in CARLASSARE L., DI BLASI A., GIAMPIERETTI M., *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 1 ss.
- CARTABIA M. 2011. *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in D'AMICO M., RANDAZZO B. (eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 415 ss.
- CERRI A. 2005. *Eguaglianza*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXVI, Roma, Treccani.
- D'ALOIA A. 2002. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam.
- D'ANDREA L. 2000. *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- DWORKIN R.M. 1977. *Why Bakke Has No Case*, in «New York Review of Books», 24, 18, 14 ss.
- DWORKIN R.M. 2010. *Discriminazioni alla rovescia*, in ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, cap. IX (ed. or. *Reverse Discrimination*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977, trad. it. di N. Muffato).
- FERRARA G. 1984. *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in OCCHIOCUPO N. (ed.), *La giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, Cedam, 89 ss.
- FIORAVANTI M. 2009. *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in CARTABIA M., VETTOR T. (eds.), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 48 ss.
- GUARRIELLO F. 2003. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 25, 99-100, 341 ss.
- KYMLICKA W. 1999. *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, trad. it. di G. Gasperoni).
- NICCOLAI S. 2014. *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in «Diritto e società», 2, 313 ss.
- NICCOLAI S. 2018. *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regula iuris*, in SIMONE A., BOIANO I. (eds.), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, Ed. Efestò, 27 ss.
- NUSSBAUM M.C. 2001. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, trad. it. di W. Mafezzoni).
- PACE A. 2002. *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin (Padova 2 aprile 2001)*, Padova, Cedam, 90 ss.

- PETERS A. 1996. *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis*, in «European Law Journal», 2, 2, 177 ss.
- PEZZINI B. 2017. *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in CORTE COSTITUZIONALE (ed.), *Per i sessanta anni della Corte costituzionale. Convegno Scientifico (19-20 maggio 2016)*, Milano, Giuffrè, 35 ss.
- PIZZORUSSO A. 1993. *Eguaglianza (diritto)*, in DWORKIN R.M., PIZZORUSSO A., *Eguaglianza*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, disponibile in: www.treccani.it (consultato il 12 dicembre 2019).
- RODOMONTE M.G. 2018. *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, Giappichelli.
- SCOTT J.W. 1997. *“La Querelle des Femmes” in the Late Twentieth Century*, in «New Left Review», 1, 226, 3 ss.
- SILVESTRI G. 2009. *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in CARTABIA M., VETTOR T. (eds.), *Le ragioni dell'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 3 ss.
- TOSI R. 2003. *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica. In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara. Atti del Seminario. Ferrara, 16 novembre 2002*, Torino, Giappichelli, 105 ss.
- TRIBE L.H. 1978. *American Constitutional Law*, 2 ed., Mineola, The Foundation Press, 1988.

ORGANIZZAZIONI
DI TENDENZA
E DIVIETO DI
DISCRIMINAZIONE
IN RAGIONE
DELL'ORIENTAMENTO
SESSUALE
UN RAGIONAMENTO
PER "ASSURDO"

GIACOMO **VIGGIANI**



Organizzazioni di tendenza e divieto di discriminazione
in ragione dell'orientamento sessuale
Un ragionamento per "assurdo"

Ethos-based Organisations and Prohibition of Discriminatory Treatment
on the Ground of Sexual Orientation
A Reduction *ad Absurdum* Argument

GIACOMO VIGGIANI

Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di
Brescia.

E-mail: giacomo.viggiani@unibs.it

ABSTRACT

L'articolo presenta e commenta la recente decisione del Tribunale di Rovereto in tema di trattamento discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale all'interno di un'organizzazione di tendenza. Nel fare ciò, viene messa in discussione la potenziale qualificazione dell'orientamento sessuale come convinzione personale, nel caso in cui la notizia circa il primo diventi di dominio pubblico. L'articolo prosegue con alcune riflessioni ispirate dall'ordinamento statunitense e sul modo in cui ha gestito questa materia specifica.

The article presents and comments the recent decision by Tribunal of Rovereto involving the discriminatory treatment in employment on the ground of sexual orientation within an ethos-based organisation. In doing that, the paper questions the potential qualification of sexual orientation as personal belief in case the former is outed. The article concludes with some reflections based on the U.S. legal framework on the topic.

KEYWORDS

organizzazione di tendenza, omosessualità, rovereto, convinzione personale, orientamento sessuale

ethos-based organisation, homosexuality, rovereto, personal belief, sexual orientation

Organizzazioni di tendenza e divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale

Un ragionamento per "assurdo"

GIACOMO VIGGIANI

1. Introduzione – 2. Una questione irrisolta – 3. E se fosse una convinzione personale? – 4. La prova del nove – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Oggigiorno la normativa antidiscriminatoria in ambito lavorativo offre ampie e dettagliate tutele¹, in particolar modo per alcuni fattori nominati dal diritto eurounitario. Tra di essi va annoverato anche l'orientamento sessuale. Ciò grazie alla Direttiva 2000/78/EC del 27 novembre 2000, recepita poi in Italia con D.Lgs n. 216 del 9 luglio 2003², la quale stabilisce un quadro generale per garantire la parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro e di lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età e, appunto, l'orientamento sessuale³. L'iscrizione di quest'ultimo tra i fattori protetti è apparsa fin da subito particolarmente meritoria alla luce della ricerca sociale, che ancora oggi rileva come la frusta della discriminazione non manchi di colpire le persone omosessuali in tutte le fasi della vita lavorativa e professionale⁴. Ciononostante, all'ampliamento dell'*acquis communautaire* per le persone omosessuali nel 2000 non ha fatto da *pèndant* una grande produzione di giurisprudenza nazionale, limitata talvolta a pochissimi casi⁵. Fatte salve la Germania e la Danimarca, nel resto degli

* Il presente prodotto della ricerca è stato realizzato grazie al contributo del progetto SAGE - *Systemic Action for Gender Equality*, finanziato dalla Commissione Europea all'interno Programma H2020-GERI-2015-1 (grant agreement No 710534).

¹ Il paradigma antidiscriminatorio di matrice giuslavoristica si presenta oggi, nel nostro ordinamento, come il risultato dell'incontro (*melius*: dell'incrocio) tra una norma di rango primario – l'art. 3 Cost. – e una normativa di rango super primario – il diritto eurounitario –, così come interpretata dalla Corte di Giustizia. Si tratta dell'ibridazione giuridica tra due idee di uguaglianza niente affatto riducibili l'una all'altra, sebbene corrano o possano correre su binari paralleli. Sul primo binario – quello costituzionale – troviamo un divieto di natura generale di disuguaglianze irragionevoli (sebbene unitamente all'elencazione di sette divieti specifici di discriminazione) funzionale al rispetto e alla tutela della dignità della persona (BARBERA 1991; BALLESTRERO 1998; LASSANDRI 2010), mentre sul secondo un divieto di ordine specifico, architettato su alcuni fattori esplicitamente nominati e progressivamente ampliati nel corso degli anni, nonché strumentale a evitare pratiche di concorrenza sleale o di vero e proprio *dumping* da parte degli Stati membri più forti nel mercato europeo (IZZI 2005; BARBERA 2003; BELL, WEDDINGTON 2003; BARBERA, GUARISO 2020; CALAFÀ, GOTTARDI 2009; RANIERI 2012; CALAFÀ 2016). Tuttavia, come dimostrano gli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia nelle ultime due decadi e la rifusione delle direttive più risalenti, il diritto di derivazione eurounitaria si è progressivamente sempre meno interessato a una tutela del mercato e del lavoratore come merce tra le merci, a vantaggio di esigenze di tutela dei diritti fondamentali e del lavoratore in quanto persona.

² Per un approfondimento sulla normativa in relazione allo specifico fattore dell'orientamento sessuale, si vedano BONINI BARALDI 2004; FABENI, TONIOLO 2005; CALAFÀ 2007; SANGALLI 2013; D'ONGHIA, RECCHIA 2018.

³ Il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica è invece sancito dalla Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000. La parità tra uomini e donne è invece un principio sancito sin dai trattati europei del 1957, ma anche recentemente ribadito nella Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 (c.d. *Recast*).

⁴ Si segnalano a questo proposito le ricerche ARCIGAY 2011; ISTAT 2012; FONDAZIONE RODOLFO DE BENEDETTI 2012; LORENZETTI, VIGGIANI 2016.

⁵ Secondo la relazione COM(2014)2 della stessa Commissione, la sfida principale è difatti quella di sensibilizzare il pubblico alle forme di tutela esistenti e assicurare una maggiore applicazione pratica delle direttive.

Stati membri i giudici del lavoro hanno risolto solo qualche controversia in tema di discriminazione sul lavoro in ragione dell'orientamento sessuale, mentre in altri la giurisprudenza in materia è del tutto inesistente⁶. L'Italia non fa eccezione: le pronunce, seppur significative, si contano sulle dita di una mano⁷. Non stupisce pertanto che una recente decisione del giudice del lavoro di Rovereto, confermata poi in appello, abbia suscitato l'entusiasmo degli studiosi di diritto del lavoro; qualcuno vi ha persino visto la conferma dell'avanzare di una «dirompente ondata di uguaglianza»⁸, iniziata con l'approvazione della legge sulle unioni civili nel maggio 2016.

Più nel dettaglio sulle tutele fornite dalla Direttiva 2000/78/EC, la chiave di volta va individuata nella nozione di “principio della parità di trattamento”, definito come l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta in ragione di uno dei *grounds* nominati dalla normativa stessa all'articolo poc'anzi ricordato⁹. Sussiste una discriminazione diretta quando un lavoratore è trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe trattato un altro in una situazione analoga sulla base di uno dei fattori protetti¹⁰. Sussiste, invece, una discriminazione indiretta quando una disposizione, una prassi o un comportamento apparentemente neutro in realtà possono mettere in una posizione di particolare svantaggio¹¹ alcune categorie di lavoratori portatori di una delle caratteristiche elencate¹². In entrambi i casi la parità di trattamento e, di converso, l'accertamento del trattamento deteriore, si fonda su un giudizio di comparazione tra il soggetto discriminato portatore¹³ del fattore di protezione e un *tertium comparationis* invece privo di esso. La dottrina e la giurisprudenza hanno poi contribuito, nel corso degli anni, ad estendere le maglie del giudizio di comparazione che, oltre ad essere attuale, può intendersi anche di tipo meramente ipotetico, considerando lo stesso soggetto sia come vittima che come termine di paragone¹⁴ o finanche nell'assenza di una vittima specifica della discriminazione¹⁵.

⁶ Il quadro generale che emerge da queste ricerche è che le persone omosessuali sono vittime di discriminazioni, ma preferiscono sopportare la frusta della discriminazione che adire le vie legali. Le motivazioni alla base di questo *underreporting* sono varie e spaziano da una non sempre ottimale conoscenza dei propri diritti fino alla scarsa fiducia nel sistema sanzionatorio. Anche la sempre maggiore precarietà del lavoro ha un suo impatto. Un elemento decisivo e ricorrente è però la questione della “visibilità”, stante che molte persone temono che il processo comporti una pubblica *discovery* del loro orientamento sessuale, che, al contrario, non vogliono o non possono rivelare. Si vedano su questo anche ARCIGAY 2011, FRA 2012, LORENZETTI, VIGGIANI 2016.

⁷ VIGGIANI 2017.

⁸ RIZZI 2016, 213.

⁹ Art. 2, comma 1. Sono considerati discriminazione anche l'ordine di discriminare (Art. 2, comma 4), così come la molestia (Art. 2, comma 3).

¹⁰ Art. 2, comma 2, lett. a.

¹¹ Nel procedimento C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 luglio 2015) la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha analizzato il concetto di “particolare svantaggio” ai sensi della Direttiva 2000/43/EC (e per analogia anche ai sensi della 2000/78/EC), chiarificando che non designa casi *particolarmente* gravi o evidenti, ma, al contrario, che sono le persone di un determinato gruppo *in particolare* che si trovano svantaggiate a causa della disposizione apparentemente neutra (par. 109). Si veda su questo MCCRUDDEN 2016.

¹² Non vi sono casi conosciuti di discriminazione indiretta ai danni di persone omosessuali nel nostro Paese. Varie possono essere le ragioni, ma questa assenza è probabilmente ascrivibile alla scarsità di studi statistici aventi a oggetto la comunità omosessuale (l'ISTAT si è occupato per la prima volta del tema solo nella rilevazione del 2011), la difficile rilevazione dell'omosessualità stessa, nonché la vigente normativa sulla *privacy*, che vieta in parte di raccogliere dati personali relativi all'orientamento sessuale.

¹³ Invero è irrilevante che il soggetto discriminato sia *realmente* portatore del fattore protetto, essendo sufficiente che lo *creda* colui che brandisce la frusta della discriminazione (c.d. discriminazione per associazione), come chiarito dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, 17 luglio 2008. Per un commento al caso Coleman, si veda CALAFÀ 2008. Per una controversia simile in territorio italiano, si veda invece PROTOPAPA 2012.

¹⁴ È quanto avvenuto in *P v. S and Cornwall County Council*, C-13/94, 30 aprile 1996, in un caso relativo al licenziamento di una persona transessuale poi ricondotto a una discriminazione sulla base del sesso. TARQUINI 2015, 31, ha suggerito che un ragionamento analogo potrebbe essere applicato anche alle condizioni di disabilità non congenite.

La Direttiva prevede altresì alcune cause di esclusione, per la discriminazione diretta, e cause di giustificazione, per quella indiretta. In merito alla prima fattispecie il testo introduce, infatti, una deroga al principio di parità di trattamento, in ragione dell'essenzialità di una caratteristica personale rispetto alla natura di un'attività lavorativa o al contesto in cui essa viene espletata, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato. Così ad esempio, nella stessa parte introduttiva si chiarisce come la Direttiva stessa non debba avere l'effetto di costringere le forze armate, nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso, a reclutare, o mantenere nel posto di lavoro, coloro che ne possano pregiudicare il carattere operativo, per esempio per ragioni di età o anche per disabilità¹⁶. Ma comunque il testo lascia liberi gli Stati membri di stabilire se una differenza di trattamento basata su una delle caratteristiche protette costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento di una attività lavorativa¹⁷, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato, nonché previa comunicazione alla Commissione Europea¹⁸. Parimenti, non costituiscono discriminazione quelle disparità di trattamento basate – questa volta tassativamente¹⁹ – sulla religione o sulle convinzioni personali se, all'interno di una chiesa o di altra organizzazione la cui etica sia fondata su questi due fattori (c.d. organizzazione di tendenza), essi rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La Direttiva, di conseguenza, non pregiudica il diritto di tali organizzazioni di esigere dai propri dipendenti e collaboratori un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti della propria etica²⁰. In altre parole, il riconoscimento del valore della tendenza e la conseguente necessità di tutelare il messaggio etico, che tale ente vuole veicolare alla società, e per cui è stato fondato, fa sì che il lavoro subordinato alle sue dipendenze risulti caratterizzato da importanti deroghe al principio di parità di trattamento. Può così accadere che un cambiamento di fede da parte del lavoratore finisca per determinare una condizione di incompatibilità tale da impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro, con un'evidente eccezione rispetto al diritto, generalmente riconosciuto ai lavoratori, alla libera manifestazione del proprio pensiero e rispetto alla nullità dei licenziamenti determinati da ragioni di carattere politico, religioso

¹⁵ Nel caso del cosiddetto “svantaggio da scoraggiamento”. La Corte di Giustizia ha affrontato la tematica in due vicende topiche, *Feryn* (C 54/07, 10 luglio 2008) e *FC Steaua Bucurest* (C- 81/82, 25 aprile 2013). In *Feryn*, una società belga omonima era stata convenuta in giudizio da un'organizzazione antirazzista dopo che il direttore aziendale aveva dichiarato che la sua impresa cercava nuovi operai, ma che non avrebbe assunto candidati di una determinata origine etnica. In questa occasione la Corte chiarificò che, ai sensi della Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 in tema di parità di trattamento in ragione della razza e dall'origine etnica, l'assenza di una vittima identificabile non modifica una fattispecie di discriminazione diretta ai sensi della direttiva e che le dichiarazioni del direttore erano sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione discriminatoria. Per un commento e un approfondimento, si rimanda a IZZI 2008; FABIANO 2008; SAVINO 2009; CISOTTA 2011. In *FC Steaua Bucurest*, il presidente di un club calcistico rumeno era stato convenuto in giudizio dall'associazione LGBT Accept, dopo aver pubblicamente dichiarato che non avrebbe assunto calciatori omosessuali. In tale rinvio pregiudiziale, la Corte di Lussemburgo ha ribadito come la sussistenza di una discriminazione diretta non presuppone che sia identificabile una vittima di discriminazione; anzi integra una discriminazione diretta anche quella condotta che, solo sul piano astratto, impedisce o rende maggiormente difficoltoso l'accesso all'occupazione. Per un commento CALAFÀ 2014; CASTELLANATE 2013; DANISI 2013. Tale tipologia di discriminazione “potenziale” ha avuto una eco in Italia nel caso “*Taormina*”. Trib. Bergamo, ord. 6 agosto 2014, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 20.11.2018) e App. Brescia, sent. 11 dicembre 2014, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 20.11.2018). Sulla controversia, la Corte di Cassazione ha di recente proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (ord. 20 luglio 2018, n. 19443), la quale non si è ancora pronunciata. Per un commento, si vedano GATTUSO 2014, RIZZI 2014, TOMASI 2015.

¹⁶ Considerandi 18 e 19.

¹⁷ Art. 4, comma 1

¹⁸ Considerando 23.

¹⁹ Art. 4, comma 2.

²⁰ Più in generale sulle organizzazioni di tendenza in ambito lavorativo, si vedano DE SANCTIS RICCIARDONE 1980; SANTONI 1983; PEDRAZZOLI 1987; PACILLO 2003; BAVARO 2003; DE LUCA TAMAJO, LUNARDON 2004; BENIGNI 2008; VISCOMI 2009; RIVERS 2010; VICKERS 2012; PASQUALI CERIOLI 2013; COLAIANNI 2013.

o sindacale²¹. La Direttiva, nondimeno, è chiara e tassativa nel limitare la facoltà derogatoria concessa a questi enti alle ragioni legate alla religione o alle convinzioni personali, escludendo pertanto quelle legate all'orientamento sessuale²².

Quanto alla discriminazione indiretta, come già detto, il legislatore europeo contempla vere e proprie ragioni giustificatrici, nella misura di un bilanciamento tra interessi confliggenti e anche nella prevalenza di uno sull'altro²³. Si specifica infatti che lo svantaggio patito dalle persone portatrici di una delle caratteristiche protette a causa della prassi, della disposizione o del comportamento apparentemente neutro, può essere oggettivamente giustificato da una finalità legittima, attuata con mezzi appropriati e necessari²⁴ o, limitatamente al fattore disabilità, se il datore di lavoro è obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

2. Una questione irrisolta

Che si stia o meno assistendo a una inarrestabile ondata di uguaglianza, appare irrefragabile che il contesto della vicenda trentina e il merito della controversia facciano sì che il suo valore non sia solo simbolico²⁵, ma aggiunga un altro tassello di comprensione al mosaico di un paradigma antidiscriminatorio non ancora del tutto svelato e, soprattutto, implementato. Nel caso di specie, il trattamento denunciato come illegittimo non è avvenuto soltanto in ragione dell'orientamento sessuale della dipendente, ma anche sullo sfondo di un ambiente lavorativo caratterizzato da una tendenza, entrando pertanto in gioco le deroghe al principio di parità di trattamento poc'anzi citate. Il datore di lavoro in questione infatti è l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù, una scuola paritaria di ispirazione cattolica²⁶, che dice di fondare la sua proposta pedagogica «sulla centralità della persona, in tutte le sue dimensioni»²⁷ (in realtà, non proprio *tutte*, come si dirà a breve).

La ricorrente, una docente di educazione artistica, aveva lavorato presso questa scuola senza soluzione di continuità fin dal 2009, con la promessa inoltre dell'assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione. Nel luglio 2014, convocata dalla suora direttrice, si reca all'appuntamento pensando di dover procedere al solito rinnovo contrattuale per l'anno scolastico venturo, ma con sorpresa viene informata che erano giunti alle orecchie della direzione alcuni *rumors* relativi alla sua identità sessuale. Le veniva allora chiesto di smentire una relazione affettiva e di convivenza con

²¹ Questa deroga al principio di pari trattamento era già riconosciuta all'organizzazione di tendenza prima del 2000. Si veda a questo proposito l'art. 4 della l. del 11 maggio 1990, n. 108.

²² Art. 4, comma 2: «Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi».

²³ SAVINO 2004.

²⁴ La giurisprudenza della Corte di Giustizia, soprattutto in materia di discriminazione di genere, ha affrontato un ampio ventaglio di ipotesi di giustificazione. A titolo di esempio, ha ritenuto esigenze di bilancio, in linea di principio, ragioni insufficienti a giustificare una discriminazione indiretta (*Roks and Others v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others*, C-343/92, 24 febbraio 1994).

²⁵ Come titola l'articolo di CALAFÀ 2017.

²⁶ Il caso di specie non va confuso o assimilato a quello dell'insegnante di religione cattolica nella scuola statale, il cui regime giuridico è peculiare e altro rispetto a quello qui considerato. L'insegnamento della religione cattolica è infatti impartito da insegnanti in possesso di idoneità riconosciuta dall'ordinario diocesano (Art. 3, comma 4, l. 18 luglio 2003, n. 186; Art. 2, comma 1, del DPR 16 dicembre 1985, n. 751), cioè il Vescovo, il quale si assicura che i candidati «siano eccellenti per retta dottrina, per testimonianza di vita cristiana e per abilità pedagogica» (Art. 804, comma 2, codice diritto canonico). Il titolo di idoneità, analogo a quello di abilitazione per gli insegnanti non di religione cattolica, una volta conferito non ha scadenza, ma può essere revocato dal Vescovo, laddove lo ritenga necessario per motivi di religione o di costumi (Art. 805 codice diritto canonico). Per una panoramica sul tema, si veda BETTETINI 2012.

²⁷ www.istitutosacrocuore.it (consultato il 20.11.2018).

un'altra donna, oltre a impegnarsi per il futuro a risolvere il “problema” della sua omosessualità. A fronte del rifiuto della docente di rivelare qualsiasi dato inerente la sua vita privata, la preside la informava, dando peso alle dicerie, che il suo stile di vita la rendeva *ipso facto* incompatibile con il progetto educativo della scuola e che, di conseguenza, il rapporto lavorativo sarebbe stato terminato. La vicenda, nelle settimane seguenti, riceveva un'importante copertura mediatica²⁸, per il cui tramite la religiosa reiterava, nonché rivelava pubblicamente, quanto detto alla dipendente durante il colloquio privato. L'insegnante licenziata adiva infine le vie legali, convenendo l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù di fronte al giudice del lavoro, competente per giurisdizione, e denunciando un trattamento illegittimo, perché discriminatorio del suo orientamento sessuale. Sia in primo²⁹ che in secondo³⁰ grado, il *petitum* della parte ricorrente ha trovato pieno riscontro nel *decisum* del giudice del lavoro, risultando l'Istituto scolastico come soccombente.

La decisione del giudice di prime cure ha l'indiscusso pregio di rendere più chiara, perché finalmente esemplata, la disciplina di natura compromissoria tra la tutela della tendenza di un'organizzazione e la compressione dei diritti dei lavoratori che vi partecipano³¹. Nondimeno appare “succintamente motivata”³² e supportata da un'argomentazione “asciutta e sintetica”³³, talvolta al limite dell'apodittico. Tant'è che potrebbe dare adito al dubbio se sia del tutto razionalmente giustificata o se, al contrario, nasconda qualche inferenza non proprio stringente. Dal punto di vista strettamente logico-deduttivo (c.d. giustificazione interna³⁴), il passaggio decisivo della *ratio decidendi* segue, nella simbologia logica dei predicati di Alexy³⁵, la cosiddetta forma semplice:

Premessa normativa (o maggiore)	$N: (x) (Tx \rightarrow VR)$	Per tutti gli x , vale che: se x è un trattamento differenziato in ragione dell'orientamento sessuale (T), allora deve essere vietato (VR)
Premessa sussuntiva (o minore)	$F: Ta$	Il caso di specie (a) è un trattamento differenziato in ragione dell'orientamento sessuale
Conclusione	$DEC: VRa$	Dunque, il caso di specie (a) deve essere vietato

²⁸ Si veda, per esempio, Il Trentino, 21 luglio 2014, *La madre superiora: 'Un docente gay? Mai vicino ai bambini'* (consultato il 20.11.2018).

²⁹ Trib. Rovereto, ord. 21 giugno 2016, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 20.11.2018). Per un commento si veda RIZZI 2016.

³⁰ App. Trento, sent. 7 febbraio 2017, n. 63. La Corte d'Appello ha rigettato il gravame e confermato la sussistenza di una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. Per un commento, si vedano CALAFÀ 2017; SANTONI RUGIU 2017; TARQUINI 2017. La decisione appare particolarmente pregevole sotto il profilo giuslavoratistico, perché il giudice aumenta notevolmente l'entità della sanzione irrogata alla parte soccombente, spesso troppo lievemente quantificata in tali controversie. La normativa europea statuisce infatti che le sanzioni debbano essere allo stesso tempo effettive, proporzionate e dissuasive, ovvero tenere insieme, da un lato, la proporzione tra danno patito e riparazione per il discriminato, e dall'altro, un effetto monitorio sul discriminante, per qualcuno molto vicino alla nozione di danno “punitivo”. Per un'analisi e una riflessione del risarcimento del danno da discriminazione, si vedano TARQUINI 2015, 41-44; TROISI 2015; MALZANI 2016.

³¹ La dottrina in materia è stata inoltre unanime nel giudicare diversi passaggi della motivazione al dispositivo particolarmente pregevoli e chiarificatori di una normativa di cui per tanto si era atteso la concreta applicazione. È questo il caso della discriminazione per associazione – la docente era solo presunta omosessuale –, il regime sanzionatorio – ricomprendente sia il danno patrimoniale che non patrimoniale –, i profili di discriminazione collettiva – dovute alle reiterate dichiarazioni ai media della Direttrice – nonché al tentativo di distinzione tra mansioni propriamente ideologiche e mansioni neutre all'interno di un'organizzazione di tendenza.

³² RIZZI 2016, 213.

³³ CALAFÀ 2017, 45.

³⁴ Seguo qui, come è consueto in teoria dell'argomentazione, la distinzione di Jerzy Wróblewski tra giustificazione interna ed esterna di una decisione giudiziale (WRÓBLEWSKI 1989). Si veda anche GUASTINI 2001, 176 ss.

³⁵ ALEXY 1989.

Detto altrimenti, il giudice del lavoro di Rovereto pare aver inteso la controversia alla stregua di un c.d. *caso facile*, come se non avesse dovuto risolvere alcun particolare problema interpretativo della disposizione giuridica (N) o nella qualificazione del caso individuale (F). La premessa normativa non solleva invero grosse perplessità, nella misura in cui vi è un quasi perfetto isomorfismo tra la norma giuridica generale e la disposizione di cui dovrebbe essere il significato. Come già detto (par.1), infatti, il diritto antidiscriminatorio non prevede alcuna eccezione – neanche per le organizzazioni di tendenza – al divieto di discriminazione diretta in ragione dell’orientamento sessuale di un dipendente. Più opinabile, invece, è la qualificazione del fatto nella premessa sussuntiva. La qualificazione della fattispecie concreta come trattamento differenziato sulla base dell’orientamento sessuale solleva qualche dubbio. Rileggendo la *questio facti* ci si può chiedere: il contratto non è stato rinnovato alla docente perché omosessuale o, piuttosto, perché la sua omosessualità è stata conclamata? Il quesito è tutt’altro che accademico: dalla risposta può dipendere una diversa qualificazione del caso individuale, mentre l’errata individuazione della *quaestio facti* non potrebbe non travolgere anche la *quaestio iuris*.

L’interrogativo circa queste due possibilità non è di per sé completamente nuovo alla dottrina di settore. Già qualche lustro fa qualcuno³⁶ si domandava se, pur non potendo penalizzare in qualsivoglia modo l’insegnante omosessuale per il semplice fatto della sua “diversità”, la scuola di ispirazione cattolica potesse nondimeno esigere che questi non ne facesse menzione ai colleghi e soprattutto ai discenti. Si potrebbe infatti provare ad argomentare che il licenziamento non sia avvenuto in ragione dell’orientamento sessuale puro e semplice, bensì in ragione della manifestazione della convinzione personale che l’omosessualità sia uno stile di vita accettabile e quindi da non nascondere³⁷. Il *coming out* di una dipendente lesbica è la legittima e naturale esternazione della propria identità personale, sicché tra dimensione astratta e concreta dell’omosessualità non vi può essere soluzione di continuità (e quindi di tutela). Oppure si potrebbe sostenere che la manifestazione del proprio orientamento sessuale potrebbe, di per sé, implicare l’attività di “propaganda” e/o il “proselitismo omosessuale”³⁸, così alterando la tendenza³⁹ dell’organizzazione a base etica e giustificando un licenziamento per buona (giusta) causa? Detto altrimenti: posto che la normativa vieta qualsiasi discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nella sua dimensione astratta (la mera identità), sarebbe possibile considerare la sua dimensione concreta (il disvelamento di tale identità) come una convinzione personale⁴⁰? Una scelta ermeneutica siffatta, laddove percorsa, darebbe vita a una situazione gestibile e coerente, tale da assicurare comunque tutela alla dimensione astratta, oppure finirebbe per fare del divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale un mero diritto di carta?

³⁶ IZZI 2005, 397, nota 38. Il passaggio è citato anche in CALAFÀ 2017, 44.

³⁷ DE SIMONE 2005 considera opinabile considerare l’orientamento sessuale (*rectius*: la sua manifestazione) come convinzione personale, ma in tal caso riterrebbe legittimo l’allontanamento della persona omosessuale dall’organizzazione di tendenza.

³⁸ Questa prospettiva sembra, per esempio, indirettamente adottata da chi, all’interno delle teorie complottistiche c.d. *gender*, distingue l’omosessualità, in quanto dimensione astratta dell’io, “dall’omosessualismo”, inteso come l’ideologia di chi propaganda le istanze di non discriminazione in ragione dell’omosessualità (incluse ovviamente le persone omosessuali stesse). Per un approfondimento sul tema, si vedano gli studi di GARBAGNOLI 2014 E GARBAGNOLI, PREARO 2017.

³⁹ Benché non rilevi ai fini della presente discussione, andrebbe valutato in concreto se effettivamente vi sia un’alterazione apprezzabile della tendenza, valutata anche la mansione (ideologica o neutra) che il dipendente è chiamato a compiere dal contratto di lavoro. Anche nell’ambito di una scuola di ispirazione cattolica vi potrebbero essere mansioni – quali quelle del personale tecnico o amministrativo – del tutto irrilevanti rispetto alla tendenza dell’istituto.

⁴⁰ Una convinzione che certo sarebbe in contrasto con il catechismo della Chiesa cattolica, a cui la proposta pedagogica dell’Istituto di Rovereto per esempio si ispira e che quindi quest’ultimo avrebbe potuto legittimamente censurare col beneplacito della normativa vigente. Si ricordi, infatti, come le organizzazioni di tendenza godano di un regime derogatorio in riferimento ai fattori della religione e, appunto, delle convinzioni personali.

La controversia trentina richiama l'attenzione su un ulteriore elemento: la docente non aveva affatto rivelato il proprio lesbismo, avendo anzi mantenuto il più stretto riserbo, tant'è che la direttrice ne era venuta a conoscenza per delazione. A questo proposito, si usa distinguere tra *coming out*, quando il soggetto decide liberamente di rivelare il proprio orientamento sessuale, e *outing*⁴¹, laddove invece avviene da parte di terzi e senza il suo consenso. Ora, ipotizzando che l'organizzazione di tendenza possa legittimamente esigere il silenzio dal dipendente omosessuale, come distinguere le due situazioni del *coming out* e dell'*outing*, equiparabili nella sintomatologia, ma certo non nella eziologia? Potrebbero essere ritenute situazioni intercambiabili nella qualificazione della omosessualità come convinzione personale?

3. E se fosse una convinzione personale?

Per rispondere ai quesiti testé enunciati ci si potrebbe affidare a un'attenta analisi delle fonti del diritto antidiscriminatorio al fine di scandagliare il fondo semantico di un concetto o di un altro. Vi sarebbe però il rischio di limitare le conclusioni a una specifica branca del diritto positivo, quando la questione può invece interessare anche altri settori. Alla luce di ciò, pare più conveniente ricorrere a un ragionamento con maggiori pretese di universalità come quello per "assurdo". Le virgolette sono d'obbligo, poiché non si deve andare troppo lontano con l'immaginazione o, forse, ricorrervi del tutto. Vi è difatti un ordinamento che sulla bontà della distinzione tra dimensione astratta e concreta dell'omosessualità ha scommesso davvero e per lungo tempo.

Mi riferisco all'ordinamento statunitense, in particolare alla legislazione federale Pub.L. 103-160 (10 U.S.C. § 654), meglio nota al grande pubblico come *Don't ask, don't tell, don't harass, don't pursue* (in sigla DADT), in vigore fra il 1993 e il 2010. Si tratta di disposizioni volte a regolare alcune cause di esclusione della discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale presso uno speciale datore di lavoro, non certo di tendenza: l'esercito. Il fatto che non siano in gioco le organizzazioni di tendenza è irrilevante ai fini della nostra analisi, che si concentra invece sul saggiare la fattibilità della scissione tra dimensione astratta e concreta nel governo dell'orientamento sessuale come fattore di discriminazione.

Come ricordato prima, anche il diritto di derivazione eurounitaria prevede alcune eccezioni per le forze armate, limitatamente ai fattori età e disabilità, e laddove strumentali e necessarie a garantirne la piena efficienza. Orbene, negli Stati Uniti si potrebbe dire che vi è stata una terza eccezione con riferimento al fattore orientamento sessuale fino al 1993.

Essendo tradizionalmente uno dei luoghi privilegiati nella costruzione della maschilità e del *machismo*, le forze armate statunitensi hanno sempre mostrato particolare ostilità verso l'omosessualità – qualcuno le ha definite «l'ultimo bastione dell'omofobia istituzionale»⁴² –, benché la presenza di persone omosessuali al loro interno fin da tempi risalenti è stata ampiamente documentata dalla letteratura⁴³. Come è ovvio, le motivazioni dietro al rifiuto delle per-

⁴¹ Secondo Cass., sez. pen., sent. del 24 luglio 2012., n. 30369, laddove non vi sia un interesse pubblico alla diffusione dell'informazione, l'*outing* integra i reati di violazione della privacy e diffamazione.

⁴² DYER 1990, XVIII.

⁴³ Il primo caso di espulsione documentato risale al 1778, quando il tenente Gotthold Frederick Enslin fu riconosciuto colpevole di condotta omosessuale (*rectius*: la sodomia) ed espulso dall'esercito continentale dal generale George Washington (BRONSKI 2011, 152-175; BURG, 2002, 121-286). Dalla ricostruzione di SHILTS 2005, 1-18, dal 1778 al 1918, anche per l'assenza di un regolamento militare vero e proprio che sanzionasse questi comportamenti, la sodomia era abbastanza tollerata e ogni provvedimento disciplinare era a discrezione dei comandanti. Nel 1919 viene invece introdotto per la prima volta un regolamento (*Alleged Immoral Conditions and Practices at Newport* del Report of the Committee on Naval Affairs) che colpisce la condotta sodomitica e vengono messe in atto diverse indagini interne, talvolta con metodi anche piuttosto invasivi. Il numero dei colpevoli aumenta allora esponenzialmente. Alla fine della guerra, nel 1945, la sodomia era ancora punita, formalmente, senza distinzione di orientamen-

sone omosessuali non poggiavano sulla difesa della purezza di una tendenza, ma piuttosto si sosteneva come la presenza di queste persone avesse effetti negativi sull'abilità delle forze armate di mantenere la disciplina, il buon ordine e il morale; nello sviluppare la mutua fiducia tra i commilitoni; nel rafforzare l'obbedienza e la gerarchia; rendesse difficile assegnare ai soldati missioni a condizioni di *privacy* minime. Queste e altre tesi di analogo tenore vengono messe nero su bianco in una circolare⁴⁴ del Dipartimento della Difesa risalente al 1982, in cui peraltro si sancisce l'incompatibilità tra condizione di omosessualità e partecipazione alle forze armate, precisando che la prima deve essere considerata motivo di congedo obbligatorio.

Il DADT rappresenta il precipitato – in tutti i sensi – di una promessa elettorale fatta dal candidato Bill Clinton, poi eletto, circa la fine della discriminazione delle persone omosessuali nelle forze armate. Da tempo, infatti, era chiaro che possedere l'uno o l'altro orientamento sessuale fosse irrilevante ai fini dello svolgimento del mestiere di soldato⁴⁵. Tuttavia, la resistenza degli alti gradi dell'esercito e la reticenza di alcuni deputati e senatori democratici frustrarono le intenzioni del presidente. Di fronte alle opposte pretese, di derubricare totalmente l'omosessualità da motivo di congedo o di mantenere la discriminazione sessuale, il punto di accomodamento trovò soluzione nel DADT. Una legislazione, quest'ultima, che non era altro che la perfetta trasposizione fenomenica dell'interrogativo che si era posto la dottrina italiana: a fronte di un divieto di un trattamento differenziato, ingiustificato sulla base dell'orientamento omosessuale, il datore di lavoro di tendenza poteva esigerne di non farne menzione? Ebbene, il Dipartimento della Difesa lo esigeva. Il DADT abrogava la circolare del 1982 e la sostituiva con due nuove disposizioni: la prima derubricava l'omosessualità dalla lista degli impedimenti al servizio militare⁴⁶, la seconda statuiva che il congedo sarebbe scattato però in caso di sua manifestazione⁴⁷.

Ma *come* si manifesta un orientamento sessuale e, di converso, *come* lo si tiene nascosto? Quali informazioni e quali condotte possono essere sussunte nella fattispecie astratta “manifestazione”? Non vi è dubbio che avere rapporti palesemente amorosi in pubblico possa integrare tale fattispecie. Nondimeno, come è facile immaginare, le probabilità che questo avvenga sono infime. Certo, vi si potrebbe includere anche le condotte sessuali nel privato, ma sarebbe una ridondanza, visto che il privato è, per definizione, non di pubblico dominio. Nel tentativo di fare chiarezza, il Dipartimento della Difesa coniò la locuzione di “propensione omosessuale”, da sostituire a quella troppo generica di “manifestazione”. Il tentativo non pare tuttavia molto riuscito. Se sono omosessuale, non ho forse una propensione omosessuale? In cosa potrebbe mai differenziarsi questa propensione sessuale dall'orientamento sessuale? Come il Dipartimento della Difesa ebbe modo di spiegare in giudizio, l'omosessualità sarebbe consistita nella qualità di avere un'astratta preferenza sessuale per persone del proprio sesso, mentre la propensione come la distinta qualità di manifestare una tale preferenza in modo abbastanza concreto da poter desumere una probabilità che quella preferenza sarebbe stata messa in atto⁴⁸.

to sessuale (Article 125, Section 10, U.S.C., 1945.). Con la cessazione del conflitto, il bisogno di reclute diminuisce drasticamente, e la quantità di congedi ricomincia a crescere (BERUBE 2000). A partire dal 1949 appare per la prima volta nei documenti ufficiali il concetto di condotta omosessuale, che conduce, nel 1953, alla redazione di un nuovo regolamento interno (Army Regulation n. 600-443, 1953), benché la decisione finale sul congedo sia rimessa ancora alla discrezione del comandante. Nel 1966 (Army Regulation n. 635-689, 1966) e poi nel 1970 (Army Regulation n. 635-100, 1970) il regolamento viene aggiornato e ampliato.

⁴⁴ DODD 1332.14 del 28 febbraio 1982.

⁴⁵ Come nel caso dello studio realizzato dalle stesse forze armate noto come Crittenden Report e pubblicato nel 1957.

⁴⁶ L'accettabilità dell'omosessualità in quanto orientamento sessuale è stata chiarificata da una circolare attuativa del DADT: (Department of Defense, *Separation of Regular and Reserve Commissioned Officers*, Directive 1332.30, 11 Dicembre, 2008, p. 9).

⁴⁷ Non a caso la giurisprudenza costituzionale sorta poi intorno al DADT ha spesso utilizzato come parametro di legittimità il Primo Emendamento, considerando quindi l'oggetto della controversia un vero e proprio *speech*.

⁴⁸ *Able v. United States*, 880 F.Supp. 968, 974 (E.D.N.Y. 1995).

Al di là del virtuosismo linguistico, conviene rivolgersi alla casistica per avere qualche delucidazione. Il catalogo si presenta molto vario e variegato. Nel corso degli anni è stata considerata una propensione omosessuale la dichiarazione “io sono omosessuale”, l’aver mostrato una foto del partner, aver partecipato a determinati eventi, essere stato visto in compagnia di un militare poi scoperto omosessuale, aver aiutato qualcuno a nascondere la propria omosessualità, e finanche aver scritto una lettera personale, in una lingua straniera, a una persona con cui si era avuto una relazione affettiva prima di arruolarsi⁴⁹. Condotte quindi molto diverse tra loro, forse troppo, tanto da appiattire quasi del tutto l’orientamento sessuale sulla propensione. Di fatto, ha finito per vanificare la stessa previsione a tutela dell’orientamento sessuale. Ciò si evince anche guardando i numeri: nel periodo che va dal 1994 al 2010, quando il DADT fu abolito, i congedi sono stati circa 13.650⁵⁰, circa l’1% delle forze permanenti degli Stati Uniti. Un numero enorme se si considera che la popolazione omosessuale è stimata al di sotto del 7% della popolazione generale. L’alta percentuale si spiega anche con la peculiarità dell’omosessualità come condizione personale non accertabile *ictu oculi*. Tra i 13.650 congedati a seguito dell’applicazione del DADT e della “diagnosi” di propensione sessuale non vi sono solo militari effettivamente omosessuali, ma anche molti militari eterosessuali, confusi o scambiati per tali. Il risultato del DADT non è stata la tutela dell’efficienza e del morale dell’esercito, quanto un’assurda e irrazionale caccia alle streghe. Il DADT “permetteva” dunque alle persone omosessuali di servire nelle forze armate, al prezzo di far scattare per tutti una “presunzione di omosessualità”.

E qui arriviamo anche al tema dell’outing. Molti dei 13.650 congedi non sono avvenuti a seguito della dichiarazione personale di omosessualità, ma come effetto della delazione di un terzo, a cui era stato confessato o che lo aveva scoperto per avventura. Non sembra potersi parlare qui di un mero tradimento della reciproca fiducia, quanto piuttosto occorre pensare a uno hobbesiano sforzo di autoconservazione: se l’informato non avesse fatto da delatore e si fosse poi scoperto che sapeva, avrebbe potuto subire lo stesso trattamento del collega omosessuale. Perché aiutare qualcuno a nascondere la propria omosessualità, violando il regolamento, se non si ha qualcosa da nascondere essi stessi? Non è forse anche questo sintomo di una propensione omosessuale o comunque della convinzione personale che le persone omosessuali dichiarate possano servire nell’esercito? Come allontanare allora meglio da sé questo sospetto facendo da informatore per l’amministrazione?⁵¹ Con buona pace di Clinton, si può affermare che il dispositivo disciplinare del DADT, più che compromissorio, sia risultato orwelliano. Eppure, il DADT si basava su un preciso accordo tra amministrazione e militari omosessuali: la prima si impegnavano a non far indagini preventive e i secondi a rimanere nascosti. Perché far patire a un soggetto l’outing, quando si è sempre astenuto dal fare *coming out*? Quale responsabilità vi può avere il soggetto vittima di outing? Il punto è che il DADT – e in generale dissociare le due dimensioni (astratta e concreta) dell’orientamento sessuale – non può che tradursi in una impossibilità di fatto. Se l’obiettivo è impedire la circolazione della notizia della mia omosessualità, è irrilevante che sia io o un altro a mostrare una foto che mi ritrae insieme a un partner dello stesso sesso. Una volta che la notizia è trapelata, il “pasticcio” è fatto ed è irreparabile⁵². Il soggetto omosessuale non può che diventare il ripetitore di un messaggio per il mero fatto di esistere.

⁴⁹ *Ex multis*: *Thomasson v. Perry*, 80 F.3d 915 (1996), *Richenberg v. Perry*, 97 F.3d 256 (1996), *Holmes v. California National Guard*, 124 F.3d 1126 (1998), *Thorne v. Department of Defense*, 916 F.Supp.1358 (1996).

⁵⁰ In base ai dati ufficiali del Dipartimento della Difesa, si stima che tra il 1982 e il 1993, quando il DADT entrò in vigore, siano stati congedati circa 17.000 soggetti. Il DADT ha quindi in effetti determinato una flessione dei congedi, pur restando su livelli molto alti.

⁵¹ FRANK 2009, 167. Il regolamento ha avuto anche un effetto deleterio sulle donne, in particolare afroamericane, che non si conformavano alle aspettative di genere dei colleghi. Si veda su questo BENECKE, KIRSTIN 1996.

⁵² A onor del vero era prevista in alcuni casi una prova liberatoria, che però altro non era che una *probatio diabolica*. Il sospettato era infatti chiamato a dimostrare che la propensione omosessuale dimostrata era un avvenimento isolato rispetto alla condotta usuale e consueta tenuta o che era improbabile, sotto ogni circostanza, che tale

4. La prova del nove

Dissociare l'orientamento sessuale dalla sua manifestazione, accordando tutela solo alla prima, presenta non poche conseguenze repressive per le persone omosessuali, come è emerso dall'illustrazione del DADT. Le criticità non sembrano attenuarsi neanche se si esce dallo speciale ambito delle forze armate e si rivolge lo sguardo al più generale diritto antidiscriminatorio statunitense. Va detto, in chiave introduttiva, che quest'ultimo non è organico e tassativo come quello eurounitario, a causa primariamente della diversa gerarchia delle fonti tipica di ogni sistema di *common law*. Il diritto antidiscriminatorio statunitense è infatti il risultato dell'incastro e della difficile convivenza tra le norme di rango primario derivanti dalle leggi dei singoli Stati e la giurisprudenza, di rango superprimario, della Corte Suprema, con particolare riferimento all'interpretazione del Primo Emendamento. Per far fronte all'estrema varietà e variabilità del diritto antidiscriminatorio prodotto in sede statale e assicurare un sindacato di legittimità uniforme, la Corte ha negli anni elaborato uno strumento euristico chiamato *message-based approach*⁵³.

Più nel dettaglio, i giudici, di volta in volta, osservano e valutano se la presenza o la permanenza del soggetto che lamenta la discriminazione presso l'organizzazione di cui è alle dipendenze può o meno distorcere o modificare il fine per il quale quest'ultima è stata creata e opera. Così, per esempio, il Ku Klux Klan potrebbe legittimamente rifiutare l'assunzione di un dipendente afroamericano, poiché lo scopo per cui questo gruppo di persone si è associato è la promozione dell'ideologia della supremazia della razza bianca, per quanto opinabile e deprecabile sia il raggiungimento di questo obiettivo. Nel caso, invece, di un'associazione che si occupa di formazione e *mentoring* di giovani promettenti, limitare l'ammissione ai soli individui di sesso maschile non supererebbe il test del *message-based approach*, perché l'accesso delle donne non influenzerebbe in modo diretto e rilevante il fine e le attività per cui è stata istituita. Non vi è dubbio che vi sia anche in questo caso una compressione della libertà dell'associazione, ma sarebbe da considerarsi incidentale e comunque giustificata dalla necessità di combattere la discriminazione di genere nella società⁵⁴. È comunque evidente come il *message-based approach*, diversamente dall'ordinamento italiano ed eurounitario, non distingua nettamente tra organizzazioni di tendenza e organizzazioni "neutre", potendosi potenzialmente qualificare tutte con la prima aggettivazione. In linea generale, si può riassumere dicendo che meno un'organizzazione è eticamente orientata e più i margini di discriminazione sono ridotti.

Per quello che qui più importa, due sono le controversie in tema di *message-based approach* che rilevano. La prima⁵⁵ vicenda risale agli inizi degli anni '90, quando un'associazione di persone omosessuali si vede rifiutare la possibilità di partecipare a una marcia commemorativa nella città di Boston. L'evento in questione è una parata annuale in onore di San Patrizio e della vittoria contro gli inglesi durante la guerra di indipendenza. La manifestazione era stata allestita direttamente dalle autorità pubbliche locali fino al 1947, anno in cui gli aspetti logistici furono delegati alle associazioni partecipanti, e in particolare alla South Boston Allied War Veterans Council (in sigla SBAWVC), pur con il finanziamento e il patrocinio pubblici. Nel 1992 alcuni discendenti di immigrati irlandesi decidono di riunirsi in un comitato dal nome Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston (in sigla GLIB) per esprimere il loro duplice orgoglio di

condotta ricorresse nuovamente. Si veda più in dettaglio *The United States Code, Title 10 - Armed Forces, Subtitle A - General Military Law, Part II - Personnel Chapter 37 - General Service Requirements 654, Policy concerning homosexuality in the Armed Forces*.

⁵³ Per una panoramica generale del rapporto tra libertà religiosa e giurisprudenza costituzionale negli Stati Uniti, si veda D'ANGELO 2016.

⁵⁴ *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984). Conclusioni simili sono state raggiunte anche in *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 537 (1987).

⁵⁵ *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

essere allo stesso tempo irlandesi e omosessuali. Quando chiedono di partecipare alla marcia suddetta come gruppo organizzato, insieme alle tante altre e disparate associazioni locali, lo SBAWVC rigetta l'istanza di partecipazione. Il GLIB conviene allora l'associazione di veterani in giudizio, lamentando una discriminazione nell'accesso beni e servizi sulla base dell'orientamento sessuale, vietata dalla legge del Massachusetts⁵⁶.

Orbene, secondo il *message-based approach* la Corte dovrebbe verificare se la partecipazione del GLIB metta a repentaglio l'identità "etica" del SBAWVC. Poiché quest'ultimo è un gruppo di ex veterani e dei loro discendenti, che nulla hanno a che fare con la sfera sessuale, la questione sembrerebbe presto risolta. Senonché la controversia è complicata dal fatto che i membri di GLIB non stanno chiedendo di iscriversi al SBAWVC o di essere assunti da esso, ma di partecipare come gruppo distinto e riconoscibile a un evento pubblico⁵⁷ allestito da questa associazione. Nel tentativo forse di operare un bilanciamento funambolico tra le diverse istanze, la Corte, con una decisione unanime, ritenne che il Primo Emendamento garantisse al SBAWVC il diritto di escludere il GLIB, in quanto la sua partecipazione avrebbe potuto trasmettere agli astanti l'idea che i veterani promuovessero l'omosessualità o peggio che fosse tra gli scopi della parata; ma, allo stesso tempo, ritenne illegittima la totale esclusione dei membri del GLIB, cioè delle persone omosessuali e irlandesi, dall'evento. Questi ultimi avrebbero potuto partecipare, ma non come gruppo visibile e organizzato. Detto altrimenti, gli affiliati del GLIB avrebbero potuto marciare, ma a patto che la loro omosessualità fosse rimasta una questione privata e, in altre parole, invisibile.

La seconda⁵⁸ vicenda riguarda invece James Dale, un affiliato e dipendente dei Boy Scouts of America (in sigla BSA), a cui è iscritto fin dalla tenera età e dove negli anni ha scalato il *cursus honorum* interno fino a conquistare la carica apicale di Scout Master. Finiti gli studi superiori, si iscrive alla Rutgers University, dove aderisce a un'associazione universitaria di gay e lesbiche, diventandone anche il co-presidente. Nel luglio 1990 viene invitato come relatore a una conferenza dalla facoltà di scienze sociali, durante la quale viene intervistato da un giornalista di una testata locale, il cui resoconto sull'evento viene pubblicato il giorno seguente. Nell'articolo erano presenti stralci delle dichiarazioni di Dale, tra cui informazioni circa il suo ruolo di co-presidente dell'associazione universitaria e, *last but not least*, sulla sua omosessualità. Il giorno seguente Dale si vede recapitare una missiva dai BSA, in cui lo si informa che è stato espulso a causa del suo orientamento sessuale, non in linea coi valori dell'organizzazione⁵⁹. Conviene allora in giudizio BSA, lamentando una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. Orbene, nell'insindacabile opinione della Corte Suprema, l'omosessualità di Dale non solo collideva coi valori di BSA, ma aveva anche l'effetto di distorcerne gli obiettivi statuari o almeno la rappresentazione di essi che ne poteva avere la società.

Per giungere a questa conclusione, i supremi giudici si interrogano su quali valori BSA intende trasmettere all'esterno con la sua attività. Benché nello Statuto dell'organizzazione ricorrano espressioni quali "moralmente retto" o "moralmente pulito", invero molto astratte e generiche, a prima vista non sembrerebbe che gli obiettivi di BSA riguardino la sfera dell'intimità, sulla qua-

⁵⁶ «Chiunque faccia una distinzione, una limitazione o una discriminazione sulla base della razza, del colore della pelle, della credenza religiosa, della nazionalità, del sesso, dell'orientamento sessuale, [...] riguardo l'accesso a beni e servizi di natura pubblica [...], o inciti o promuova a una tale distinzione, limitazione o discriminazione, sia punito con una multa di non più di 2500 dollari o con la reclusione per non più di anno o con entrambi» (*Mass. Gen. Laws, Chapter 272, section 98*) (traduzione mia).

⁵⁷ La Corte arriva in verità a considerare la marcia un avvenimento squisitamente privato, trascurando che il patrocinio economico della città, nonché la totale assenza di selezione dei gruppi partecipanti da parte di South Boston Allied War Veterans Council, metteva fortemente in dubbio questa classificazione.

⁵⁸ *Boy Scouts of America et al. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

⁵⁹ Per un approfondimento sulla vicenda giudiziaria in tutti i gradi di giustizia, si vedano KOPPELMAN, BARRINGTON WOLFF 2009; ELLIS 2014.

le anzi gli affiliati sono generalmente invitati a essere riservati. Tuttavia, la Corte mostra una certa deferenza verso l'interpretazione che BSA dà del proprio Statuto, trainata forse anche dal pregiudizio sociale verso l'omosessualità, allora ancora fortemente stigmatizzata⁶⁰. Sta di fatto che il bilanciamento tra il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale del New Jersey e il Primo Emendamento si risolve tutto a favore di quest'ultimo: non solo BSA non può essere forzata a includere la promozione dell'omosessualità nelle sue attività educative o\è può invitare Dale a non promuoverla esso stesso all'interno di esse – che è pacifico –, ma le è anche permesso espellere un suo affiliato/dipendente perché questi, al di fuori, vive pubblicamente la propria sessualità.

Sia nella prima vicenda che nella seconda, la manifestazione dell'orientamento sessuale viene chiaramente assimilata a una manifestazione di pensiero. Vale forse a differenziare i due casi che nel primo è volontaria – i membri del GLIB chiedono di sfilare rivendicando la propria omosessualità –, mentre nel secondo l'*outing* avviene per un'avventura giornalistica. Come si è già visto nel DADT, tale differenza alla fine poco importa. BSA ha cercato invero di sostenere, durante le fasi dibattimentali, che lo stesso trattamento sarebbe stato riservato a una persona eterosessuale che avesse promosso l'omosessualità come stile di vita moralmente accettabile. L'analogia, tuttavia, non regge. Dale, infatti, è colpevole di modificare il messaggio che BSA intende comunicare all'esterno, senza aver mai portato uno striscione o un segno di riconoscimento, distribuito volantini o letteralmente pronunciato qualsiasi parola. Pare piuttosto che questi sia condannato, al pari del militare di cui si sono apprese le preferenze sessuali, a promuovere l'omosessualità per il semplice motivo di essere un omosessuale dichiarato. È la sua mera presenza a inviare un messaggio etico riguardo l'omosessualità, come se la sua esistenza in quanto tale implicasse una “degenerazione morale” per l'organizzazione di cui fa parte.

La controversia bostoniana ci dice qualcosa di più. Ci mette in guardia di fronte a un trattamento diversificato rispetto ad altri fattori di discriminazione. La distinzione tra orientamento sessuale e sua manifestazione non è possibile, per esempio, rispetto al fattore razza. Difficilmente la Corte avrebbe potuto chiedere a un gruppo di afroamericani irlandesi di marciare, ma senza farsi notare come persone nere, perché il colore della pelle non può essere nascosto come l'orientamento sessuale⁶¹. Se si seguisse fino in fondo il ragionamento della Corte, si giungerebbe a conseguenze esiziali e forse incompatibili con uno Stato costituzionale di diritto. Si aprirebbe infatti la strada a una gerarchizzazione delle discriminazioni, dove alcune, perché in ragione di alcuni fattori, contano più di altre e quindi sono destinatarie di un trattamento più “a tutto tondo”. Eppure, non sembra esserci una ragione apprezzabile per cui una persona nera potrebbe essere nera in pubblico e una persona omosessuale invece no, pena la perdita del posto di lavoro.

5. Conclusioni

Si è partiti col chiederci se fosse stato possibile nella controversia trentina, posto il generale divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, dissociare la mera identità omosessuale dal disvelamento di tale identità, offrendo tutela solo alla prima condizione e qualificando la seconda come una convinzione personale. L'esperienza statunitense ci ha mostrato che una scelta interpretativa di questo tipo, certo percorribile in astratto, ha nel concreto conseguenze esiziali e assurde per la tenuta del generale divieto antidiscriminatorio in ragione di questo fattore. Distinguere e trattare diversamente omosessualità e manifestazione dell'omosessualità

⁶⁰ Si ricordi che negli Stati Uniti, la condotta omosessuale (*rectius*: la sodomia) era reato in alcuni Stati fino al 2003, quando la previsione penale fu dichiarata incostituzionale in *Lawrence contro Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per un approfondimento in materia, si vedano *TRIBE* 2004; *CARPENTER* 2012; e *VIGGIANI* 2015.

⁶¹ Entro certi limiti anche una donna potrebbe farsi passare per uomo.

non solo è difficile, ma è repressivo, perché espone le persone omosessuali al rischio di *outing* (e anche a varie forme di estorsione) e quindi a un disvelamento involontario dell'identità che comunque determina il licenziamento.

Ciò non toglie che – come d'altronde prevede la stessa normativa antidiscriminatoria – sia importante e doveroso bilanciare la libertà di associazione, anch'essa meritevole di tutela, e il divieto di discriminazione. E per quanto possa apparire deprecabile che negli Stati Uniti un'associazione voglia escludere un soggetto perché sostiene pubblicamente che l'omosessualità è una variante naturale della sessualità, BSA ha il diritto di allontanarlo, facendo uso degli strumenti che la legge mette a disposizione. Così come la scuola cattolica può, in Italia, legittimamente licenziare un dipendente che assuma posizioni eterodosse e ne faccia propaganda. A patto, tuttavia, che lo Stato non abdichi alla sua funzione di garante e verifichi, caso per caso, la sussistenza del nesso tra l'incompatibilità di quanto propagandato o predicato e l'attività del docente stesso, con conseguente nocumento sofferto dal datore di lavoro⁶².

⁶² Funzione che, invece, non è stata ritenuta assolta nel giudizio della Corte Europea dei Diritti Umani in *Lombardi Vallauri c. Italia* (sent. del 20 ottobre 2009, n. 39128/2015). Al noto professore di filosofia non era stato infatti rinnovato il contratto di docenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore in ragione delle sue eterodosse posizioni scientifiche. Per un commento, si veda MASSA 2010.

Riferimenti bibliografici

- ALEX Y R. 1989. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè.
- ARCIGAY 2011. *Io sono Io lavoro*, disponibile in: <https://www.arcigay.it/wp-content/uploads/Report-Io-sono-io-lavoro.pdf> (consultato il 22.11.2018).
- BALLESTRERO M.V. 1998. *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 49, I, 1998, 287 ss.
- BARBERA M. 1991. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Feltrinelli.
- BARBERA M. 2003. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 99-110, 2003, 399 ss.
- BARBERA M., GUARISO A. (eds.) 2020, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Milano, Giappichelli.
- BAVARO V. 2003. *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 98, 2003, 193 ss.
- BELL M., WEDDINGTON L. 2003. *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 99-100, 2003, 373 ss.
- BENECKE M., KIRSTIN S.D. 1996. *Military Women: Casualties of the Armed Forces War on Lesbians and Gay Men*, in RIMMERMAN C.A. (ed.), *Gay Rights, Military Wrongs*, New York, Routledge, 71 ss.
- BENIGNI R. 2008. *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della 'fede' del prestatore e del percettore d'opera*, Napoli, Jovene.
- BERUBE A. 2000. *Coming Out Under Fire*, London, Free Press.
- BETTETINI A. 2012. *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 39, 2012, 1 ss.
- BONINI BARALDI M. 2004. *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in «Diritto delle relazioni industriali», XIV, 4, 2004, 775 ss.
- BRONSKI M. 2011. *A Queer History of the United States*, New York, Beacon Press.
- BURG B.R. 2002. *Gay Warriors: A Documentary History from the Ancient World to the Present*, New York, New York Univ Press.
- CALAFÀ L. 2007. *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA M. (ed.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 171 ss.
- CALAFÀ L. 2008. *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in «D&L - Rivista critica di diritto del lavoro», 4, 2008, 1168 ss.
- CALAFÀ L. 2014. *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 33, 1, 2014, 133 ss.
- CALAFÀ L. 2016. *Il diritto antidiscriminatorio del lavoro: istruzioni per l'uso*, in ALLAMPRESE A., FASSINA L. (eds.), *Vademecum per l'Europa*, Roma, Ediesse, 51 ss.
- CALAFÀ L. 2017. *Organizzazioni di tendenza e orientamento sessuale: il valore (non solo simbolico) del caso di Trento*, in «GenIus», 4, 1, 2017, 43 ss.
- CALAFÀ L., GOTTARDI D. 2009. *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse.
- CARPENTER D. 2012. *Flagrant Conduct*, New York, Norton & Company.

- CASTELLANETA M. 2013. *Se un dirigente di calcio fa dichiarazioni omofobe il club deve provare l'assenza di discriminazione. Spetta agli Stati membri prevedere sanzioni effettive e proporzionate*, in «Guida al diritto», 21, 2013, 88 ss.
- CISOTTA R. 2011. *Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in CASTANGIA I., BIAGIONI G. (eds.), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 167 ss.
- COLAIANNI N. 2013. *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», XVI, 1, 2013, 215 ss.
- D'ANGELO G. 2016, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Torino, Giappichelli.
- DANISI C. 2013. *Lavoro, assunzioni e omofobia alla Corte di Giustizia, 14 maggio 2013*, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 20.07.2016).
- DE LUCA TAMAJO R., LUNARDON F. 2004. *Aziende di tendenza e disciplina dei licenziamenti individuali*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», XII, 3, 2004, 704 ss.
- DE SANCTIS RICCIARDONE P. 1980. *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene.
- DE SIMONE G. 2005. *I requisiti occupazionali*, in FABENI S., TONIOLO G. (eds.), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, Ediesse, 138 ss.
- D'ONGHIA M., RECCHIA G.A. 2018. *Pregiudizi discriminazioni diritti. Orientamento sessuale e identità di genere nei luoghi di lavoro*, Bari, Cacucci.
- DYER K. 1990. *Gays in Uniform: The Pentagon's Secret Reports*, Boston, Alyson Publications.
- ELLIS R.J. 2014. *Judging the Boy Scouts of America. Gay Rights, Freedom of Association, and the Dale Case*, Lawrence, University Press of Kansas.
- FABENI S., TONIOLO M.G. 2005. *Discriminazione sul lavoro e orientamento sessuale. La nuova disciplina di legge per la protezione dei diritti delle persone omosessuali*, Milano, Ediesse.
- FABIANO L. 2008. *Le parole come pietre nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», X, 4, 2008, 2054 ss.
- FONDAZIONE RODOLFO DE BENEDETTI 2012. *Dimensioni inesplorate della discriminazione in Europa: religione, omosessualità e aspetto fisico*, disponibile in: www.frdp.org/be/file/scheda/files/ExSum_Patacchini_ITA.pdf (consultato il 22.11.2018).
- FRA 2012. *European LGBT Survey*, disponibile in: <http://fra.europa.eu/en/survey/2012/eu-lgbt-survey> (consultato il 22.11.2018).
- FRANK N. 2009. *Unfriendly Fire: How the Gay Ban Undermines the Military and Weakens America*, New York, Thomas Dunne Books.
- GARBAGNOLI S. 2014. *“L'ideologia del genere”: l'irresistibile ascesa di un'invenzione retorica vaticana contro la denaturalizzazione dell'ordine sessuale*, in «AboutGender», 3, 6, 2014, 250 ss.
- GARBAGNOLI S., PREARO M. 2017. *La croisade “anti-genre”: Du Vatican aux manifs pour tous*, Paris, TEX-TUEL.
- GATTUSO M. 2014. *La prima condanna in Italia per discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: un caso esemplare*, 7 agosto 2014, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 22.11.2018).
- GUASTINI R. 2001. *Il diritto come linguaggio*, Milano, Giappichelli.
- ISTAT 2012. *La popolazione omosessuale nella società italiana*, disponibile in: <https://www.istat.it/it/archivio/62168> (consultato il 22.11.2018).
- IZZI D. 2005. *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene.

- IZZI D. 2008. *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 59, 4, 2008, 765 ss.
- KOPPELMAN A., BARRINGTON WOLFF T. 2009. *A right to discriminate?*, Yale, Yale University Press.
- LASSANDRI A. 2010. *Le discriminazioni nel lavoro*, Milano, Cedam.
- LORENZETTI A., VIGGIANI G. 2016. *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, Pisa, ETS.
- MALZANI F. 2016. *Licenziamento discriminatorio e danno “punitivo ragionevole”: verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 32, 5, 2016, 719 ss.
- MASSA M. 2010. *Lombardi Vallauri c. Italia: due sfere di libertà ed un confine evanescente*, in «Quaderni costituzionali», XXX, 1, 2010, 142 ss.
- MCCRUDDEN C. 2016. *The new architecture of EU equality law after CHEZ: Did the Court of Justice Reconceptualise direct and indirect discrimination*, in «Queen’s University Belfast School of Law: Research Paper», 10, 2016, 1 ss.
- PACILLO V. 2003. *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè.
- PASQUALI CERIOLI J. 2013. *Parità di Trattamento e Organizzazioni di Tendenza Religiose nel “Nuovo” Diritto Ecclesiastico Europeo*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», XVI, 1, 2013, 71 ss.
- PEDRAZZOLI M. 1987. *Tutela della tendenza e “tendenzschutz”*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 1, 1987, 749 ss.
- PROTOPAPA V. 2012. *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 63, 3, 2012, 555 ss.
- RANIERI M. 2012. *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell’Ue: alcune questioni problematiche*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 63, 1, 2012, 165 ss.
- RIVERS J. 2010. *The Law of Organized Religion. Between Establishment and Secularism*, Oxford, Oxford University Press.
- RIZZI F. 2014. *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, disponibile in: <http://www.articolo29.it> (consultato il 22.11.2018).
- RIZZI F. 2016. *Soffia il vento del cambiamento: sapremo costruire i mulini?*, in «GenIUS», 3, 2, 2016, 212 ss.
- SANGALLI M.G. 2013. *Le persone omosessuali*, in CENDON P., ROSSI S. (eds.), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, vol. 1, Roma, Aracne, 651 ss.
- SANTONI F. 1983. *Le organizzazioni di tendenza ed i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- SANTONI RUGIU R. 2017. *Il caso della docente di una scuola religiosa: la discriminazione per orientamento sessuale nelle organizzazioni di tendenza*, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 36, 4, 2017, 790 ss.
- SAVINO F. 2004. *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in «Lavoro e diritto», 18, 3-4, 2004, 571 ss.
- SAVINO F. 2009. *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 28, 1, 2009, 243 ss.
- SHILTS R. 2005. *Conduct Unbecoming: Gays and Lesbians in the U.S. Military*, London, St. Martin’s Griffin.
- TARQUINI E. 2015. *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, Giuffrè.
- TARQUINI E. 2017. *Discriminazione diretta per orientamento sessuale e organizzazioni di tendenza (nota a Corte d’appello di Trento, 23 febbraio 2017)*, disponibile in: <http://www.questionegiustizia.it/articolo/discriminazione-diretta-per-orientamento-sessuale-20-07-2017.php> (consultato il 22.11.2018).
- TOMASI L. 2015. *L’unico caso italiano di discriminazione fondata sull’orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d’appello di Brescia*, in «GenIUS», 2, 1, 2015, 221 ss.

- TROISI C. 2015. *Divieto di discriminazione e forme di tutela: Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli.
- TRIBE V.L. 2004. *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in «Harvard Law Review», 117, 6, 2004, 1893 ss.
- VICKERS L. 2012. *Twin Approaches to Secularism: Organized Religion and Society*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 32, 1, 2012, 197 ss.
- VIGGIANI G. 2015. *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio*, Udine, Mimesis.
- VIGGIANI G. 2017. *Orientamento sessuale e discriminazione sul luogo di lavoro. Un resoconto sull'utilizzo del D.lgs. 216/2003 in sede giudiziale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVII, 1, 2017, 45 ss.
- VISCOMI A. 2009. *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in «Diritti Lavori Mercati», 7, 2, 2009, 381 ss.
- WRÓBLEWSKI J. 1989. *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 227 ss. (ed.or. 1974).

DISCUSSIONI

Su Potere. Una rilettura di Michel Foucault
di Marco Brigaglia

POTERE DISCIPLINARE E NORME INCORPORATE

BRUNO **CELANO**



Potere disciplinare e norme incorporate

Disciplinary Power and Embodied Normativity

BRUNO CELANO

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: bruno.celano@unipa.it

ABSTRACT

Il problema discusso in questo scritto è: se, e se sì in che senso, si possa affermare che i comportamenti frutto di esercizio di potere disciplinare siano un che di “normativo”. L’addestramento – la modalità di intervento propria del potere disciplinare – è, dirò, “iscrizione di norme” nei corpi di coloro che sono soggetti al potere. Distinguo due modi in cui può accadere che, mediante addestramento, delle norme siano iscritte nei corpi di coloro che sono soggetti al potere disciplinare: “esecuzione automatica (di norme)”, e “automatismi normativi”, che sono rispettivamente il risultato di “iscrizione indiretta” e “iscrizione diretta” (di norme in corpi). L’esecuzione automatica di norme è un fenomeno ben noto. Gli automatismi normativi sono invece entità sorprendenti: nel caso degli automatismi normativi la norma è la forma che il corpo assume come conseguenza dell’esercizio di potere disciplinare.

The problem I discuss is whether the behaviors which are the product of the exercise of disciplinary power may be characterized as “normative”, and if so in what sense of the word “normative”. Disciplinary power is, I will say, the “inscription of norms” in the body of those who are subject to it. I distinguish two ways (“indirect” and “direct” inscription) in which norms may be inscribed, through the exercise of disciplinary power, in the body of the subjects, which I dub, respectively, “automatic execution (of norms)” and “normative automatisms”. Automatic execution of norms is a well-known phenomenon. Normative automatisms are odd entities: in the case of normative automatisms, the norm is the body itself, as moulded by the exercise of disciplinary power.

KEYWORDS

normatività, potere, Michel Foucault, habitus, sfondo, J.R. Searle

normativity, power, Michel Foucault, habitus, automaticity, background, J.R. Searle

Potere disciplinare e norme incorporate

BRUNO CELANO

1. Introduzione – 2. Norme incorporate (I): esecuzione automatica – 3. Norme Incorporate (II): automatismi normativi – 4. Tirando le somme – 5. Postilla.

1. Introduzione

Marco Brigaglia ha restituito al “pubblico dei lettori” (KANT 1965, 143), laico, un Foucault rinnovato, che forse non è mai esistito, depurato dalla retorica “ultra-radical” (il termine adoperato da Brigaglia) francese degli anni ’70 del secolo scorso, e affrancato dal gergo e dagli stilemi, dal sapore vagamente confessionale, di imitatori, epigoni, e della scolastica foucaultiana: Foucault senza fronzoli.

In omaggio a questo poderoso sforzo ricostruttivo, e all’acume analitico che lo anima, proverò a riprendere e sviluppare ulteriormente, in uno spirito che spero si mantenga fedele all’ispirazione di fondo e alle principali intuizioni di Brigaglia – e di Foucault – alcuni aspetti di ciò che Foucault chiama “potere disciplinare”. In particolare, discuterò questo problema: se, e se sì in che senso, si possa affermare che i comportamenti frutto di esercizio di potere disciplinare siano un che di “normativo”.

La nozione di potere disciplinare evoca l’idea di una “normatività incorporata”: l’addestramento (*dressement*, che per Foucault, come Brigaglia giustamente sottolinea – par. 6.1.4¹ –, è la modalità prototipica di intervento disciplinare, o “disciplinamento”), è l’iscrizione di norme nei corpi dei “bersagli” (è questo il termine che Brigaglia – p. 27 – utilizza per designare le persone sulle quali si esercita il potere)². “Normatività incorporata”, però, è solo un’etichetta, forse suggestiva, ma nulla di più. Occorre andare oltre la mera suggestione verbale, e dare un contenuto quanto più possibile determinato a questa espressione.

Distinguerò due modi in cui può accadere che, mediante addestramento, delle norme siano iscritte nei corpi dei bersagli del potere disciplinare, che chiamerò, rispettivamente, “esecuzione automatica (di norme)” (*infra*, § 2) e “automatismi normativi” (*infra*, § 3). L’esecuzione automatica di norme è, dirò, il risultato di “iscrizione indiretta (di norme nei corpi dei bersagli)”. La formazione di automatismi normativi è invece, dirò, il risultato di “iscrizione diretta (di norme in corpi)”.

L’esecuzione automatica di norme è un fenomeno ben noto, e abbastanza banale – il che non vuol dire, naturalmente, che esso sia ben compreso, e che non abbia nulla di enigmatico. Gli au-

* Sono grato nei confronti di Marco Brigaglia e Giusi Todaro per le tante conversazioni sui temi che sono oggetto di questo saggio.

¹ D’ora in avanti, le indicazioni di numeri di pagina, di paragrafi o capitoli, senza ulteriori specificazioni, si riferiscono a BRIGAGLIA 2019.

² L’espressione “iscrizione di norme in corpi” mi pare renda efficacemente l’idea della “impressione” (*infra*, § 4), mediante la formazione di automatismi comportamentali, di schemi di azione sui bersagli – l’idea, più precisamente, di un modellamento capillare, minuzioso, sin nei minimi dettagli, del comportamento, e in generale dell’esistenza, dei bersagli del potere. Scrive FOUCAULT (2003, 4): il potere disciplinare costruisce «un ordre qui entoure les corps, qui les pénètre, les travaille [...] s’imprime jusque dans les nerfs [...] un ordre qui est comme une grande nervure de prescriptions, de sorte que les corps soient ainsi parasités et traversés par l’ordre». Commenta lapidariamente Brigaglia (cap. 6, n. 47): «il potere disciplinare mira a far *incorporare* le regole». Brigaglia insiste ripetutamente su questo tratto del potere disciplinare. Si veda, ad esempio (ma gli esempi si potrebbero moltiplicare facilmente), 6.1.4: «il potere disciplinare può, saltando del tutto la mediazione del controllo, investire direttamente il *corpo* degli individui, plasmarne gli automatismi comportamentali; e può estendersi così ampiamente, e infiltrarsi così in profondità, da produrre nuove forme di soggettività, modellando gli schemi che ne costituiscono il sostrato – concetti, schemi di inferenza, modalità di auto-rappresentazione, atteggiamenti emotivi, attitudini al controllo, abilità di ragionamento. Esso può ridisegnare, pezzo per pezzo [...] l’anatomia corporale e spirituale degli individui».

tomatismi normativi sono invece entità apparentemente esotiche, bizzarre. Solo apparentemente, però, perché, come vedremo, gli automatismi normativi sono nascosti al nostro (“noi” studiosi di filosofia e teorici del diritto) sguardo al modo della *Lettera rubata*: una volta isolato il fenomeno, ne troviamo istanze dappertutto, in gran copia. Come tutte le cose che ci stanno sotto il naso, non li vediamo solo perché ci siamo abituati – siamo abituati sin da piccoli a essere immersi in un oceano di meccanismi di questo tipo.

Prima di iniziare, una questione di metodo, e un *caveat*. Quelli che descriverò sono fenomeni in linea di principio empiricamente accertabili: formulerò ipotesi su dati di fatto contingenti, suscettibili, in linea di principio, di conferma o smentita da parte dell’esperienza – in particolare, per via sperimentale. Si tratta, dunque, di fenomeni che, per statuto, sarebbero oggetto d’indagine da parte di una psicologia come scienza empirica, o delle neuroscienze. Tuttavia, quella che svilupperò in queste pagine non è un’indagine di psicologia sperimentale, o neuroscientifica. Non farò nulla di più che distinguere e analizzare delle possibilità concettuali, e fornire illustrazioni impressionistiche e frammentarie di queste possibilità. Questo, insomma, sarà un saggio di psicologia dalla poltrona, con tutti i limiti che ciò comporta.

2. *Norme incorporate (I): esecuzione automatica*

La ripetizione e l’esercizio, si sa, possono rendere automatico – una “seconda natura” – pressoché ogni genere di comportamento, dal fare uso di posate a tavola alla dimostrazione del teorema di Gödel. In particolare, può accadere che, in forza della ripetizione e dell’abitudine prodotti dall’utilizzazione di tecniche di addestramento (dall’esercizio, dunque, di potere disciplinare), diventi automatica l’esecuzione del tipo di comportamento prescritto da una norma – o da un insieme di norme, che, magari, regola minuziosamente, sin nei minimi dettagli, lo svolgimento di una certa attività. (Ad esempio, la regola che disciplina i ritmi di vita e le attività dei monaci in un monastero.) Ecco la descrizione che Brigaglia, seguendo Foucault, fornisce di questo tipo di processo (Brigaglia – par. 6.1.4 – parla in proposito di «design disciplinare della soggezione all’autorità e, più in generale, della decisione basata su regole»; e, genericamente, di «formazione di attitudini all’obbedienza»):

«Attraverso addestramento, una massa riottosa, distratta, anarchica, può essere trasformata in un insieme di individui che tendono ad eseguire automaticamente, senza riflettere, le regole comunicate da un soggetto determinato, o da chi è dotato di certi segni di riconoscimento, o da chi soddisfa i criteri indicati da certe meta-regole. Queste tendenze si possono interconnettere con una rete via via più complessa di altri automatismi congruenti: la tendenza a giudicare intuitivamente corretta l’esecuzione automatica di quelle regole e scorretta la sua [*sic*] inosservanza; la tendenza ad adottare automaticamente quelle regole come ragioni; la tendenza ad attivare automaticamente pattern complessi di ragionamento che confermano l’adozione di quelle regole come ragioni, o la loro vincolatività; la tendenza, in virtù della loro mera fonte, a trincerare quelle regole in modo automatico, iniziandone la riconsiderazione senza esaminare ragioni a favore o contro; la tendenza, in caso di dubbio sulla loro vincolatività, ad attivare automaticamente pattern di ragionamento che sostengono il loro trinceramento. In questo modo, lo stesso potere normativo, e in particolare autoritativo, si riveste di una struttura automatica che sostiene la sua efficacia, ben al di là delle risorse limitate del controllo [...] L’esempio paradigmatico è costituito dall’addestramento militare, che mira alla formazione intenzionale di una spiccata attitudine [...] alla pronta obbedienza, al trinceramento delle regole prodotte dal superiore, all’assunzione di un *habitus* generale congruente con queste attitudini, e via dicendo. Ma il design disciplinare della soggezione all’autorità e alle regole va molto al di là di questo paradigma di rigore ed efficienza. Opera, in una forma più morbida, in qualsiasi struttura burocratica minimamente efficiente, che richiede il progressivo addestramento dei funzionari all’adozione e al trinceramento di certi pattern di ragionamento [...] calibrati in funzione del loro

ruolo in una struttura organizzata [...] E opera, in forma più fluida e generica, in ogni tentativo di “indottrinamento”, di trasmissione intenzionale di pattern di ragionamento che tendono ad attivarsi in modo automatico, a trincerarsi sottraendosi a riflessione e critica, e a strutturare decisioni, emozioni, credenze, atteggiamenti del bersaglio» (par. 6.1.4)³.

In casi del genere, la norma (l'insieme di norme, il regolamento) svolge la funzione di uno stimolo (parlerò a questo proposito di “norma-stimolo”). La risposta a questo stimolo consiste nella formazione di una disposizione, relativamente stabile: la disposizione a tenere automaticamente (in modo irriflesso, immediato, senza pensarci su), nelle occasioni rilevanti – ogni qualvolta, cioè, si presenta un caso individuale che istanzia il caso generico previsto dalla norma – il comportamento che la norma richiede.

In casi siffatti, il frutto dell'addestramento è, dirò, la “esecuzione automatica” del comportamento prescritto dalla norma-stimolo. Il tipo di comportamento indicato dalla norma si iscrive, in questo senso, nel corpo del bersaglio: la sua esecuzione diventa una risposta automatica, governata da sistemi il cui funzionamento non è, in condizioni normali, oggetto di monitoraggio e di controllo – meno che mai, monitoraggio e controllo coscienti. Il corpo impara a comportarsi spontaneamente in un certo modo in un certo tipo di situazione. Lo fa, come si dice, “meccanicamente”.

Chiamerò questo tipo di disciplinamento “addestramento per normazione”. Il caso paradigmatico di addestramento per normazione è la formazione di un automatismo comportamentale come conseguenza dell'osservanza ripetuta, costante, di una prescrizione (ad esempio, un comando), esplicitamente formulata e rivolta a un destinatario (o una classe di destinatari), da parte di un emittente, un “legislatore” (intendendo questo termine in senso lato, naturalmente).

Una prescrizione, in questo senso del termine “prescrizione”, è un episodio in un'interazione comunicativa⁴. Ma può anche accadere, naturalmente, che la norma-stimolo sia una norma im-

³ Ciò di cui si tratta, dunque, è uno dei modi – il modo principale – in cui può accadere che si produca un intreccio tra potere disciplinare e “potere normativo”. Brigaglia (par. 6.1.4) opportunamente rileva, e sottolinea, la centralità di questo fenomeno: «potere normativo e potere disciplinare, per quanto costituiscano, in astratto, forme di potere diverse, tendono a intersecarsi, sovrapporsi, confondersi nell'esercizio concreto», perché «l'addestramento si svolge, in gran parte, entro e attraverso una cornice di regole che vietano e obbligano. I comportamenti, i pattern mentali e i ruoli ai quali si cerca di addestrare i bersagli sono, almeno in parte, prescritti e definiti da regole esplicite [...] Ma l'obiettivo dell'addestramento è rendere *superflue* regole e discorsi, inducendo l'automatizzazione dei comportamenti, dei pattern mentali, dei ruoli desiderati. L'addestramento può mirare a indurre “pronta obbedienza” a comandi: ma appunto, un'automatica risposta conforme alle richieste di chi comanda, e non – o almeno, non soltanto – un'obbedienza deliberata, che abbia la struttura raziocinativa dell'osservanza di regole». Un fenomeno molto simile a questo, e altrettanto rilevante ai nostri fini (la caratterizzazione data nel testo li copre entrambi), è ciò che Brigaglia (par 6.1.4) chiama “regolazione disciplinare” (una “figura ibrida”; Brigaglia non annovera questo tipo di intervento disciplinare tra le forme di “addestramento”, ma questa è solo una questione di definizione): «rientrano nell'area del potere disciplinare, per come inteso da Foucault, anche forme di potere che, sebbene la loro struttura micro-fisica non si incentri sulla dinamica dell'addestramento e automatizzazione bensì su quella della comunicazione di regole e osservanza, hanno uno scopo disciplinare (disciplinamento dettagliato ed efficiente di un campo di attività) e puntano sui mezzi disciplinari dell'organizzazione e del monitoraggio. Si tratta essenzialmente della statuizione, per ottenerne l'osservanza, di sistemi di regole minuziose, che organizzano dettagliatamente e razionalmente un campo di attività, sostenute dal dispiego di sistemi di monitoraggio capillare e continuo – dalla sorveglianza preventiva, all'accertamento delle violazioni avvenute – per scoraggiare l'inosservanza delle regole prescritte» («si tratta [chiarisce ulteriormente Brigaglia] dell'adozione di uno “stile” disciplinare nell'impiego di poteri normativi»). E ancora (par 6.1.4): «il confine tra regolazione disciplinare e potere disciplinare in senso stretto è sfumato. Un sistema di regole minuziose accompagnato da una sorveglianza rigorosa può, in sé e per sé, attivare dinamiche di automatizzazione, che possono essere intenzionalmente previste – una forma di addestramento spontaneo. La sorveglianza indurrà inizialmente l'osservanza delle regole, l'adozione dei comportamenti prescritti attraverso processi di controllo guidati dalla regola. Ma se questo effetto si prolunga nel tempo, e se le regole sono tali da potersi inscrivere nella memoria procedurale, l'osservanza tenderà a trasformarsi in esecuzione automatica di quei comportamenti».

⁴ Si veda CELANO 1994, 113 ss. (“precetti”); si veda inoltre, per un'analisi del quadro intenzionale sotteso

personale – ossia, una norma che, a differenza di una prescrizione, non è frutto di un atto di produzione (in particolare, non è il frutto dell'esecuzione di un atto linguistico), imputabile a un legislatore. Come, ad esempio, la conclusione di un ragionamento intorno a come si debba agire in una certa situazione, o in generale la risposta a un “problema pratico” (CELANO 1994, cap. 5).

Il tratto rilevante ai nostri fini, che accomuna questi diversi casi, consiste nel fatto che in generale, in questo tipo di addestramento, la produzione di un automatismo comportamentale passa attraverso la mediazione di una norma, intendendo qui per “norma” un'entità logico-linguistica, o “*linguaformal*” (CHURCHLAND 2012, *passim*): il tipo di comportamento che diviene oggetto di esecuzione automatica è il tipo di comportamento indicato dalla norma-stimolo, ed esso diventa un comportamento automatico come conseguenza – effetto – dell'osservanza ripetuta di una norma.

Questa mediazione logico-linguistica può, ma non deve necessariamente, passare per la coscienza. Il processamento logico-linguistico della norma da parte del destinatario – il processo che, a partire dall'input fornito dalla norma-stimolo, conduce alla risposta comportamentale – può anche restare inconscio. (Postulo che della mente faccia parte un “processore logico-linguistico”, che opera mediante algoritmi su simboli astratti⁵.)

In virtù di questa mediazione, un certo schema di comportamento (il tipo di comportamento che la norma-stimolo prescrive) viene iscritto nel corpo del bersaglio. L'iscrizione è, in questo caso, “indiretta” nel senso seguente: lo schema di comportamento impresso sul corpo mediante l'addestramento è uno schema esterno, estraneo, al corpo, che viene, per l'appunto, impresso su di esso, grazie alla mediazione del processore logico-linguistico.

Questo è un primo senso nel quale può accadere che il comportamento che costituisce il prodotto dell'esercizio di potere disciplinare sia da caratterizzare come un che di “normativo”. In casi di questo tipo l'aggettivazione “normativo” non ha nulla di misterioso: si tratta del senso nel quale, in generale, l'osservanza di norme può dirsi un fenomeno “normativo”. In questa accezione – è questo il punto cruciale ai nostri fini – che qualcosa sia un che di “normativo” non vuol dire che esso sia una norma, né che esso svolga la funzione (se si vuole usare questo termine) di una norma, la guida del comportamento. Il comportamento divenuto automatico è “normativo”, in casi del genere, in quanto effetto dell'imposizione di una norma.

3. *Norme Incorporated (II): automatismi normativi*

Esamineremo adesso una seconda modalità di disciplinamento. Proviamo a prendere quanto più possibile alla lettera l'idea di una “iscrizione di norme in corpi”. La prima cosa che viene alla mente (almeno a me) è il trattamento riservato ai condannati nel racconto di F. Kafka, *Nella colonia penale*. Qui, un congegno meccanico incide direttamente una disposizione – una “disposizione” nel senso nel quale i teorici del diritto adoperano questa parola: un'entità sintattica astratta, un enunciato, che si assume esprima una norma – nella carne di un essere umano⁶. Nel racconto, genialmente, il condannato, dopo un po' di tempo, *capisce* l'enunciato che viene inciso nella sua carne, ne comprende il

all'emissione di prescrizioni, CELANO 1990, 127 ss. e, per un'analisi della relazione tra l'emittente e il destinatario di una prescrizione, CELANO 2013, par. 9.6.

⁵ Per quanto l'analogia tra mente e computer (più precisamente, tra la mente e il software di un computer), l'ipotesi di un “linguaggio del pensiero” (FODOR 1975), e i modelli puramente computazionali della mente abbiano fatto il loro tempo, e non siano più, come lo sono stati in passato, le idee-guida centrali delle scienze cognitive, non mi pare si possa evitare di riconoscere che tra le attività della mente ci sono anche il processamento di input mediante algoritmi, e in generale processi di manipolazione di simboli astratti. Che la mente non faccia soltanto, o anche solo principalmente, questo (un luogo comune delle scienze cognitive contemporanee) non vuol dire che essa non faccia *anche* questo. (Questa affermazione richiederebbe una discussione a sé stante. Qui, resterà un postulato.)

⁶ Beninteso, quello che viene inciso nella carne del condannato è un *token* dell'entità sintattica astratta (l'enunciato-type).

significato⁷. Ma questo, naturalmente, non è realistico. Se mi faccio tatuare su un braccio un enunciato (ad esempio, un verso di una canzone di Bob Dylan), non ne comprenderò il significato attraverso la pelle.

Il fenomeno che adesso descriverò è diverso. Si tratta però anche in questo caso, alla lettera, di “iscrizione”, e di iscrizione “diretta”. Ad essere iscritto nel corpo, in questo caso, non è un enunciato, o in generale un’entità linguistica.

Per illustrare questa seconda modalità di addestramento mi servirò di un apologo (ma si tratta, come si usa dire, di una “storia vera”).

K. si è reso conto di avere bisogno di un po’ di esercizio fisico, e ha deciso di andare in piscina, due o tre volte alla settimana. K., ormai quarantenne, non ha mai praticato il nuoto in piscina. Da giovane, quando ancora faceva un po’ di sport, quelle poche volte in cui era stato in piscina gli era parsa una cosa terribilmente noiosa. K. non ama neppure particolarmente andare al mare. Come tante altre persone, “sa nuotare”, nel senso che, quando è immerso in acqua, non va a fondo, e riesce, più o meno, a spostarsi (per brevi tragitti, però). Proceda nuotando “a cagnolino”, o facendo dei movimenti simili al nuotare a rana. Talvolta accenna persino qualche bracciata di crawl. Spesso va “a dorso”, un po’ fantozzianamente, muovendo pigramente le braccia e scuotendo goffamente di quando in quando le gambe.

K. dunque, inizia a frequentare la piscina comunale – una gran bella struttura, con due vasche (una al coperto e una all’aperto) della lunghezza di cinquanta metri. Le primissime volte riesce a stento a fare un paio di vasche, con grande fatica. Partendo da un’estremità comincia a nuotare più veloce che può, nel tentativo di raggiungere subito l’altra estremità. Proceda concitatamente, quasi in apnea, incapace di coordinare i movimenti degli arti tra loro e con la respirazione. Dopo aver percorso in questo modo quindici-venti metri è costretto a fermarsi, boccheggiante – gli manca il fiato, e cerca affannosamente di ingurgitare quanta più aria possibile senza mai svuotare veramente i polmoni, toccando quasi il limite dell’ipossiemia. Quando, a fatica, riesce a recuperare un minimo di regolarità nella respirazione, subito ricomincia a “nuotare” allo stesso modo, tentando di raggiungere istantaneamente l’estremità della vasca. Ma è costretto a fermarsi nuovamente dopo pochi metri, sempre più prossimo alla soglia dell’ipossiemia. Ogni volta, i suoi movimenti diventano più veloci, convulsi e scoordinati. Quando finalmente riesce a raggiungere l’estremità della vasca è spossato, e senza fiato. Una prima volta riesce, parzialmente, a recuperare le forze, e si lancia in una seconda traversata, ancora più penosa della precedente. Ma la seconda volta si rende conto di non poter continuare, e se ne va con le pive nel sacco, in preda alla frustrazione, consapevole del fatto che lo sforzo immane appena compiuto non gli sarà certamente di beneficio. Non ha fatto esercizio fisico, ha solo dissipato le proprie (scarse) energie – sentendosi, per di più, un inetto. Per tutta la giornata resterà stanco e di cattivo umore.

Nel tentativo di correre ai ripari, K. chiede a un suo amico, nuotatore provetto, di spiegargli in che modo dovrebbe procedere. Il suo amico gli dà delle indicazioni, sia di carattere generale (“devi respirare regolarmente, svuotando bene i polmoni ad ogni espirazione, e cercare di inalare il maggior quantitativo possibile di aria solo quando hai finito di espirare”; “non devi cercare di raggiungere istantaneamente l’altra estremità della vasca; cerca di procedere il più lentamente possibile. L’importante è mantenere un ritmo costante”, e così via), sia nel dettaglio, spiegando-

⁷ «Le prime sei ore il condannato vive quasi come prima, soffre soltanto [...] Come si fa silenzioso verso la sesta ora! Anche il più stupido comincia a capire. La rivelazione parte dagli occhi e si diffonde per tutto il corpo. È un momento che ti fa venire il desiderio di sdraiarti con lui sotto l’erpice. In fondo accadde una cosa soltanto: l’uomo inizia a decifrare lo scritto. Le sue labbra sono serrate, come se si sforzasse di ascoltare qualcosa con la massima attenzione. Lei ha notato che non è facile decifrare la scritta con gli occhi; il nostro uomo, invece, la decifra con le sue ferite. Indubbiamente è un lavoro lungo; ha bisogno di sei ore per portarlo a compimento. Quando ha finito l’erpice lo trafigge completamente e lo butta nella fossa» (KAFKA 2010).

gli – a volte proprio mostrandogli – quali movimenti deve compiere, e quale assetto deve tenere, se vuole fare un po' di crawl, nuotare a rana o a dorso.

K. cerca di mettere in pratica le istruzioni del suo amico. Si sforza, coscientemente, di eseguire i movimenti descritti dall'amico, e di riprodurre i movimenti che l'amico gli mostra. Il risultato sono movimenti legnosi, sgraziati, "innaturali", come si dice. Le cose vanno un po' meglio, ma soltanto un po'.

Poi, però, accade qualcosa di inaspettato: il suo corpo – le sue membra, i suoi organi –, in acqua, poco a poco, capisce in che modo deve muoversi, scopre quale sia per lui il modo giusto di procedere: capisce che cosa è, come è fatta, e come realizzare una bracciata di crawl, o quale debba essere e come eseguire il movimento delle gambe nel nuoto a rana, e così via. Soprattutto, il corpo di K. trova un ritmo che gli è proprio, e riesce finalmente a coordinare respirazione e movimenti, così da non ritrovarsi più senza fiato.

In questo processo di apprendimento il corpo di K. trova un equilibrio fra le istruzioni dell'amico e le sue proprie modalità, esigenze, e potenzialità di movimento. Il braccio capisce in che modo deve immergersi in acqua, quale sia la posizione giusta delle dita, quale debba essere l'inclinazione del palmo della mano. La forma del comportamento corretto – quale sia, per, lui, il modo giusto di procedere: *la norma*, insomma – è il risultato dell'incontro, della sovrapposizione e della mescolanza degli schemi di comportamento indicati dalle istruzioni dell'amico e degli schemi di comportamento (innati o acquisiti che siano) che sono già propri del suo corpo: la norma, il modo corretto di comportarsi, è una formazione di compromesso tra le istruzioni dell'amico e ciò che è proprio del suo corpo.

Dicendo che il corpo di K. capisce in che modo comportarsi, trovando un equilibrio tra le istruzioni dell'amico e i suoi schemi di comportamento, con il termine "corpo" non mi riferisco, naturalmente, a qualcosa di esclusivamente materiale (utilizzo questa nozione in modo puramente intuitivo), *res extensa*, ma ad una inscindibile unità psicofisica⁸. (Che questa unità sia "inscindibile" è da intendere nel senso seguente: il vincolo tra la componente psichica e quella fisica – utilizzo questi termini in modo puramente intuitivo – c'è, perdura, fintantoché c'è K.; il venire meno di questo vincolo è la morte di K.)

Quando affermo che è il corpo di K. *in quanto inscindibile unità psicofisica* a fissare il modo corretto di comportarsi, non ho in mente (spero) paccottiglia orientaleggiante (da tenere accuratamente distinta dal nocciolo, ad esempio, della disciplina yoga) né più o meno improbabili suggestioni new age⁹, ma qualcosa di molto prosaico. K. scopre che, nuotando, il movimento assume la configurazione giusta, il respiro si coordina con gli altri movimenti, se riesce a indirizzare la propria mente in direzioni particolari. Ad esempio, visualizzando una superficie suddivisa in una serie di bande orizzontali colorate (al modo di un acquarello di Klee), magari una progressione nell'arco della quale, al passare dei secondi, un colore, il blu, si espande dal basso verso l'alto, occupando una banda dopo l'altra, mentre un altro colore, il giallo, che inizialmente occupava tutte le bande, progressivamente si ritira di fronte all'avanzata del blu. Oppure, si identifica con il "cominciamento" della *Scienza della logica* («essere, puro essere, – privo di ogni determinazione (Sein, reines Sein, – ohne alle weitere Bestimmung)»), o ancora cerca di "fare il vuoto mentale" in altri modi.

⁸ Questa è la distinzione, uno dei cavalli di battaglia della fenomenologia, fra "*Körper*" e "*Leib*".

⁹ Quanto detto nel testo, inoltre, non ha nulla a che vedere con ciò che Brigaglia (6.1.3) chiama «la mistica romantica del corpo naturale». Scrive Brigaglia: «in *Surveiller et punir* [FOUCAULT 1975] e nei testi che lo accompagnano le discipline sono rappresentate come esercizio di costrizione [...] su una materia organica resistente alla trasformazione che le è imposta. Il soggetto disciplinato sarebbe il risultato di una violenta costrizione imposta al corpo dalla rete di reazioni automatiche indotte dalle discipline [...] La disciplina [...] è, in quanto tale, costrizione del corpo [...] È quasi inevitabile interpretare il teatro dialettico tra corpo e potere come negatività del vincolo imposto ad una materia naturale che ha in sé il proprio principio normativo». La mia ricostruzione non presuppone che il corpo sia «una materia naturale che ha in sé il proprio principio normativo». Il repertorio di forme proprie del corpo comprende sia dati naturali, sia strutture acquisite come conseguenza dell'esercizio del potere, nelle sue varie forme, o in altri modi.

Questi “atti mentali” hanno un’evidente, tangibile, incidenza sui suoi movimenti, che K. avverte per via propriocettiva.

E così, grazie alle opportunità offerte dal suo corpo, sfruttando le modalità di movimento ad esso proprie, K. riesce, finalmente, a nuotare. Riesce a fare consecutivamente, senza mai fermarsi, nuotando molto, molto lentamente, ben quattordici vasche, alternando gli stili. Nuota per cinquanta minuti all’incirca, senza soluzione di continuità. Non va mai sopraffatto: quando si ferma, dopo aver percorso la quattordicesima vasca, il suo respiro è normale. Si sente piacevolmente stanco, ma nient’affatto spossato, bensì tonificato; avverte un senso di benessere (le endorfine!) che si protrarrà per parecchie ore, affievolendosi lentamente.

Che cosa è accaduto? Senza sapere come, senza essersi prefissato questa condizione come un obiettivo da conseguire, K. ha iniziato a sfruttare le *affordance* offerte dal suo corpo in acqua. In qualche modo, non è stato propriamente K. a fare questo. Semplicemente, questa condizione di equilibrio funzionale multiplo si è prodotta in lui, come una condizione che è *sua*: la avverte come propria.

Si tratta del processo magistralmente descritto da J. R. Searle quasi quarant’anni fa: nell’apprendimento mediante la pratica (l’esercizio, ascesi), dopo una prima fase nel corso della quale il novizio cerca consciamente di applicare regole che gli passano per la testa, c’è – quando le cose vanno bene – un momento in cui «il corpo prende il sopravvento (*the body takes over*)»¹⁰. Si tratta di un tipo di esperienza che abbiamo fatto molte volte da bambini – ad esempio, quando abbiamo imparato ad andare in bicicletta, o quando abbiamo imparato a tenere in mano la penna, a scuola, e prima ancora quando abbiamo imparato a controllare gli sfinteri (questi sono solo alcuni esempi fra innumerevoli altri).

Orecchiando (da dilettante) un po’ di psicologia della Gestalt: il corpo dispone di un vasto repertorio di forme (inclusi schemi di comportamento) innate e acquisite. Queste forme offrono delle opportunità di modificazione e sviluppo e completamento, che chiamo “*affordance* formali (del corpo)”. L’addestramento è sfruttamento e sviluppo di queste *affordance*. In particolare, il tipo di addestramento illustrato dal nostro apologo è caratterizzato da una netta preponderanza delle *affordance* formali del corpo e del loro sviluppo, rispetto alla forma prescritta dalla norma-stimolo.

Chiamerò questa seconda modalità di disciplinamento “addestramento puro”. In questo caso, la produzione di un comportamento automatico non passa – non necessariamente, e comunque non principalmente (è una questione di grado; *infra*, § 4) – attraverso la mediazione di un’entità logico-linguistica. (Nel nostro apologo, le istruzioni dell’amico svolgono il ruolo di norma-stimolo. Ma questo è accidentale. L’amico avrebbe potuto non esserci. Le regole che K. si sforza di osservare possono essere norme impersonali di varia provenienza, su come si debba nuotare.) È il corpo di K. a trovare, nel corso dell’addestramento, una sua forma. Il comportamento prodotto da disciplinamento è esso stesso la norma.

¹⁰ Ecco la descrizione fornita da SEARLE (1983, 150 s.): «as the skier gets better he does not internalize the rules better, but rather the rules become progressively irrelevant. The rules do not become 'wired in' as unconscious intentional contents, but the repeated experiences create physical capacities, presumably realized as neural pathways, that make the rules simply irrelevant. "Practice makes perfect" not because practice results in a perfect memorization of the rules, but because repeated practice enables the body to take over and the rules to recede into the Background. The advanced skier doesn't follow the rules better, rather he skis in a different sort of way altogether. His movements are flowing and harmonious, whereas the beginning skier, consciously or unconsciously concentrating on the rules, makes movements which are jerky, abrupt, and inept. The expert skier is flexible and responds differently to different conditions of terrain and snow; the beginning skier is inflexible, and when different and unusual situations come up he tends simply to fall down. A downhill racer on the course moves very rapidly, over 60 miles an hour, over a terrain that is rough and uneven. His body makes thousands of very rapid adjustments to variations in the terrain. Now which is more plausible: when his body makes these adjustments, it is only because he is making a very rapid series of unconscious calculations applying unconscious rules; or is it rather that the racer's body is so trained that these variations in the terrain are dealt with automatically? On my view, *the body takes over* and the skier's Intentionality is concentrated on winning the race». Si veda in proposito CELANO 2014 e CELANO 2017.

In che senso, dunque, quello del nostro apologo sarebbe un caso di “iscrizione diretta (di norme in corpi)”? È utile, per chiarire questo punto, tornare al racconto di Kafka.

Nella colonia penale, come abbiamo visto, è un’entità logico-linguistica, e più precisamente un’entità sintattica (un *token* di un enunciato-*type*), a essere iscritta nel corpo – alla lettera, incisa nella carne – di un essere umano. Il contenuto di senso veicolato da questo enunciato resta racchiuso in questo involucro, al modo di un messaggio nella bottiglia¹¹. Nel caso del nostro apologo, invece, l’effetto dell’addestramento è la produzione di una norma che non è, né è veicolata da, un’entità logico-linguistica, o *linguaformal*. In questo senso, l’iscrizione della norma nel corpo è “diretta”: la mediazione logico-linguistica, se c’è, svolge un ruolo secondario, o comunque non particolarmente significativo (nuovamente, è una questione di grado; *infra*, § 4). E tuttavia, si tratta anche in questo caso di “iscrizione”: la norma è un automatismo del corpo.

Questo, dunque, è un secondo senso nel quale può accadere che il comportamento che costituisce il prodotto dell’esercizio di potere disciplinare sia da caratterizzare come un che di “normativo”. A differenza che nel caso dell’esecuzione automatica di norme, gli automatismi che sono il prodotto dell’iscrizione diretta di norme in corpi sono un che di “normativo” allo stesso modo in cui una norma può dirsi un che di “normativo”¹².

4. Tirando le somme

Ho distinto due modalità, diretta e indiretta, di iscrizione di norme in corpi, mediante esercizio del potere disciplinare. Correlativamente, è possibile distinguere due tipi di addestramento (o due accezioni del termine “addestramento” – non so se la parola francese “*dressament*” si presti anch’essa a questa duplice ridefinizione) – ovvero, due forme di “disciplinamento”: addestramento per normazione e addestramento puro.

Nel primo caso si tratta del tentativo di plasmare un corpo mediante l’imposizione ad esso di una forma. Nel caso dell’addestramento puro, invece, si tratta di plasmare un corpo sfruttando la sua forma e le potenzialità che questa forma offre (le sue *affordance* formali), assecondandone le linee di sviluppo e, al contempo, indirizzando questo sviluppo nella direzione voluta.

In questo secondo caso, la forma del comportamento (divenuto un “automatismo normativo”) è il frutto della combinazione, della mescolanza, della forma propria del corpo con la forma ad esso impressa dall’esterno (la forma del comportamento richiesto dalla norma-stimolo): sia, in parte, uno schema di comportamento proveniente dal corpo, sia, in parte, uno schema di comportamento impresso sul corpo. La forma è, insomma, sia forma “del” (genitivo soggettivo) corpo – al modo della forma di una foglia – sia forma “del” (genitivo oggettivo) corpo – al modo della forma di un blocco di creta¹³.

Nel caso dell’addestramento per normazione la disposizione prodotta dall’esercizio del potere disciplinare – la disposizione all’esecuzione automatica del comportamento prescritto dalla norma-stimolo – è una disposizione “normativa” nel senso che (1) si tratta della disposizione a tenere un comportamento che, per l’appunto, è prescritto da una norma, e (2) il formarsi di questa disposizione è un effetto della norma (la disposizione c’è *perché* il bersaglio è stato addestrato a osservare

¹¹ Prescindendo, qui, dal colpo di genio narrativo, che meriterebbe un’approfondita discussione, al quale ho accennato poco sopra (n. 7, e testo relativo).

¹² Si potrebbe forse dire che in questo caso “normativo” ha un valore attivo: qualcosa è “normativo” perché è, o opera al modo di (o “svolge la funzione di”), una norma – svolge la funzione di “normare” (si confronti l’espressione dei giuristi “fatto normativo”, e la locuzione introdotta sopra, “addestramento per normazione”).

¹³ Lo stesso punto può essere formulato (e, come il lettore avrà forse notato, mi sono già avvalso di questa opportunità in un paio di occasioni) lavorando sul termine “impressione”. Si consideri la differenza tra, da un lato, il significato di “impressione” nel sintagma “impressione dell’anello sulla ceralacca”, e d’altro lato il significato del termine in “ho saputo che siete stati a Chartres e avete visto la cattedrale. Che impressione ti ha fatto?”, oppure in *Impression, soleil levant*.

la norma). Nel caso dell'addestramento puro, invece, la disposizione che costituisce il frutto dell'esercizio del potere disciplinare – la disposizione che sostiene un automatismo normativo – è una disposizione “normativa” nel senso che è *essa stessa* la norma.

In conclusione, una precisazione importante. La distinzione tra addestramento per normazione e addestramento puro può essere costruita – ed è questo (come il lettore avrà notato) ciò che talvolta ho fatto in queste pagine – come una distinzione fra ipotesi-limite, frutto di astrazione. Nella realtà, la differenza è una questione di grado. Fra i due estremi – il caso in cui la forma è *interamente* imputabile alla norma-stimolo, e quello in cui la norma-stimolo è assente, e non contribuisce in alcun modo alla fissazione dello standard del comportamento (la forma del comportamento corretto) – si apre uno spettro continuo di possibilità intermedie, che si differenziano in ragione della proporzione tra (maggiore o minore) incidenza, sullo standard del comportamento, della forma proveniente dall'esterno rispetto al corpo (la forma impressa “sul” corpo), e la (maggiore o minore) incidenza, sullo standard del comportamento, delle *affordance* formali proprie del corpo (l'impressione “del” – genitivo soggettivo – corpo). Le due ipotesi-limite definiscono uno spazio concettuale; i fenomeni reali sono degli ibridi.

5. Postilla

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono presentano evidenti assonanze con i discorsi, nell'ambito delle scienze empiriche della natura umana contemporanee, raggruppati sotto la dicitura “*embodied cognition*”¹⁴. Ma si tratta, per l'appunto, soltanto di questo: di assonanze. Sebbene queste considerazioni siano state ispirate (anche, e in profondità) dalle teorizzazioni contemporanee in tema di *embodied cognition*, e sebbene intendano essere in sintonia con le tesi principali e l'approccio generale di queste teorizzazioni, c'è comunque un *gap* – non abissale, spero – fra le analisi presentate in queste pagine e le indagini degli scienziati che si occupano di *embodied cognition*.

La *embodied cognition* è un programma di ricerca nell'ambito della psicologia sperimentale e delle neuroscienze. Io non ho fatto nulla di più che delineare alcune possibilità concettuali. Il mio intento è stato quello di descrivere – in modo spero, sufficientemente perspicuo – alcuni degli abitanti *possibili* di un territorio che costituisce, per suo statuto, un campo d'indagine empirica, e in particolare sperimentale. Il mio auspicio è che queste descrizioni possano risultare interessanti, o persino stimolanti, anche per degli scienziati, e che possano essere integrate in un paradigma sperimentale. Ma questo resta, come dichiarato all'inizio (sopra, § 1), un saggio di psicologia dalla poltrona.

¹⁴ Per una presentazione d'insieme, si veda CARUANA, BORGHI 2016 e, per una panoramica, SHAPIRO (ed.) 2014.

Riferimenti bibliografici

- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- CARUANA F., BORGHİ A.M. 2016. *Il cervello in azione*, Bologna, il Mulino.
- CELANO B. 1990. *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli.
- CELANO B. 1994. *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, Giappichelli.
- CELANO B. 2013. *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in FERRER BELTRÁN J., MORESO J.J., PAPAYANNIS D.M. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 175 ss.
- CELANO B. 2014. *Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondò*, in «Ragion pratica», 43, 2014, 605 ss.
- CELANO B. 2017. *Exploring the Background: Puzzles, Afterthoughts, and Replies*, in «Revus», 33, 2017, 53 ss.
- CHURCHLAND P. 2012. *Plato's Camera. How the Physical Brain Captures a Landscape of Abstract Universals*, Cambridge (Mass.), London, The MIT Press.
- FODOR J. A. 1975. *The Language of Thought*, New York, Thomas Y. Crowell.
- FOUCAULT M. 1975. *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris.
- FOUCAULT M. 2003. *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France. 1973-1974*, Paris, Seuil-Gallimard.
- KAFKA F. 2010. *Nella colonia penale*, in ID., *Tutti i romanzi, i racconti, pensieri e aforismi*, Roma, Newton Compton Editori.
- KANT I. 1965. *Risposta alla domanda: che cosa è l'Illuminismo?*, in ID., *Scritti politici*, Torino, UTET, 141 ss. (ed. or. 1784).
- SEARLE J. R. 1983. *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SHAPIRO L. 2014. *The Routledge Handbook of Embodied Cognition*, London, Routledge.

CENERENTOLA
E LA ZUCCA
MARCO BRIGAGLIA SOBRE
EL PODER EN MICHEL
FOUCAULT

JOSÉ JUAN **MORESO**



Cenerentola e la zucca

Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault

Cenerentola e la zucca ("Cinderella and the pumpkin")

Marco Brigaglia on Power in Michel Foucault

JOSÉ JUAN MORESO

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Pompeu Fabra, Barcellona (Spagna).

E-mail: josejuan.moreso@upf.edu

ABSTRACT

Questo *paper* è un commento sull'ammirabile ricostruzione che Marco Brigaglia fa delle idee foucaultiane sul potere e sulle conseguenze di tali idee nella teoria del diritto. Intende mostrare tre punti controversi da dibattere: 1) che la concezione gerarchica del diritto, presente in quello che Brigaglia chiama la *teoria del diritto mainstream* (TDM), è il rovescio della concezione del diritto come una macchina amministrativo-burocratica, come un potere disciplinare 2) che nella TDM c'è posto per capire la dimensione governamentale del potere, per esempio nella concezione funzionalista del diritto di Bobbio e 3) che la proposta di *naturalizzazione* di Foucault e della teoria del diritto contiene qualche esagerazione che dovrebbe essere attenuata.

This paper is a comment on the impressive reconstruction that Marco Brigaglia makes of the Foucaultian ideas on power, and on the consequences of those ideas applied to legal theory. The comment intends to show three controversial elements for discussion: 1) the hierarchical view of Law, present in what Brigaglia calls *mainstream legal theory* (MLT), is the reverse of the view of Law as an administrative-bureaucratic machine, as disciplinary power, 2) in MLT there is room for understanding the governmental dimension of power, for instance in the functionalist view of Law of Bobbio and 3) the proposal of *naturalized* Foucault and *naturalized* legal theory contains some exaggeration which should be weakened.

KEYWORDS

Brigaglia, Foucault, potere disciplinare, potere governamentale, *naturalizzazione* della filosofia

Brigaglia, Foucault, disciplinary power, governmental power, naturalized philosophy

Cenerentola e la zucca

Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault

JOSÉ JUAN MORESO

1. *Introducción* – 2. *Las tesis de Brigault* – 3. *La arquitectura del poder disciplinario* – 4. *El poder gubernamental y el carro autopoiético* – 5. *Los límites del proyecto de naturalización de las ciencias sociales* – 6. *Para concluir: Cenerentola e la zucca*.

«Per servir-se de l'ànima,
que ha estat subtil el cos!»

Carles Riba, *Sobre un tema
de Vicente Aleixandre*¹

1. *Introducción*

Es un placer inmenso para mí participar en este debate sobre el libro de Marco Brigaglia². Y lo es al menos por las tres razones siguientes: en primer lugar, porque el libro contiene una reconstrucción de la concepción del poder en Foucault verdaderamente portentosa, llevada a cabo con una admirable parsimonia; en segundo lugar, porque respeto y aprecio en grado sumo, a la vez académicamente y personalmente, a Marco y, por último, porque me permite continuar un debate que en los últimos años tenemos acerca del proyecto de *naturalización* de la teoría jurídica que él y mi querido amigo Bruno Celano han iniciado³.

No es Foucault – como es sabido – el autor más querido, ni más leído, en la tradición analítica en la que mi trabajo se inscribe. Su modo de argumentar y de escribir, lleno de metáforas brillantes, de juegos de palabras, de razonamientos entimemáticos, no es el estilo al que estoy acostumbrado. Aunque, quiero aclararlo desde el comienzo, el libro de Brigaglia es un libro analítico de la mejor estirpe: identifica claramente las tesis que cree reconstruyen mejor las ideas de Foucault y las desarrolla con transparente perspicuidad. Hacer inteligible a Foucault no es, sin duda, el menor de los méritos de este libro. Dado que mi conocimiento de Foucault es muy fragmentario, como enseguida explicitaré, no estoy en condiciones de discutir directamente sus ideas, con lo que me conformaré con referirme a las ideas del Foucault de Brigaglia, a *Brigault*, podríamos decir.

Cuando era un estudiante de derecho, a fines de los setenta y comienzos de los ochenta del pasado siglo, Foucault ya era un autor muy influyente, y leí – como tantos otros estudiantes de derecho en el mundo – *Surveiller et punir*⁴ y, aunque sin gran provecho por lo que alcanzo a recordar, recuerdo haber leído también *Les mots et les choses*⁵.

Cuando escribí mi tesis doctoral (leída en 1988) sobre la teoría del derecho de Jeremy Bentham⁶, me encontré de nuevo con Foucault inevitablemente. Foucault tomó el proyecto de

¹ RIBA 1958, 334 s.

² BRIGAGLIA 2019.

³ BRIGAGLIA, CELANO 2017.

⁴ FOUCAULT 1975.

⁵ FOUCAULT 1966.

⁶ MORESO 1992.

Bentham de una prisión⁷, el famoso *Panóptico*⁸, en el que Foucault veía la prefiguración de la sociedad *disciplinaria* que se estaba forjando⁹. Y parece que no le faltaba razón si uno aprecia que, hacia el final del libro, Bentham afirma, de los internos de su proyecto de prisión, lo siguiente: «*Call them soldiers, call them monks, call them machines: so they were but happy ones, I should not care*»¹⁰. Me temo que ni Georges Orwell lo habría dicho mejor.

En este breve comentario procederé como sigue: en la sección segunda, trataré de delimitar las tesis de *Brigault* que deseo analizar. En la tercera, intentaré mostrar algunas relaciones entre el poder *disciplinario* y el derecho público tal y como es concebido en la teoría del derecho *mainstream* (TDM, como la llama el autor). En la sección cuarta analizaré algunas cuestiones referidas al poder *gubernamental*. En la sección quinta introduciré alguna duda sobre el propósito de Marco de *naturalización* de las ideas foucaultianas. Y en la sexta concluiré.

2. Las tesis de Brigault

En mi opinión, en el libro de Brigaglia hay dos tesis básicas, una expresa, anunciada desde el primer capítulo del libro y que lo recorre de principio a fin y otra, más oculta, que sólo aparece en el libro de vez en cuando¹¹, pero que es confesada en la nota final¹².

La primera tesis sostiene, con argumentos muy convincentes, que en Foucault hay dos nociones de *pouvoir*. Según la primera, que denomina *ultra-radical* (y cuyo adjetivo, según nos cuenta, procede de Lukes)¹³, el poder es siempre conflictual, ubicuo – en el sentido de que impregna todas las relaciones sociales – y supone siempre sujeción, lo que hace imposible la libertad. En este sentido todas las relaciones sociales son relaciones de poder¹⁴. Según la segunda noción, denominada *pragmática*, el poder guarda relación con la mera influencia intencional de las acciones de otros, y no es de manera necesaria conflictual, aunque es ubicuo también, pero en el sentido de que se expresa mediante redes que procuran la influencia recíproca, hace posible la libertad como una autonomía limitada. En esta concepción, es posible el poder sin dominación ni sujeción¹⁵.

La primera noción no es muy iluminadora, al identificar cualquier relación social con una relación de poder, se convierte en una tesis casi tautológica y, en este sentido, muy poco explicativa. Pertenece, de acuerdo con Marco, a las obras de Foucault de mitad de los setenta del pasado siglo.

Sin embargo, en las obras posteriores, desarrollando ideas anteriores, Foucault va configurando su nueva idea, la concepción *pragmática*, que es interesante y, como veremos, explicativa de muchos fenómenos sociales.

La segunda tesis, algo más oculta en el libro, es la tesis de que las ideas de la concepción *pragmática* son compatibles con determinada visión *naturalizada* de las ciencias sociales, encarnada en las neurociencias aplicadas, por ejemplo, a la psicología social y a la economía del comportamiento.

El libro está dedicado a desarrollar y justificar la primera tesis, en especial a mostrar cómo la noción *pragmática* de *pouvoir* está bien articulada, es una noción fecunda que nos ayuda a

⁷ Por ejemplo, FOUCAULT 1977.

⁸ BENTHAM 1843.

⁹ Lo que también fue detectado críticamente, desde una perspectiva *conservadora*, unos años antes por HIMMELFARB 1968, cap. II, 1970.

¹⁰ BENTHAM 1843, 64.

¹¹ Por ejemplo, BRIGAGLIA 2019, 153 ss.

¹² BRIGAGLIA 2019, 336 s.

¹³ LUKES 2005, 97.

¹⁴ BRIGAGLIA 2019, 10.

¹⁵ BRIGAGLIA 2019, 11.

comprendernos mejor a nosotros mismos y también las dinámicas que se configuran en los grupos sociales a los que pertenecemos.

Para ello, en los capítulos 3 y 4 del libro se reconstruye la noción de las estructuras de poder (las redes y los dispositivos de poder) en Foucault y se trata de mostrarnos cómo, si bien la noción ultra-radical de poder era incompatible con la libertad, sobre todo con la noción clásica de libertad como una facultad incondicionada, originaria, la noción pragmática es compatible con una noción revisada de libertad, que Marco denomina *libertà-autorialità*¹⁶ y que comporta la idea de inventarse a uno mismo, reconociendo los vínculos y sujeciones que nos condicionan y que sólo podemos transcender reconociéndolos, reconciliándonos con ellos.

Estas reflexiones abren los capítulos centrales del libro (los capítulos 5 y 6) dedicados a exponer los tres tipos de poder que, en Foucault, es necesario distinguir con arreglo a la concepción pragmática. Para comprender adecuadamente las ideas aquí presentadas, es necesario referirse – como el autor hace¹⁷ – a las concepciones de los procesos cognitivos (vd. la justamente celebrada versión de Kahneman)¹⁸ que distinguen entre dos niveles de nuestros modos de conocer y decidir, el *Sistema 1* y el *Sistema 2*. Mientras que el primero es *automático*, porque funciona de manera inconsciente y no está sujeto a nuestro control voluntario, así sucede con habilidades como nadar o montar en bicicleta, una vez adquiridas, se activan automáticamente; el segundo es *controlado*, requiere de nuestra atención, de nuestro juicio y de nuestra evaluación y, por ello, sirve para corregir nuestro *Sistema 1* cuando este yerra o las circunstancias externas hacen necesario enmendar sus resultados.

Esta distinción nos permite distinguir y caracterizar las tres nociones de poder que presenta *Brigault*: el poder *normativo*, el poder *disciplinario* y el poder *gubernamental*.

El poder normativo responde al nivel del *Sistema 2* y según Brigaglia «se ejerce a través de la observancia de reglas, un proceso controlado, con una estructura relativa al raciocinio. En virtud de ello, como vimos, el poder normativo es tendencialmente transparente, el destinatario es normalmente consciente de su ejercicio¹⁹». Pensemos, por ejemplo, en las normas que guían el comportamiento de los jueces como aplicadores del derecho. Son el resultado de un ejercicio de poder normativo casi puro (también aquí hay entrenamiento, adquisición de hábitos y rutinas) puesto que, en este caso, los destinatarios no sólo deben seguir conscientemente las normas que aplican sino que deben justificar mediante el razonamiento que las han seguido.

Los otros dos tipos de poder, en cambio, responden más bien al nivel del *Sistema 1*. En palabras de Brigaglia:

«El poder disciplinario y el poder gubernamental son, por el contrario, formas comunes porque guardan relación con los procesos automáticos, que se producen sólo por debajo del umbral de la consciencia. Son, en virtud de ello, formas de poder estructuralmente opacas que tienden a operar en ausencia de consciencia de su ejercicio por parte del destinatario y que, en este sentido, desplazan la subjetividad. La principal diferencia en la micro-física de las dos formas de poder reside en que el poder disciplinario intenta *plasmear* – hacer aprender – *nuevos* procesos automáticos, mientras el poder gubernamental guarda relación, orientándolos en cierta dirección, con procesos automáticos ya existentes»²⁰.

La actividad de desfilarse en una formación militar es una especie de poder disciplinario, una vez aprendido por los soldados lo ejercen inconscientemente, no han de reflexionar sobre cómo hacerlo. Por otro lado, mi ejemplo preferido de poder gubernamental es aquel que he denominado el ejemplo

¹⁶ BRIGAGLIA 2019, 173.

¹⁷ BRIGAGLIA 2019, 207.

¹⁸ KAHNEMAN 2011.

¹⁹ BRIGAGLIA 2019, 291. La traducción es mía, como todas las demás que no aparecen en castellano en la bibliografía.

²⁰ BRIGAGLIA 2019, 291.

del carro *autopoiético*²¹: unos treinta años atrás en España, con la proliferación de las grandes superficies comerciales, cuando los clientes acudían a hacer su compra los sábados por la mañana, a menudo no hallaban ningún carro libre para poder hacer la compra. Las grandes superficies incrementaron el número de empleados con el cometido de recoger los carros abandonados y colocarlos en la entrada a disposición de los clientes, otros colocaron grandes carteles recordando a los clientes la obligación de devolver el carro a su lugar, incluso algunos amenazaron con castigar con pequeñas multas a los que no devolvieran el carro. Todos los mecanismos fallaron. Al final, la solución vino sin necesidad del ejercicio del poder normativo, con un ejercicio del poder gubernamental: para disponer de un carro era preciso poner una moneda de un precio menor (50 céntimos o un euro actuales) en una ranura del carro, moneda que automáticamente devuelve el carro sólo cuando se lo sitúa en el lugar adecuado, en el lugar de salida²².

El último capítulo, el capítulo 8, está dedicado a destacar algunos aspectos que la teoría jurídica contemporánea podría aprender de la obra de Foucault. Según Marco²³, la teoría del derecho contemporánea *mainstream* (TDM) opera con algunos presupuestos que dejan algunas lagunas y olvidan algunos aspectos relevantes. Estos presupuestos son: en primer lugar, una fijación en la jurisdicción con olvido casi absoluto de la administración; en segundo lugar, una atención focal al razonamiento y al lenguaje, con un énfasis obsesivo en la interpretación y la argumentación; y, por último, una estricta separación, y alejamiento, entre la teoría del derecho y la sociología del derecho. Por ello, la TDM sólo tiene en cuenta la dimensión *normativa* del poder, ignorando las dimensiones *disciplinaria* y *gubernativa*. Ello se traduce, según Brigaglia²⁴, en que la teoría del derecho tiene algunos *puntos ciegos*²⁵, en concreto, ignora que el derecho contemporáneo es en gran medida una máquina administrativa burocratizada y, por lo tanto, necesitada del poder disciplinario; y no presta casi ninguna atención al hecho de que, a menudo, el derecho contemporáneo dirige el comportamiento no mediante reglas de conducta y sanciones, sino modificando el contexto en donde nos movemos para hacer, por medio de pequeños cambios, que adoptemos cursos de acción, tal vez sin advertirlo, más favorables a determinados objetivos.

Es mi opinión que Brigaglia lleva mucha razón. Sin embargo, en la siguiente sección trataré de mostrar cómo un modo de comprender la noción de *Estado de derecho* y, en especial, el ideal de la *Rule of Law*, es en realidad el reverso teórico-jurídico de la máquina administrativa y burocrática. En la sección cuarta, más modestamente, trataré de mostrar que un autor como Norberto Bobbio, en el núcleo de la TDM, había anticipado con su habitual perspicacia algunas de las ideas cruciales del ejercicio gubernamental del poder y que algunas de esas ideas estaban ya en uno de los padres de la TDM, de la jurisprudencia analítica, Jeremy Bentham.

3. La arquitectura del poder disciplinario

Como recordaba en la introducción, Foucault atribuye a Jeremy Bentham la expresión más acabada de la imagen de una sociedad disciplinaria, encarnada en el *Panóptico*, que era el proyecto de una prisión, pero que su autor pensaba que podía extenderse a los hospitales, a las fábricas, a los

²¹ MORESO 2015.

²² La idea de la *autopoiesis* procede, si puedo permitirme usarla de este modo algo frívolo, de la sociología del derecho de Niklas Luhmann y Günter Teubner (vd. TEUBNER 1988).

²³ BRIGAGLIA 2019, 324.

²⁴ BRIGAGLIA 2019, 326-328.

²⁵ Una expresión que procede de CELANO 2012, un ensayo en la vecindad de éste, que trata de mostrar cómo *The Concept of Law* de H.L.A. HART 1961 es especialmente responsable de focalizarse en el derecho como un producto del poder normativo e ignorar los demás aspectos del poder.

albergues para pobres: una *arquitectura* del poder: «Morals reformed, health preserved, industry invigorated, instruction diffused, public burthens lightened, Economy seated, as it were upon a rock, the gordian knot of the Poor-Laws not cut but untied—all by a simple idea in Architecture!»²⁶.

Una disciplina alcanzada por un poder anónimo, un vigilante al que los internos en estas instituciones no pueden ver, y que mediante dicha vigilancia los disciplina, hasta que funcionen como mecanismos, como *máquinas* dice Bentham en el lugar anteriormente citado. Y esto es lo que sucede en buena medida en determinadas instituciones, sobre todo en situaciones extremas: en el ejército durante una guerra, por ejemplo. Pensemos en cómo, en especial en Italia y en España, hemos interiorizado y aprendido determinadas pautas de comportamiento durante el confinamiento en el que nos ha recluso la pandemia del coronavirus. Al principio nos costaba, al menos a mí, no dar la mano o una palmada en la espalda a los amigos que encontrábamos en el supermercado, después de estas semanas lo que nos va a costar es volver a dar la mano, ahora ya mantenemos esta especie de “distancia de rescate”²⁷ de manera automática.

En una ocasión, el gran filósofo Georg Henrik von Wright, cuya obra está en el trasfondo de la TDM, escribió: «Las dos figuras de este siglo que han influenciado más profundamente en la ciencia social son – cabe poca duda al respecto – Hans Kelsen y Max Weber»²⁸. Pues bien, a pesar de las diferencias entre el enfoque sociológico de Weber y el jurídico de Kelsen²⁹, deseo sugerir que representaban dos caras de la misma moneda, las dos muy atentas a la organización burocrática de los Estados contemporáneos.

Como es sabido, Max Weber sostuvo que la legitimidad – entendida como creencia compartida en que las autoridades están justificadas – que corresponde a los Estados modernos es de carácter *racional* y se encarna, como magistralmente retrató, en la administración burocrática³⁰. Una organización que persigue sus fines con una estructura jerárquica, integrada por personas reclutadas con el criterio del mérito, que son entrenadas escrupulosamente para llevar a cabo su labor y de este modo hacen *probable* alcanzar los objetivos. Muchas veces el mismo Weber pone el ejemplo de la administración militar de los ejércitos. Weber es consciente de que esta forma de poder no es sólo un poder normativo, aunque también lo es, sino que se trata de un poder disciplinario. Tal vez por eso afirma que los instrumentos que usa son las normas y las *técnicas*³¹. De este modo, pensaba Weber, la estructura administrativo-jerárquica podía servir a uno de sus principios fundantes: la *eficiencia*.

Kelsen compartía mucho de esta visión de los Estados contemporáneos de Weber³², pero su concepción del ordenamiento jurídico, su teoría *pura* del derecho³³, prescindía de estas consideraciones para – como es sabido – concebir el derecho como un orden *ideal* de contenidos objetivos referidos a la conducta humana. Un orden jerárquicamente organizado, de modo que la validez que, para Kelsen, era lo mismo que su existencia, de una norma en dicho orden dependía de haber sido estatuida de acuerdo con una norma superior en la cadena de validez, de haber sido válidamente autorizada. De este modo, la administración puede funcionar de un modo casi-automático, como un mecanismo, como el *Sistema 1*. Ahora bien, si dichas pautas son adecuadas a la legislación, que es la expresión del autogobierno democrático, entonces es también una *garantía* para los ciudadanos, la garantía de la *Rule of Law*. Las acciones y las actividades de los empleados públicos, de los funcionarios, devienen previsibles, predecibles para los administrados.

²⁶ BENTHAM 1843, 39.

²⁷ Dicha expresión procede del título de la inquietante novela de SCHWEBLIN 2015.

²⁸ VON WRIGHT 1985, 263.

²⁹ Alguien interesado en las diferencias y, también, las semejanzas puede leer el trabajo de BOBBIO 1981, tan perspicuo como siempre.

³⁰ WEBER 1964, 170-182, 738-763.

³¹ WEBER 1964, 174.

³² También para las diferencias que eran, más bien, de carácter metodológico vd. KELSEN 1922.

³³ La versión más acabada en KELSEN 1960. Tal vez en quien es más clara esta concepción sea en el amigo y colega de Kelsen Adolf J. Merkl (vd. por ejemplo MERKL 1927).

Y de estas características del derecho moderno procede mi sugerencia: la *eficiencia* de la máquina administrativa y burocrática es una cara de la moneda, la otra cara es la *responsabilidad* que comporta la sujeción de la administración a la legalidad. Toda la doctrina del derecho público que precede a Kelsen y de la que siempre consideró que la *teoría pura* era deudora (C. F. von Gerber, P. Laband, Georg Jellinek) estaba encaminada a generar esta concepción del Estado de derecho, que hacía *responsable* a la administración y a sus miembros.

Según creo, estas ideas son también TDM y, si bien no están habitualmente presentadas en estos términos, es esta noción del poder la que anida tras estas construcciones teóricas. Es cierto, sin embargo, y sobre ello llama la atención Brigaglia que en estas estructuras se producen desviaciones que generan islas de poder desnudo, no controlado³⁴. Brigaglia, con razón, se refiere a las fuerzas de seguridad – en especial, los servicios secretos – y a los ejércitos. Ya decía Groucho Marx que la justicia militar es a la justicia lo mismo que la música militar es a la música. El único elemento de control en la TDM es la sujeción de todos los poderes del Estado a la jurisdicción. Es una medida, en algunos casos, muy *frágil*, pero creo que tal y como se ha ido ampliando la esfera de la jurisdicción sobre los servicios secretos, sobre los actos *políticos*, que una doctrina ya superada consideraba no controlables, etc., nuestras libertades están más resguardadas.

Tal vez el desafío mayor del futuro, ya del presente, venga como consecuencia de la globalización y de la sociedad *digital*. Las capacidades de control han crecido exponencialmente, y los instrumentos para someter a *responsabilidad* a los que las ejercen son todavía demasiado frágiles. El reto del futuro, en este ámbito, tal vez sea la elaboración de los principios que deben regir lo que viene denominándose *Global Administrative Law*³⁵.

Entonces, en suma, mi sugerencia se traduce en la idea de que, si bien los mecanismos del poder disciplinario están ausentes de la TDM, en realidad la doctrina de la *Rule of Law*, en gran medida, presupone la visión del derecho contemporáneo como el resultado de una gran maquinaria administrativo-burocrática. Y tal doctrina está en el *núcleo* de la TDM.

4. *El poder gubernamental y el carro autopoiético*

Esta sección sólo pretende mostrar que la TDM no ha ignorado totalmente las formas del poder *gubernamental*, aunque es verdad que, a menudo – como veremos – la TDM se ha limitado a mostrar que la teoría del derecho debería cambiar, debería estar más atenta a la sociología, algo que casi nunca después se traduce en contribuciones relevantes o se incluye en la agenda central de la TDM.

Sin embargo, el propio Brigaglia trae como ejemplo la contribución de la denominada *Choice Architecture* y el uso de los denominados *nudges*, mecanismos que cambian el contexto de elección sin hacer ningún curso de comportamiento ni obligatorio ni prohibido, sino *empujando*, favoreciendo determinados cursos de acción³⁶. Como el caso del carro *autopoiético*. La contribución más relevante en este ámbito³⁷ resulta de la colaboración de un destacado autor, Premio Nobel de Economía en 2017, de la *Behavioral Economics*, Richard Thaler, y un teórico del derecho como Cass Sunstein. Aunque Sunstein es un teórico original, siempre abierto a nuevas ideas y corrientes, difícilmente puede ser excluido de la TDM.

Jeremy Bentham, por otra parte, en muchos de los trabajos de la última parte de su vida había mostrado su descomunal capacidad para captar los detalles del diseño institucional, identificar los obstáculos y proponer soluciones imaginativas para disminuir su impacto³⁸. En un reciente

³⁴ BRIGAGLIA 2019, 334 s.

³⁵ Vd. por ejemplo DELLA CANANEA 2019.

³⁶ BRIGAGLIA 2019, 285 s.

³⁷ THALER, SUNSTEIN 2008.

³⁸ BENTHAM 1983, BENTHAM 1989, BENTHAM 1990, BENTHAM 1993, BENTHAM 1999.

trabajo, con especial atención a Bentham, Jon Elster lo dice así: «Como resultado de su formación jurídica y de su conocimiento de la política británica, Bentham era enormemente sensible a los detalles institucionales, aparentemente menores, pero a menudo cruciales»³⁹. Destacan, en especial, sus recomendaciones para que las cámaras legislativas funcionen de manera transparente, con una deliberación encaminada al bien común, evitando los sesgos de los intereses particulares.

Sin embargo, tal vez sea Norberto Bobbio⁴⁰, un autor indiscutible del *canon* de la TDM, quien en los años setenta, en sus trabajos reclamando que la teoría *estructural* del derecho debía ser complementada con una teoría *funcional* del derecho, el más consciente de la necesidad de disponer en la teoría jurídica de una concepción adecuada de los mecanismos del poder gubernamental. Bobbio, como es sabido, destaca el hecho de que se puede influir en la conducta de otros tanto amenazándoles con una sanción cuanto prometiéndoles un premio. Y, también, facilitando o bien obstaculizando determinados cursos de acción. En sus propias palabras:

«Intendo parlare della tecnica della “facilitazione” cui corrisponde, dalla parte dello scoraggiamento, la tecnica dell’“ostacolamento”. Per tecnica della facilitazione intendo l’insieme di quegli espedienti coi quali un gruppo sociale organizzato esercita un determinato tipo di controllo sui comportamenti dei suoi membri (in questo caso si tratta del controllo consistente nel promuoverne l’attività nella direzione voluta), non già assegnando una ricompensa all’azione desiderata, dopo che essa è stata compiuta, ma facendo in modo che il suo compimento sia reso più facile o meno difficile. [...] Alla tecnica della facilitazione corrisponde, in negativo, come si diceva poc’anzi, la tecnica dell’ostacolamento: si può scoraggiare un’azione non desiderata tanto minacciando una pena qualora l’azione venga compiuta quanto rendendo l’azione stessa più penosa»⁴¹.

Bobbio pensaba que para llevar a cabo esta tarea la teoría del derecho precisaba de la sociología jurídica, aunque es verdad que dicha propuesta siempre ha sido en la TDM una promesa casi incumplida.

Termino esta sección con unas palabras, en la misma dirección de Bobbio, escritas por el gran jurista y filósofo del derecho argentino Genaro Carrió. Escritas en su contribución a un encuentro en Bellagio (en 1965, no tan mítico como el de 1961 sobre el positivismo jurídico), promovido por H.L.A. Hart, Alessandro Passerin d’Entrèves y Norberto Bobbio, para discutir sobre la noción de deber jurídico a partir de un ensayo de Hart precisamente⁴². También Carrió forma parte del *canon* de la TDM y el tema de Bellagio era del canon, a su vez. Pero Carrió advertía, refiriéndose precisamente a lo que la noción tradicional de *deber* desconocía e impedía considerar:

«La *teoría general del derecho* tiene que revisar con urgencia su aparato conceptual y también sus pretensiones. En vez de encerrarse en un recinto hermético de pre-conceptos (o de prejuicios) los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad. Se impone efectuar una *nueva* tarea de clarificación que sin abandonar la orientación analítica pero usando métodos más refinados, nos muestre cómo los juristas, aguijoneados por las preocupaciones y necesidades del presente, han ido introduciendo modificaciones importantes, aunque no suficientemente percibidas, en su aparato conceptual»⁴³.

³⁹ ELSTER 2013, 189, vd. también MORESO 2019.

⁴⁰ BOBBIO 2007.

⁴¹ BOBBIO 2007, 46 s.

⁴² HART 1966. LOSANO 2018, 304-312 sostiene que este encuentro en Bellagio y el trabajo de Carrió influyeron en la revisión de Bobbio de su teoría estructural del derecho y en la consciencia de complementarla con una teoría funcionalista del derecho.

⁴³ CARRIÓ 1986, 196, vd. CARRIÓ 1966.

5. Los límites del proyecto de naturalización de las ciencias sociales

Las dos últimas secciones han sido dedicadas a tratar de mostrar que hay algo de luz en los *blind spots* de la TDM y que, en ella, hay un lugar – aunque reducido e incipiente – para tomar en consideración las formas de dominación que entrelazan el poder disciplinario y el poder gubernativo. No es, en este sentido, una crítica al balance de Marco, sino la oferta de un complemento.

Esta sección, en cambio, pretende abordar una cuestión más relevante. Está referida a lo que denominé, en la sección segunda, la tesis *oculta*, la tesis según la cual es preciso *naturalizar* la teoría del derecho para dar cuenta cabal de los mecanismos sociales que la mirada de Foucault nos hace ver.

Esta tesis conlleva el propósito de *naturalización* de las ciencias sociales, que acostumbra a descansar en una posición naturalista en filosofía. Veamos todo ello con algo más de calma.

En la filosofía contemporánea se suelen distinguir dos elementos, independientes entre sí, en el *naturalismo* en filosofía⁴⁴, el componente *ontológico* y el componente *metodológico*:

«El componente ontológico guarda relación con los contenidos de la realidad, sostiene que en la realidad no hay lugar para clases de entidades “sobrenaturales” u otras entidades “misteriosas” (“spooky”). Por el contrario, el componente metodológico guarda relación con los modos de investigar la realidad, y pretende algún tipo de autoridad general para el método científico»⁴⁵.

El naturalismo ontológico, entonces, sostiene que:

«todas las entidades espaciotemporales han de ser idénticas a, o metafísicamente constituidas por entidades físicas. Muchos naturalistas ontológicos adoptan, de este modo, una actitud fisicalista hacia lo mental, lo biológico y otros objetos de las disciplinas especiales. Mantienen que no hay nada más que combinaciones de entidades físicas en los reinos de lo mental, lo biológico y lo social»⁴⁶.

Ello supone la aceptación de la doctrina de la *clausura causal*, con arreglo a la cual todos los efectos físicos tienen únicamente causas físicas.

Esta doctrina deja fuera el modo de concebir las entidades matemáticas, la modalidad (los mundos posibles) y la moralidad habitual en muchas doctrinas filosóficas. Discutir el componente ontológico del naturalismo nos llevaría a las más intrincadas cuestiones de la metafísica: cómo unas entidades existen *en virtud de* otras (*grounding*)⁴⁷ o si determinadas doctrinas anti-realistas de las matemáticas o de la moralidad son aceptables⁴⁸.

Creo que no es preciso que nos embarquemos, al menos aquí, en esta tarea tan ardua. Por un lado, tengo para mí que estas cuestiones, que son tan antiguas como la filosofía, seguirán siendo controvertidas después de los avances de las neurociencias y de la inteligencia artificial, son cuestiones *persistentes*. Por otro lado, para naturalizar a Foucault, tal vez sea suficiente con el componente metodológico del naturalismo. En realidad, como trataré de mostrar, ni siquiera tanto es necesario.

El componente metodológico del naturalismo acerca la tarea filosófica a la científica, considera que la filosofía ha de proporcionar, si alguno, un conocimiento *a posteriori*, sometido al tribunal de la experiencia. Dicho de un modo tan amplio resulta difícil escapar del naturalismo. Sin embargo, si el

⁴⁴ Vd. PAPINEAU 2020, al que seguiré aquí.

⁴⁵ PAPINEAU 2020.

⁴⁶ PAPINEAU 2020.

⁴⁷ Vd. SCHAFFER 2009, ROSEN 2010, FINE 2012 y BLISS, TROGDON 2016.

⁴⁸ Por ejemplo, para las matemáticas y la moralidad respectivamente FIELD 2016, BLACKBURN 1993.

naturalismo aplicado a las ciencias sociales supone que debemos esperar a disponer de concepciones plausibles para conocer los mecanismos causales que unen nuestros circuitos neuronales con nuestras acciones, entonces es más cuestionable. Esta posición, que no estoy seguro si Brigaglia mantendría, me parece prematura y no estoy nada seguro de que esté algún día disponible. Un teórico social como Jon Elster, que funda su metodología en concepciones *folk* de la racionalidad como la teoría de la elección racional y las teorías de juegos, lo dice de este modo:

«Aunque los procesos cerebrales son causas próximas del comportamiento, no son el tipo de causas que consideraré aquí. Mi razón para excluirlas es parcialmente mi falta de competencia en este área y parcialmente mi impresión de que estos enfoques son prematuros. [...] No tengo objeción en principio a un giro naturalista en las ciencias sociales. Una objeción a ello sería oscurantista. Sin embargo, mi impresión amateur es que hay demasiadas interacciones entre partes del genoma y entre partes del cerebro, lo que hace difícil o imposible establecer conexiones robustas entre subconjuntos de ellas por un lado y el comportamiento por el otro»⁴⁹.

Mis intuiciones están con Elster. Sea como fuere, para tomar en cuenta las lecciones del Foucault de Marco, de *Brigault*, tal vez no sea necesario tanto. Es obvio que podemos aprender de la economía del comportamiento y de la psicología social, en su versión *folk*, muchas cosas que iluminan y aclaran las ideas de Foucault.

A partir de la observación del comportamiento individual y colectivo es posible aprender mucho sobre cómo operamos los seres humanos. Tal vez acompañados del instrumento poderoso de los *Gedankenexperiments*, de los *experimentos mentales*⁵⁰, que valen en ciencia y en filosofía (pensemos en Galileo mostrando que la concepción tradicional, que venía de Aristóteles, según la cual los cuerpos caen a tierra a una velocidad proporcional a su masa era una idea que, bien analizada, comportaba una contradicción)⁵¹. Con estos mimbres, Aristóteles nos hizo comprender, por ejemplo, el mecanismo de la *akrasia* o *debilidad de la voluntad*⁵², y Tocqueville nos enseñó muchísimas cosas sobre la sociedad de los Estados Unidos, cuando estaba naciendo⁵³, cosas que todavía iluminan cuestiones del presente.

O, para terminar, pensemos en la distinción entre el *Sistema 1* y el *Sistema 2*. En el estado actual, dicha distinción pertenece todavía a nuestra teoría *folk*, si bien – hasta donde alcanzo a comprender – reforzada por la activación de determinadas zonas de nuestro cerebro cuando llevamos a cabo comportamientos de manera automática y otras zonas distintas cuando llevamos a cabo comportamientos de manera reflexiva. Pero estamos lejos de establecer los precisos mecanismos causales que se corresponden con ello. Es más, en esta literatura se suele poner muchas veces por ejemplo los famosos casos del *trolley*, que han dado lugar a una *trolleyología*. Así un viandante observa cómo un trolley sin frenos atropellará a cinco personas si sigue su curso, pero él puede desviarlo, cambiando las agujas, y entonces matará sólo a una persona que está en el otro ramal. ¿Es moralmente correcto hacerlo? Y sus numerosas variaciones, un caso como el anterior, pero el modo de evitar que mate a cinco para el viandante que está ahora sobre un puente es empujar a una persona robusta que está delante de él, de manera que al caer a la vía detendrá el trolley. Pues bien, en esta literatura se supone habitualmente ⁵⁴ que el sistema automático conlleva respuestas usualmente deontológicas, pero el sistema controlado siempre conlleva respuestas consecuencialistas. Esta es una asunción controvertible, sin embargo. Una asunción que depende de

⁴⁹ ELSTER 2010, 2.

⁵⁰ PAPINEAU 2020.

⁵¹ Vd. PAPINEAU 2020.

⁵² *Ethica Nichomachea* VII 1-10.

⁵³ TOCQUEVILLE 1835.

⁵⁴ HAIDT 2001, GREENE 2014, por ejemplo.

cómo reconstruyamos los presupuestos conceptuales que subyacen a nuestras prácticas. De hecho, es una asunción controvertida. Por ejemplo, John Mikhail, que defiende un enfoque de la ética que supone que, al igual que tenemos un sentido innato de la gramaticalidad, tenemos un sentido innato de la moralidad, la *universal moral grammar*, argumenta de modo que la corrección moral de las acciones no procede de un cálculo consecuencialista⁵⁵. Por ejemplo, en el caso del puente es incorrecto moralmente empujar a la persona sobre la vía, porque esta gramática moral universal tiene entre sus principios algo como la doctrina del doble efecto. O, una de las autoras que más ha desarrollado la trolleyología, Judith Jarvis Thomson defiende ahora que tampoco en el primer caso es moralmente correcto cambiar la aguja (sólo, en el caso que se pueda, sería correcto desviarse a la vía donde únicamente hay una persona para el conductor del trolley)⁵⁶. El razonamiento que usa Thomson para llegar a esta conclusión es complejo, pero no es consecuencialista. Lo que quiero poner de manifiesto es que la activación de determinadas zonas del cerebro en estos casos por sí sola no dirime la cuestión, para ello necesitamos embarcarnos en un análisis, conceptual y normativo, que trate de dar sentido a nuestras prácticas.

Todo ello me lleva a la conclusión de que podemos aprender mucho de las neurociencias aplicadas al comportamiento, pero por sí solas no son la última palabra. Para que las ciencias sociales sean más sensibles a los mecanismos causales que anidan en nuestras prácticas sociales no es preciso, según creo, *naturalizar* de este modo radical el método científico que las guía.

6. *Para concluir: Cenerentola e la zucca*

No me cabe ninguna duda de que un mejor conocimiento de los mecanismos sociales que subyacen a nuestras prácticas jurídicas y sociales nos hará más consciente de las posibilidades y de los límites que las circundan. En este sentido, comprender que nuestras carrozas son sólo *calabazas* es crucial. Sin embargo, en dichas prácticas también anidan entrelazados nuestros ideales encaminados a construir una sociedad bien ordenada, una sociedad más justa. Y, por ello, precisamos de los anhelos y, tal vez, de la fortuna, que condujeron a la *Cenicienta* a convertirse en princesa.

Es una lección que podemos aprender de la grandiosa contribución de Foucault a la comprensión de los mecanismos sociales que tejen nuestras vidas. Una lección, sin embargo, que nunca habría sido tan clara y accesible para nosotros, los teóricos del derecho, sin la exquisita reconstrucción de Marco. Para mí, al menos, Foucault será siempre, desde la lectura de este libro, *Brigault*.

⁵⁵ MIKHAIL 2011.

⁵⁶ THOMSON 2008.

Referencias bibliográficas

- BENTHAM J. 1843. *Panopticon: or the Inspection House*, en ID., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Edinburgh, William Tait, 31 ss.
- BENTHAM J. 1983. *Constitutional Code. Vol 1. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1989. *First Principles Preparatory to Constitutional Code. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1990. *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1993. *Official Aptitude Maximized; Expense Minimized. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BENTHAM J. 1999. *Political Tactics. The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- BLACKBURN S. 1993. *Essays in Quasi-Realism*, Oxford, Oxford University Press.
- BLISS R., TROGDON K. 2016. *Metaphysical Grounding*, en «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/grounding/> (consultado el 25 mayo 2020).
- BOBBIO N. 1981. *Max Weber e Hans Kelsen*, en «Sociologia del diritto», 8, 135 ss.
- BOBBIO N. 2007. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programa di ricerca*, en «Diritto & Questioni pubbliche», 17 (2), 523 ss.
- CARRIÓ G.R. 1966. *Sul concetto di obbligo giuridico*, en «Rivista di filosofia», 57 (2), 141 ss.
- CARRIÓ G.R. 1986. *Sobre el concepto de deber jurídico*, en ID., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 171 ss.
- CELANO B. 2012. *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, en «Rivista italiana di filosofia del diritto», 2, 405 ss.
- DELLA CANANEA G. 2019. *The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law*, en CHITI E., MARELLA B.G. (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Frankfurt, Springer, 89 ss.
- ELSTER J. 2010. *One Social Science or Many? (extended version)*, en *World Social Science Report Knowledge Divides Background*, en INTERNATIONAL SOCIAL SCIENCES COUNCIL (ed), *World Social Science Report 2010: Knowledge Divides*, 199 ss. Disponible en: <http://www.worldsocialscience.org/documents/one-social-science-or-many.pdf> (consultado el 25 mayo 2020).
- ELSTER J. 2013. *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FIELD H. 2016. *Science without Numbers*, Oxford, Oxford University Press.
- FINE K. 2012. *Guide to Ground*, en CORREIA F., SCHNIEDER B. (eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 37 ss.
- FOUCAULT M. 1966. *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 1975. *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 1977. *L'oeil du pouvoir*, en BENTHAM J., *Le Panoptique*, Paris, Belfond, 9 ss.

- GREENE J.D. 2014. *Beyond Point-and-Shoot Morality: Why Cognitive (Neuro)science Matters for Ethics*, en «Ethics», 124(4), 695 ss.
- HAIDT J. 2001. *The Emotional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, en «Psychological Review», 108(4), 814 ss.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1966. *Il concetto di obbligo*, en «Rivista di filosofia». 57 (2), 125 ss.
- HIMMELFARB G. 1968. *The Haunted House of Jeremy Bentham*, en ID., *Victorian Minds*, New York, Knopf.
- HIMMELFARB G. 1970. *Bentham's Utopia: The National Charity Company*, en «The Journal of British Studies», 10, 80 ss.
- KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin.
- KELSEN H. 1922. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr.
- KELSEN H. 1960. *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke.
- LOSANO M.G. 2018. *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Roma, Carocci.
- LUKES S. 2005. *Power. A Radical View*, Basingstoke, Palgrave.
- MERKL A.J. 1927. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, Springer.
- MIKHAIL J. 2011. *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment*, Cambridge, Cambridge University Press.
- MORESO J.J. 1992. *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, P.P.U.
- MORESO J.J. 2015. *Schauer on Coercion, Acceptance, and Schizophrenia*, en «Ratio Juris», 29, 215 ss.
- MORESO J.J. 2019. *Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World*, en «Journal of Comparative Law», 14 (2), 161 ss.
- PAPINEAU D. 2020. *Naturalism*, en ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, summer 2020 edition. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/naturalism/> (consultado el 30 mayo 2020).
- RIBA C. 1958. *Poemes per a un nou llibre sense títol*, en ID. *Obres Completes. I. Poesia*. Barcelona, Edicions 62, 1984.
- ROSEN G. 2010. *Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction*, en HALE R., HOFFMAN A. (eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 109 ss.
- SCHAFER J. 2009. *On What Grounds What*, en CHALMERS E.J., MANLEY D., WASSERMAN R. (eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford, Oxford University Press, 347 ss.
- SCHWEBLIN S. 2015. *Distancia de rescate*, Barcelona, Random House.
- TEUBNER G. (ed.) 1988. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter.
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2008. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press.
- THOMSON J.J. 2008. *Turning the Trolley*, en «Philosophy & Public Affairs», 36 (4), 359 ss.
- TOCQUEVILLE A. 1835. *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981.
- VON WRIGHT G.H. 1985. *Is and Ought*, en BULYGIN E., GARDIES J.-L., NIINILUOTO I. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 263 ss.
- WEBER M. 1964 [1922]. *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica (ed. or. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, trad. esp. Medina Echevarría J., Roura Farella J., Ímaz E., García Máñez E. y Ferrater Mora J.)

FOUCAULT DOPO BRIGAGLIA: ULTRA-RADICALE, PRAGMATICO O PRAGMATISTA?

MARCO **SEGATTI**



Foucault dopo Brigaglia: ultra-radicale, pragmatico o pragmatista?

Foucault After Brigaglia: Ultra-radical, Pragmatic, or Pragmatist?

MARCO SEGATTI

JSD, University of Chicago Law School.

E-mail: segattimr@gmail.com

ABSTRACT

Questo contributo isola tre passi fondamentali, attraverso cui si articola la ricostruzione di Brigaglia del discorso sul potere di Michel Foucault: una sistematizzazione concettuale del vocabolario di Foucault sul potere, distinguendo tra “potere”, “rete di potere”, “circuito di potere” e “potere anonimo”; l'introduzione della distinzione tra la concezione della libertà come originarietà, che Foucault adotta (almeno implicitamente) in quella che Brigaglia chiama fase ultra-radicale, e la concezione della libertà come autorialità, che emerge negli ultimi anni di vita di Foucault, e che abilita interpretazioni innovative del suo discorso sul potere; la traduzione del discorso sul potere di Foucault nei termini delle c.d. *dual process theories*, e la relativa ricostruzione della distinzione tra potere normativo, potere disciplinare, e potere governamentale a partire dal contrasto tra processi cognitivi controllati e automatici (Sistema 1 e Sistema 2). Brigaglia non si limita, però a una semplice ri-formulazione; da qui, l'interesse non meramente storiografico del lavoro. Il Foucault pragmatico, come ricostruito da Brigaglia, offre al teorico del diritto (e al filosofo politico) un'ampia gamma di metodi, analisi, e ipotesi, che non solo trovano almeno alcune conferme nelle scienze cognitive contemporanee, ma che possono, anche, direttamente contribuire al dibattito di alcune delle grandi questioni aperte nella tradizione analitica di teoria del diritto. Non mancano i problemi e, conseguentemente, gli spunti per ulteriori analisi. Questo saggio individua una perplessità, relativa all'interpretazione dell'autorialità come concezione della libertà; e due rischi, relativi all'appiattimento della distinzione (e, corrispondentemente, dell'integrazione nel comportamento umano) tra potere normativo, disciplinare e governamentale, sul contrasto tra Sistema 1 e Sistema 2. Infine, il saggio propone un progetto di soluzione (solo abbozzato): interpretare l'autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico.

This paper isolates the three basic steps, in which Brigaglia articulates his reconstruction of Michel Foucault's discourse on power: a conceptual systematization of Foucault's vocabulary on power; the introduction of the distinction between the conception of freedom as originality, which Foucault adopts (at least implicitly) in what Brigaglia calls the ultra-radical phase, and the conception of freedom as authoriality, which emerges in the last years of Foucault's life, and which enables innovative interpretations of his discourse on power; the translation of Foucault's discourse on power in terms of the so-called dual process theories in contemporary cognitive psychology, and the reconstruction of the distinction between normative power, disciplinary power, and governmental power from the point of view of the distinction between controlled and automatic cognitive processes (System 1 and System 2). This is not a simple re-formulation, however; hence Brigaglia's work is not only interesting from a historiographical point of view. The pragmatic Foucault has a wide range of methods, analyzes, and hypotheses to offer to legal theorists and political philosophers. Moreover, his theoretical speculations do not only find at least some confirmation in contemporary cognitive sciences, but can also directly contribute to some of the great open-questions in the analytic tradition of legal theory itself. Many problems still remain, and, consequently, there is no shortage of ideas for further analysis. This paper raises one doubt about the interpretation of authoriality as a conception of freedom; and then discusses two risks in reading the distinction between normative, disciplinary and governmental power, through the lenses of the contrast between System 1 and System 2. Finally, the paper proposes a tentative solution: to interpret authoriality as a conception of the functions of practical reason.

KEYWORDS

Autorialità, abitudini, potere, libertà, dual process theories

Authoriality, habits, power, freedom, dual process theories

Foucault dopo Brigaglia: ultra-radicale, pragmatico o pragmatista?

MARCO SEGATTI

1. Introduzione – 2. Tre passi della rilettura di Foucault – 2.1. Primo passo: una riorganizzazione del vocabolario di Foucault – 2.2. Secondo passo: due concezioni della libertà nel discorso di Foucault sul potere – 2.3. Terzo passo: una chiave di traduzione – 3. Una perplessità, due rischi, e una soluzione (pragmatista) – 3.1. Autorialità come forma di libertà, o come concezione delle funzioni del ragionamento pratico: una perplessità e una proposta di soluzione – 3.2. Integrazione tra poteri e dual process theories: due rischi – 4. Conclusione.

1. Introduzione

Marco Brigaglia ha scritto un saggio culturalmente rischioso e di notevole interesse, per almeno due ordini di ragioni¹.

Culturalmente rischioso perché, tra le molte altre cose, Brigaglia studia alcune strategie per formulare la teoria del potere di Michel Foucault, nel vocabolario della filosofia del diritto contemporanea, analitica ed empirista. Se è difficile dire come avrebbe reagito Foucault in persona, è relativamente più facile prevedere che il risultato (specialmente *perché* coerente, documentato, e utile) potrebbe lasciare deluso un numero elevato e pari di filosofi analitici del diritto, e di interpreti entusiasti della teoria del potere di Foucault. In particolare, Brigaglia distingue (10-13) tra un Foucault ultra-radicale (il più conosciuto, pur sotto forma di stereotipo, e criticato dai filosofi analitici del diritto) e un Foucault pragmatico (meno conosciuto, e le cui tesi possono essere formulate nel vocabolario della filosofia analitica del diritto contemporanea).

Ma non si tratta di una semplice ri-formulazione; da qui, l'interesse non meramente storiografico del lavoro. La distinzione tra potere normativo (205 ss.), disciplinare (235 ss.) e governamentale (278 ss.); la relativa analisi delle diverse forme di dominazione e assoggettamento che si accompagnano all'esercizio dei diversi tipi di potere (153 ss.); la distinzione tra libertà come originalità, e libertà come autorialità (165 ss.; 181-196); lo studio genealogico dell'inclusione (o, forse, dell'emersione, o della costruzione...) nel campo visuale delle scienze umane contemporanee, del vasto complesso di comportamenti umani che operano *al di sotto* dei processi di controllo "razionali", "coscienti", "deliberati", e che possono diventare oggetto di disciplina e governo sociale (207 ss.)... Il Foucault pragmatico, come ricostruito da Brigaglia, in tutti questi temi canonici della teoria del potere, offre al teorico del diritto un'ampia gamma di metodi, analisi, e ipotesi, che non solo trovano almeno alcune conferme nelle scienze cognitive contemporanee, ma che possono, anche, direttamente contribuire al dibattito di alcune delle grandi questioni aperte nella tradizione analitica di teoria del diritto: Cos'è il diritto al di fuori della giurisdizione? Ne esiste uno? Quale contributo possono offrire le scienze umane a una teoria filosofica della norma giuridica? Dove si possono cercare le tracce delle "norme giuridiche" nel sistema nervoso umano (cioè, nella biologia, psicologia e linguistica della mente umana) (323 ss.)?²

Dopo una sintetica presentazione (di alcuni) degli argomenti centrali del saggio, questo contributo critica il valore di questa riappropriazione del discorso di Foucault sul potere, sollevando una perplessità, e identificando due rischi. Infine, si propone un progetto di soluzione.

¹ BRIGAGLIA 2019, d'ora innanzi indicato con il solo numero di pagina.

² v. anche BRIGAGLIA 2018; BRIGAGLIA 2019; BRIGAGLIA, CELANO 2018; e BRIGAGLIA, CELANO 2017.

2. Tre passi della rilettura di Foucault

L'obiettivo principale di Brigaglia, come detto, è quello di fornire una sistematizzazione del contributo di Foucault allo studio del potere. Le prossime pagine si concentrano su tre passi fondamentali, in cui si articola questa sistematizzazione.

2.1. Primo passo: una riorganizzazione del vocabolario di Foucault

Innanzitutto, Brigaglia riorganizza il vocabolario concettuale con cui Foucault ha costruito, nel corso degli anni, il proprio discorso sul potere (1 ss; 19 ss.). Si comincia con una definizione "intenzionale" di potere: A (per esempio: "un pedone") esercita un potere P su B ("un automobilista") quando, compiendo (intenzionalmente) l'azione x ("manifestare l'intenzione di attraversare sulle strisce pedonali"), ottiene (come risultato atteso di x) che B compia l'azione y ("fermarsi alle strisce pedonali"), che B non avrebbe altrimenti compiuto ("se A non avesse fatto x , B non avrebbe fatto y ").

Secondo questa definizione, pertanto, per poter dire che A abbia esercitato un potere P nei confronti di B è necessario identificare 1) almeno due soggetti, A e B; 2) un effetto (un comportamento di B, y), 3) un mezzo (un comportamento di A, x) e valutare se: 4) x sia idoneo a causare y ; 5) A anticipi il verificarsi di y a partire da x ; 6) x rientri nella disponibilità di A; e 7) A scelga di compiere x sulla base della sua anticipazione del verificarsi di y . Per poter dire che A *possiede* un potere P nei confronti di B, è necessario verificare la sussistenza delle condizioni 1), 4), 5), 6), pur in assenza di 2), 3) e 7) (cioè, pur in assenza di un effettivo esercizio di P).

A partire da questa definizione generale, e molto ampia, Brigaglia ricostruisce i vari significati che Foucault attribuisce al generico termine "*pouvoir*", analizzando queste sette condizioni di esistenza, e di esercizio di P , e le loro reciproche relazioni.

Una "rete di poteri" definisce una situazione complessa in cui al potere P di A su B si aggiungono ulteriori poteri ($P_1, P_2...P_n$), facenti capo a diversi soggetti ($C, D...N$). Per esempio, l'automobilista (B) potrebbe essersi fermato alle strisce, nonostante stesse consultando il cellulare, perché un passeggero (C), irritato dalla guida di B, gli ha fatto notare la presenza di un pedone (A) sulle strisce pedonali, rimproverandolo per non aver ancora cominciato la fermata. In questo caso, il potere di A di ottenere y da B dipende dall'esercizio del potere P_1 di C ("ottenere y da B, comunicandogli le condizioni del traffico con tono seccato"), nei confronti di B. Oppure, B potrebbe essersi fermato perché ha notato la presenza di D (un vigile urbano) impegnato a sorvegliare il traffico. In questo caso, il potere P di A di ottenere y da B dipende dall'esistenza del potere P_2 di D ("ottenere y da B, minacciandolo di una sanzione amministrativa in caso di rifiuto di compiere y "), che dipenderà da un'ulteriore lista di poteri, collegati all'autorità di D, in quanto vigile urbano.

L'inserimento di un potere P in una "rete di poteri" più ampia (che include $P_1, P_2...P_n$) può influire sulle sue condizioni di esistenza. Nella situazione di traffico urbano appena descritta, la "rete di poteri" tra A (il pedone), B (l'automobilista) e C (il passeggero), o D (il vigile urbano) influisce sull'idoneità di x a causare y (a quali condizioni l'evento "manifestare la volontà di attraversare" possa causare l'evento "la macchina si ferma"), il controllo che A può esercitare su x (a quali condizioni A possa efficacemente manifestare a B la propria volontà di attraversare), la capacità di A di anticipare y , sulla base di x (la capacità di A di stimare le propensioni alla guida di B), e la sua propensione a scegliere x in virtù dell'anticipazione di y (il suo giudizio sulle propensioni alla guida di B).

Un "circuito di potere" seleziona i nodi di una "rete di poteri" che servono per identificare i fattori da cui dipende la stabilità e riproducibilità di un certo schema di potere. Per esempio, la stabilità e riproducibilità del potere di A su B, in una rete di poteri che coinvolge questi ultimi C, e D (se, per avventura, dovessero re-incontrarsi sulla strada), così come la stabilità e riproducibilità del potere di *altri* pedoni rispetto ad *altri* automobilisti, può dipendere da una lunga lista di fattori; tra cui: la differenza di massa tra un'automobile e un pedone; la diffusione di automobili; la presenza di pedoni (e strisce pedonali) sulle strade; la propensione degli automobilisti a con-

sultare il cellulare; la presenza di passeggeri propensi a esternare le loro opinioni sulla guida; la propensione degli automobilisti ad ascoltare i loro passeggeri; l'addestramento alla guida degli automobilisti; la loro propensione a rispettare il codice della strada in assenza di vigili urbani; la capacità dei pedoni di anticipare tutte queste propensioni; la loro propensione a manifestare la volontà di attraversare sulle strisce ecc. Tutti questi fattori (se causalmente rilevanti rispetto alle condizioni da 1) a 7)) costituiscono il "circuito di potere" in cui è inserito *P*, e che garantisce (o inibisce) la sua stabilità e riproducibilità.

Sia la nozione di potere che la nozione di circuito di potere fanno riferimento alle intenzioni dei soggetti coinvolti nella rete relativa. Per identificare e comprendere un potere *P*, e il relativo circuito di potere, è necessario identificare e comprendere (tra molte altre cose) le intenzioni di chi esercita il potere (o di chi lo possiede senza esercitarlo), e le intenzioni del relativo bersaglio. Ciò non significa che qualunque modifica di un "circuito di potere" che incrementi (o diminuisca) il potere di *A* su *B* sia controllato da (o risponda a, o esprima delle) strategie intenzionali di *A* o *B*. Il concetto di "potere anonimo" serve per descrivere schemi di potere che si riproducono nel tempo, perché si basano su circuiti di potere stabili, ma che non corrispondono a un unico disegno intenzionale.

Alcuni degli argomenti più noti di Foucault ambiscono precisamente a descrivere le condizioni di stabilità (storiche e contingenti) di alcuni dei circuiti di potere che caratterizzerebbero l'ordine sociale moderno e contemporaneo (Europeo-continentale, francese), e le loro vicende evolutive come "poteri anonimi". Per esempio, il capitolo primo della seconda parte di *Sorvegliare e Punire* analizza i progetti di riforma delle pratiche di punizione nella Francia del secolo XVIII (e i loro effetti), sostenendo la tesi che i riformatori abbiano fallito nel loro tentativo di umanizzare il castigo, e di vincolare l'emergente ordine sociale al rispetto dell'umanità del condannato come limite inviolabile della pena. L'effetto delle riforme illuministe delle pratiche di punizione sarebbe stato, piuttosto, quello di modificare alcuni circuiti di potere che sostengono le pratiche di repressione criminale, alterando la distribuzione dei crimini, e l'uso dei criminali, nell'ordine sociale.

L'evoluzione storica delle pratiche di punizione, oggetto dello studio (accurato, plausibile, documentato o impressionistico che sia) del Foucault di *Sorvegliare e Punire* è, nel vocabolario teorico qui ricostruito, l'esercizio di un "potere anonimo": modifiche e trasformazioni di alcuni circuiti di potere che, pur coinvolgendo strategie intenzionali di soggetti diversi, e incrementando i poteri di alcuni di essi, a scapito di altri, non corrispondono a un disegno intenzionale esplicito.

«La mia ipotesi è che la prigione è stata, sin dall'origine, legata a un progetto di trasformazione degli individui. Si crede in genere che la prigione fosse una sorta di immondezzaio dove ammassare i criminali, i cui inconvenienti si sarebbero all'uso rivelati tali da indurre a dirsi che bisognava riformare le prigioni e farne uno strumento di trasformazione degli individui. Non è vero: i testi, i programmi, le dichiarazioni d'intenzione stanno là, sin dall'inizio; la prigione doveva essere uno strumento altrettanto perfezionato della scuola, della caserma o dell'ospedale, e agire con precisione sugli individui.

Il fallimento è stato immediato, e lo si è registrato quasi contemporaneamente al progetto stesso. Fin dal 1820 si constata che la prigione, lungi dal trasformare i criminali in gente onesta, non serve che a fabbricare nuovi criminali o a sprofondarli ancora di più nella criminalità. È qui che c'è stata, come sempre nel meccanismo del potere, utilizzazione strategica di quel che era un inconveniente. La prigione fabbrica dei delinquenti, ma i delinquenti sono in fondo utili, da un punto di vista economico come da quello politico. I delinquenti servono. Per esempio nel profitto che si può trarre dallo sfruttamento del piacere sessuale: è la creazione, nel XIX secolo, del grande edificio della prostituzione [...]. Altro esempio: tutti sanno che Napoleone III ha preso il potere grazie ad un gruppo costituito, almeno al livello più basso, da delinquenti di diritto comune»³.

³ FOUCAULT 2001, 135 s.

2.2. Secondo passo: due concezioni della libertà nel discorso di Foucault sul potere

Brigaglia distingue tra due concezioni della libertà: libertà come originarietà, e libertà come autorialità. Le due concezioni emergono in due fasi diverse, e temporalmente distinte, del discorso di Foucault sul potere. La concezione della libertà come originarietà, che Foucault riceve dalla tradizione filosofica occidentale, postula che la condizione necessaria per predicare la libertà di qualcuno sia l'esistenza di uno spazio di «incondizionata e originaria auto-determinazione» (165). Una scelta è libera, secondo questa concezione, «se e solo se è guidata – ma non causata – dalle verità morali e fattuali» a cui il soggetto accede attraverso il corretto esercizio delle sue funzioni cognitive (165). Questa prima concezione della libertà appare nella fase ultra-radical del pensiero di Foucault a partire, in maniera almeno implicita, dalle ricerche di “archeologia del sapere” dell'inizio degli anni sessanta (in cui Foucault analizza la strutturazione sociale delle schemi concettuali che fondano e animano l'evoluzione del “sapere” (158)), e fino, più esplicitamente, alle ricerche genealogiche della metà degli anni settanta (in cui Foucault prova a identificare il vasto complesso di automatismi, abilità, e insieme «posture, movimenti, ritmi e sequenze di movimenti» (160), in quanto «costitutivi di modalità, storicamente e culturalmente contingenti, di rappresentazione e costruzione del sé [...] che organizzano il modo in cui si fa esperienza di se stessi e degli altri» (160)).

La seconda concezione della libertà – la libertà come autorialità – emerge chiaramente solo nei testi degli ultimi anni di vita di Foucault. Per dare contenuto concreto a questa concezione alternativa della libertà, Brigaglia propone tre tesi. La prima tesi postula che un soggetto è libero nella misura in cui possa dirsi autore di se stesso, in quanto consapevole della propria soggettività, capace di avere controllo su di essa, e di trasformarla e rinnovarla dinamicamente. La seconda tesi postula che la libertà sia resa possibile solo *attraverso* (e non *da*) le influenze sociali. Secondo questa tesi, la libertà è «un particolare modo in cui si realizza quel processo sociale di costruzione degli individui che è la soggettivazione» (178). La terza tesi postula che la libertà sia un superamento critico della libertà stessa, «una condizione che si auto-incrementa attraverso la critica e il superamento di se stessa» (178).

L'effetto dell'introduzione di questa distinzione tra concezioni della libertà, nel contesto del discorso di Foucault sul potere, è semplicemente dirompente. La concezione della libertà come autorialità permette di dare contenuto alla distinzione tra potere (inteso, come abbiamo visto, come influenza intenzionale di un individuo sul comportamento di un altro), dominazione (intesa come significativo squilibrio tra il potere di A su B, e il potere di B su A), e assoggettamento (inteso come una particolare forma di condizione del soggetto, bersaglio meramente passivo del potere altrui, e identificabile attraverso l'applicazione dei diversi parametri indicati dalle tre tesi sulla libertà viste poc'anzi).

Se la pretesa di libertà è interpretata nei termini della concezione della libertà come originarietà, allora gli studi di Foucault sul potere non possono che sostenere una tesi «estrema e provocatoria, e forse per questo seducente (ultra-radical, appunto) [e] però al tempo stesso poco plausibile, fuorviante, triviale e incoerente» (169):

«[I]l soggetto, in qualsiasi situazione sociale e qualsiasi siano le relazioni di potere in cui si iscrive – che eserciti o subisca qualsiasi forma di potere, che abbia il ruolo di dominante o dominato in qualsiasi struttura di dominazione – lungi dall'essere un nucleo di libertà originaria, è il risultato di un *pouvoir* impersonale, pervasivo, onnipresente, che lo produce, fin dalle sue pieghe sottili, nel segno di un radicale, essenziale, ineludibile assoggettamento» (169).

Viceversa, la concezione della libertà come autorialità complica la relazione tra esercizio del potere, influenze sociali e soggettivazione, aprendo lo spazio concettuale per l'analisi e l'identificazione empirica di *quali* influenze sociali e tipi di potere possano non solo garantire, ma addirittura

ra favorire la libertà dei bersagli, e a *quali condizioni*. La trasformazione di Foucault da autore ultra-radicale a pragmatico trasforma, allo stesso tempo, alcune delle sue tesi più famose da invettive perentorie sulla necessità concettuale di uno scetticismo senza via uscita attorno alle possibilità di liberazione politica, in (al minimo) una proposta di uno schema teorico estremamente flessibile, utile per lo studio delle diverse forme in cui si articola il potere nelle società contemporanee, e della loro evoluzione storica.

2.3. Terzo passo: una chiave di traduzione

Nella ricostruzione di Brigaglia, la chiave di traduzione del discorso sul potere di Foucault nel lessico della psicologia sociale (empirica) contemporanea è offerta dalle c.d. *dual process theories*⁴. In estrema sintesi, questo gruppo di teorie di psicologia sociale sperimentale distingue tra due tipi di processi cognitivi: un c.d. Sistema 1 e un c.d. Sistema 2. Il Sistema 1 entra in gioco per l'espletamento di funzioni automatiche:

«I processi automatici consistono nella rapida attivazione di una reazione comportamentale in risposta ad uno stimolo, elaborata sulla base di meccanismi e parametri che operano in modo inconscio, con poco e nessuno sforzo di attenzione, e in assenza di senso di controllo volontario. [...] I processi automatici sono tendenzialmente più rigidi dei processi controllati: tendono a seguire schemi di associazione stimolo-risposta predefiniti, in parte innati, ma in grandissima parte appresi o modulati dall'esperienza» (207 s.).

Il Sistema 2 entra invece in gioco per l'espletamento di funzioni cognitive superiori, lente, e controllate:

«I processi controllati consistono nella provvisoria inibizione di reazioni automatiche eventualmente attivate, e nella concentrazione di attenzione sulla ricerca e valutazione, in base a criteri spesso almeno in parte consci, di opzioni d'azione diverse da quelle innescate automaticamente. I processi controllati [...] sono più lenti [rispetto ai processi automatici], e sono spesso accompagnati da un senso di scelta e controllo volontario. [...] I processi controllati sono inoltre più soggetti a distrazioni e distorsioni. Il controllo è cognitivamente gravoso. Richiede uno sforzo, che sfrutta energie cognitive limitate e di rapida consunzione» (208 s.).

Secondo Brigaglia, la (famigerata e influente) critica del soggetto di Foucault può essere facilmente (e produttivamente) tradotta nel linguaggio delle *dual process theories* contemporanee. Operativamente, è proprio sulla base di questa chiave di traduzione che Brigaglia riqualifica la distinzione di Foucault tra potere normativo, potere disciplinare e potere governamentale. Il potere normativo si fonda sull'attivazione del Sistema 2. La comunicazione al bersaglio di regole, con l'intenzione che queste vengano osservate, richiede, affinché abbia successo, che il bersaglio attivi il Sistema 2:

«[L']osservanza di regole [è] un processo d'azione controllato, a struttura raziocinativa. L'agente inibisce provvisoriamente reazioni automatiche eventualmente attivate, trattiene nella memoria di lavoro la rappresentazione esplicita (conscia e comunicabile) di un tipo di comportamento da adottare, la "regola", e la usa come criterio di giudizio, selezionando l'azione da compiere sulla base della sua conformità ad essa. [...] Trattandosi di un processo controllato guidato da un criterio esplicito, l'applicazione della regola costituisce un ragionamento, e la regola una ragione» (213 s.).

⁴ Cfr., per esempio, KAHNEMAN 2011.

Viceversa, potere disciplinare e potere governamentale si fondano sul Sistema 1. Il potere disciplinare mira a creare nuovi automatismi all'interno del Sistema 1:

«Le discipline funzionano inducendo, tramite addestramento, l'automatizzazione di comportamenti, pattern mentali e ruoli, ossia l'iscrizione, nella memoria procedurale, di schemi che indurranno, nelle circostanze opportune, la riproduzione *automatica* – veloce, guidata da meccanismi inconsci, non mediata da riflessione e sforzo di controllo volontario – delle reazioni appropriate» (255 s.).

Il potere governamentale, invece, sfrutta gli automatismi già esistenti nella memoria comportamentale del soggetto per modificarne il comportamento in una direzione attesa:

«Le dinamiche della popolazione possono soltanto essere indirettamente orientate, attraverso interventi che fanno leva sulla regolarità delle variabili rilevanti, e la cui efficacia si misura in termini probabilistici e approssimativi. [...] Le tecniche governamentali o securitarie sono, corrispondentemente, metodi generali di governo calcolati in funzione di questo obiettivo di orientamento della probabilità, sulla base di interventi sulle condizioni di sfondo, guidati dalla conoscenza delle variabili pertinenti» (284).

3. Una perplessità, due rischi, e una soluzione (pragmatista)

Fin qui, una mera sintesi di alcuni spunti della rilettura di Foucault proposta da Brigaglia.

In generale, sono possibili due tipi di critica a una rilettura dell'opera di un autore storico. Si può, innanzitutto, valutare se la ricostruzione proposta rispetti un'interpretazione fedele delle (e, come si usa dire, sia "caritatevole" rispetto alle) tesi dell'autore studiato. Oppure, si può valutare la proficuità della rilettura (che corrisponda o meno alle intenzioni dell'autore studiato) rispetto al dibattito contemporaneo, o, più in generale, rispetto a uno o più dei "problemi", di cui l'autore storico si è occupato. Data la vastità, e precisione, dei riferimenti di Brigaglia, tanto all'opera di Foucault, quanto alla letteratura secondaria, le prossime pagine intraprendono la seconda strada, sollevando una perplessità attorno all'interpretazione dell'autorialità come concezione della libertà; identificando due rischi rispetto all'uso della chiave di traduzione scelta da Brigaglia (la distinzione tra processi cognitivi automatici e controllati); e, infine, proponendo una soluzione (solo abbozzata): interpretare l'autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico.

3.1. Autorialità come forma di libertà, o come concezione delle funzioni del ragionamento pratico: una perplessità e una proposta di soluzione

La perplessità riguarda la concezione della libertà come autorialità. Come detto, questa concezione svolge un ruolo fondamentale nella ricostruzione di Brigaglia del discorso sul potere di Foucault. La plausibilità della distinzione tra un Foucault ultra-radical e un Foucault pragmatico si fonda precisamente sulla (cioè, dipende dalla) plausibilità di questa concezione della libertà.

Abbiamo visto anche come il vocabolario teorico ricostruito da Brigaglia distingue tra dominazione e assoggettamento. Ma qual è la relazione tra i due concetti? In particolare, possiamo dire che l'assoggettamento sia una condizione necessaria della dominazione e che, di conseguenza, la seconda implichi il primo? Secondo la concezione della libertà come autorialità, no. E correttamente: la dominazione di A su B non implica, anche, l'assoggettamento di B.

Per esempio, sostenere che una minoranza discriminata sia oggetto di forme di dominazione e oppressione non implica che i suoi membri *non* siano in grado di esercitare autorialità nelle loro scelte. È invece possibile il contrario e facile immaginare, più in generale, che i membri della minoranza discriminata (o, almeno, alcuni di essi) siano, rispetto ai membri della maggioranza che discrimina, *più* (e non meno) consapevoli del carattere e tipo delle influenze sociali sulla loro

soggettività; più capaci di controllarne la portata e maneggiarne l'intensità, a seconda del contesto sociale specifico; e, infine, più creativi nell'invenzione di nuove identità e norme sociali (la cui portata e visibilità può essere, a seconda della pervasività della dominazione, più o meno ampia o limitata), proprio *perché* sono oggetto di dominazione e oppressione. L'oppressione *esige* che le persone discriminate siano più consapevoli, accorte, e in generale abili nella reinterpretazione creativa degli stereotipi comportamentali su cui si fonda la discriminazione, almeno rispetto a un punto: essi debbono imparare, loro malgrado, a navigare un ambiente sociale rischioso e ostile, e incapace, per esempio, di riconoscere loro, uno a uno, la particolare e distintiva specificità e diversità individuale che li contraddistingue.

Qui sta la perplessità: dovremmo concludere, in questi casi, che i soggetti discriminati siano vittime di oppressione e che, allo stesso tempo, siano liberi *in quanto* comparativamente più propensi (rispetto al gruppo che li discrimina) ad essere autori di se stessi? O, in modo ancora più paradossale, che sono liberi *perché* sono oppressi?

Esiste un modo relativamente semplice per evitare queste conclusioni: interpretare l'autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico nella condotta individuale, e, quindi, interpretare la distinzione tra originarietà e autorialità come distinzione tra diverse concezioni del ragionamento pratico, e della sua influenza, sulla condotta individuale.

Secondo la concezione del ragionamento pratico come originarietà, la stessa condizione di esistenza del ragionamento pratico è data dalla possibilità di creare "spazi di ragione" che non si riducano a nessi causali empiricamente determinati: il soggetto può agire *sulla base del* proprio ragionamento, nel senso che è in grado di riconoscere l'esistenza di entità chiamate "ragioni" (che competono per l'attenzione del soggetto con altre entità chiamate emozioni, passioni, abitudini, automatismi innati o acquisiti), e questo riconoscimento è sufficiente ad alterare il suo comportamento (nonostante, cioè, la competizione con le altre entità).

La concezione del ragionamento pratico come autorialità, viceversa, accetta la possibilità che questi "spazi di ragione" non esistano affatto, e accetta, di conseguenza, la possibilità che il soggetto non sia capace di agire *sulla base del* proprio ragionamento pratico⁵. Il ragionamento pratico non interrompe il nesso causale tra le entità chiamate emozioni, passioni, automatismi e la condotta individuale, aggiungendo un autonomo tipo di cause della (o un autonomo tipo di influenza non causale sulla) condotta umana. Gli esseri umani rispondono a ciò che li stimola dell'ambiente (sociale o naturale) in cui vivono, sia quando agiscono riflessivamente rispetto a tale ambiente, sia quando non lo fanno o lo fanno male.

Piuttosto, il ragionamento pratico complica questi nessi causali, alterandone la struttura, in almeno tre modi (cioè svolgendo tre funzioni):

1) Dando consapevolezza al soggetto della propria soggettività pratica – cioè del complesso di attitudini, automatismi (innati o acquisiti), abilità e credenze che organizzano il modo in cui il soggetto interpreta e risponde alla stimolazione dell'ambiente (sociale o naturale). Agire riflessivamente significa, in questo caso, ricercare un oggetto (o un insieme di oggetti) attraverso cui sia possibile attribuire un contenuto proposizionale a una porzione della propria soggettività pratica;

2) Risolvendo incertezze rispetto alla soggettività pratica, e controllandone la portata comportamentale. Agire riflessivamente significa, in questo caso, controllare l'incertezza motivazionale presente, mentre si ricerca, nella propria memoria comportamentale, un oggetto che, attribuendo un contenuto proposizionale a una porzione della propria soggettività pratica, possa garantire il recupero, o la ricostituzione, dell'azione intenzionale;

3) Trasformando creativamente la soggettività pratica, in risposta all'incertezza nell'interpretazione della stimolazione attualmente percepita, e all'incapacità di reperire nella propria memoria comportamentale un oggetto che possa garantire il recupero dell'azione. Agire riflessi-

⁵ Il luogo classico di questa interpretazione del ragionamento pratico è DEWEY 1922.

vamente significa, in questo caso, costruire un *nuovo* oggetto, attraverso cui attribuire un contenuto proposizionale alla propria soggettività pratica, e che permetta, quindi, di ri-organizzarne creativamente una porzione.

Il primo grosso vantaggio di interpretare l'autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico è che, così facendo, la distinzione tra esercizio di potere, dominazione, e assoggettamento diventa ancora più nitida. La capacità di agire riflessivamente, nei tre sensi specificati poc'anzi, è, senza dubbio, indice del possesso di un potere decisamente importante. L'assenza totale di questa capacità può essere interpretata come forma di assoggettamento; non tanto nel senso che l'individuo assoggettato non è libero, ma nel senso, ben più forte, che l'individuo assoggettato non è capace di agire riflessivamente. Ciò non significa che qualunque influenza sociale su tale capacità sia causa di assoggettamento. Tutt'altro: è ragionevole pensare che tale capacità sia l'esito di innumerevoli influenze sociali: acquisire consapevolezza della propria soggettività, o percepire incertezza rispetto ad essa, o agire creativamente per trasformarla sono tutte attività sociali, nel senso che presuppongono un'interazione (anche solo immaginaria) con altri. Come tale, questo potere è opportuno che entri, tra gli altri, nel computo dello squilibrio di poteri che può dar luogo a dominazione. La circostanza che il rischio per i membri di una minoranza discriminata di *non* essere capaci di agire riflessivamente in un ampio spettro di scenari e situazioni sociali sia ben maggiore rispetto al medesimo rischio per i membri della maggioranza che discrimina costituisce un incentivo, per i membri della minoranza discriminata, a essere relativamente più creativi nell'autorialità; ma costituisce, anche, una buona ragione (evidentemente non l'unica) per credere che la discriminazione sia ingiusta nei confronti della minoranza.

Vi è un secondo vantaggio. Ma, per indicarlo, è opportuno segnalare, prima, due rischi relativi al terzo passo della ricostruzione di Brigaglia.

3.2. *Integrazione tra poteri e dual process theories: due rischi*

Il Foucault ultra-radical non ha bisogno di spiegare le linee di possibile integrazione tra potere normativo, disciplinare e governamentale – o, più precisamente, il Foucault ultra-radical può permettersi di *eludere* efficacemente il problema dell'integrazione tra poteri, perché costruisce la propria definizione di potere disciplinare e potere governamentale in modo tale che la sola esistenza di questi due poteri sia sufficiente a dimostrare l'inefficacia (o superfluità) del potere normativo. Il soggetto a cui si rivolge il potere normativo, dotato di una libertà originaria, e che gli consente di determinare il proprio comportamento sulla base di autonome strutture raziocinative è, nella ricostruzione del Foucault ultra-radical, una mera *finzione* filosofica, che serve a nascondere la costruzione delle individualità assoggettate ad opera del potere disciplinare e del potere governamentale.

Questa elusione non rientra, invece, nelle risorse concettuali a disposizione del Foucault pragmatico. Disciplina e governo della popolazione possono incidere sull'efficacia (causale) del potere normativo, facilitandone (o impedendone) l'osservanza da parte dei suoi bersagli, perché incidono sulla soggettività di questi ultimi. Ciò non esclude che il bersaglio del potere disciplinare o del potere governamentale possa essere, comunque, autore di se stesso, o libero dalla dominazione di altri, e, in quanto tale, in grado di riconoscere vincolatività al potere normativo (fondato su regole esplicite), e rispondere efficacemente al suo contenuto precettivo, osservandone coscientemente i relativi divieti e obblighi. Influenza sociale non implica necessariamente (ma può causare), per il Foucault pragmatico, assoggettamento (cioè assenza di autorialità) o dominazione (significativo squilibrio di potere tra individui o gruppi sociali). In altre parole, se il Foucault ultra-radical esclude *concettualmente* che il bersaglio di discipline e governo possa essere, anche, bersaglio del potere normativo (perché l'esistenza dei primi due *implica* l'inefficacia del primo); il Foucault pragmatico trasforma la relazione tra discipline e governo da un lato, e normatività dall'altro, in una relazione *empirica* – per il Foucault pragmatico, cioè, si tratta di capire quando, e come, il bersaglio di discipline e governo possa comunque rispondere, anche, al potere normativo; e viceversa.

Per poter procedere a questa integrazione, come abbiamo visto, la proposta di Brigaglia è quella di leggere la distinzione tra potere disciplinare e governamentale da un lato, e potere normativo dall'altro, nei termini della distinzione, elaborata nel contesto delle c.d. *dual process theories*, tra Sistema 1 e Sistema 2. Il potere disciplinare e il potere governamentale si fondano sul Sistema 1 – il primo, incidendo direttamente sugli automatismi e le abitudini che lo compongono, e trasformandoli attraverso l'addestramento e il monitoraggio; il secondo, sfruttandone l'attuale composizione, senza alterarla. Viceversa, il potere normativo si fonda sul Sistema 2 – l'osservanza di regole è un processo decisionale controllato, a struttura raziocinativa.

L'appiattimento della distinzione tra poteri, nei termini della distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 comporta due rischi, strettamente connessi – il secondo vantaggio dell'interpretazione della autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico consiste precisamente nell'identificazione e superamento di entrambi questi rischi.

Il primo rischio, di carattere teorico e concettuale, è quello di riproporre inavvertitamente il vecchio dualismo tra mente e corpo. In effetti, relegare l'osservanza di regole al Sistema 2, in quanto processo decisionale controllato e a struttura raziocinativa potrebbe far pensare che la relativa concezione del ragionamento pratico postuli, come condizione necessaria alla sua esistenza, che il soggetto sia capace di agire *sulla base del* proprio ragionamento, perché in grado di riconoscere l'esistenza di entità chiamate “ragioni” (che competono per l'attenzione del soggetto con altre entità chiamate emozioni, passioni, abitudini, automatismi innati o acquisiti – il Sistema 1), e questo riconoscimento sia sufficiente ad alterare il suo comportamento (nonostante, cioè, la competizione con le altre entità). In questo contesto, l'analisi dell'integrazione e dell'interdipendenza tra poteri si ridurrebbe allo studio delle caratteristiche di questa competizione, dagli esiti in un certo senso scontati, tra Sistema 1 e Sistema 2, tra “ragioni” e “automatismi”⁶.

Vi sono almeno due indizi del fatto che la concezione della libertà, o del ragionamento pratico, di Foucault (nonché la stessa ricostruzione di Brigaglia) non corrano questo rischio, precisamente perché non distinguono così nettamente tra Sistema 1 e Sistema 2. Da un lato, Brigaglia precisa molto chiaramente come

«[L]a distinzione tra processi automatici e controllati non va intesa come un'opposizione netta, ma come una ripartizione approssimativa, che ammette una continua gradualità di ciascuna delle proprietà distintive [...] e figure ibride» (209).

Non si tratta, quindi, a ben vedere, di due processi cognitivi completamente separati, quanto, piuttosto, di una distinzione che opera all'interno del medesimo materiale: emozioni, passioni, abitudini, automatismi più o meno intelligenti, più o meno coltivati, più o meno addestrati, più o meno attivabili, e riconoscibili, riflessivamente⁷.

⁶ Brigaglia è troppo accorto e preciso per commettere questo errore (incidentalmente, questo è precisamente il motivo per cui parlo di “rischio”, e non di “errore”). Sarebbe davvero ingeneroso attribuire a Brigaglia, contro ogni sua esplicita dichiarazione a riguardo, una teoria della mente dualista. La mia scommessa, però, è che per completare la sua ricostruzione del potere normativo, includendo anche un'analisi delle regole che conferiscono poteri, Brigaglia dovrà distanziarsi più marcatamente dalle c.d. *dual process theories*, e affrontare più direttamente il problema di integrare Sistema 1 e Sistema 2 in termini diversi dalla mera competizione. Non a caso, i momenti migliori dell'analisi di Brigaglia sono, secondo me, le pagine che dedica alla creatività, invenzione e trasmissione culturale (182 ss.), e in cui non vi è traccia delle c.d. *dual process theories*. D'altra parte, i riferimenti al Sistema 2 si fanno più intensi, nel contesto dell'analisi del potere normativo, per poter “accontentare” una particolare interpretazione filosofica dell'autorità del diritto, fondata sul concetto di “*pre-emptive reasons for action*”. Il Sistema 2 è, io credo, un prezzo troppo alto per quest'ultimo concetto.

⁷ La questione rappresenta un importante disaccordo tra Daniel Kahneman e Gerd Gigerenzer, e i loro rispettivi programmi di ricerca (sicuramente tra i più influenti nella psicologia sociale degli ultimi decenni). Cfr. KAHNEMAN 2011, 97–105; 457 s.; GIGERENZER et al. 1999, 25 ss. In particolare, il secondo critica il primo per la rigida associazione tra *bias* e *irrationality* da un lato, e *heuristics* dall'altro: esisterebbero, cioè, degli *heuristics* che sono *fast and frugal* (perché ci

Dall'altro lato, un esempio particolarmente prominente di potere governamentale proposto da Michel Foucault in persona non è il *nudge* di Thaler e Sunstein (o gli esperimenti di Tversky e Kahneman, che ne dovrebbero costituire la base empirica)⁸, ma l'analisi delle forme di investimento nel capitale umano di Gary Becker⁹ – un autore, quest'ultimo, spesso identificato come il bersaglio polemico preferito delle c.d. *dual process theories*: la deviazione del comportamento umano reale dalle macchinazioni del Sistema 2 è, precisamente, una deviazione dalla *price theory* di Gary Becker¹⁰.

fanno decidere rapidamente, e senza utilizzare quantità eccessive di informazioni), ma che ci rendono più intelligenti e razionali (non meno), nel senso che sono il risultato dell'adattamento (filogenetico e ontogenetico) dell'organismo umano all'ambiente in cui si trova. Lo stesso Kahneman, sotto molti aspetti il vincitore (per popolarità e influenza) del dibattito ammette che i punti di disaccordo con Gigerenzer siano una questione tutt'ora aperta, e che attende conferme sperimentali, per poter essere risolta (KAHNEMAN 2011, 457 s.). In attesa che l'evidenza empirica decida con un qualche grado di definitività l'affidabilità generale dei due diversi approcci, vale la pena sottolineare come vi siano (almeno) due questioni in gioco, distinte, ma strettamente connesse. La prima è una questione in un certo senso concettuale; se, cioè, la concezione della razionalità fondata sulla rilevanza dei benefici (e dei costi) attesi dalle conseguenze di una determinata azione, che Kahneman mutua dall'analisi microeconomica tradizionale, sia una concezione adeguata della ragione pratica degli esseri umani. Gigerenzer comincia negando questo primo punto (per osservazioni molto simili, cfr. comunque anche SEN 2009, part II e ANDERSON 2005) e critica il modo in cui Kahneman costruisce la sua definizione di *heuristics* (le regole di decisione del Sistema 1), come deviazioni dall'ideale di razionalità. Gigerenzer con ciò introduce la seconda questione, più direttamente empirica; se, cioè, lentezza o rapidità, precisione o approssimazione delle regole di decisione umane possano essere efficacemente rappresentate come competizione tra due sistemi in un certo senso autonomi (come sostiene Kahneman) o, viceversa, attraverso un modello unificato che integri l'attivazione e la chiusura delle attività cognitive di ricerca e elaborazione delle informazioni rilevanti per la decisione (come invece propone Gigerenzer). L'analisi, solo abbozzata nel testo, condivide con Gigerenzer (e Sen, e Anderson) la critica alla concezione della razionalità proposta da Kahneman (primo punto), e, con ciò, riconosce i vantaggi di un approccio che non si limiti a identificare le deviazioni da tale concezione della razionalità nel comportamento effettivo delle persone, ma che integri, semmai, il funzionamento di Sistema 1 e Sistema 2 (come quello proposto da Gigerenzer). L'analisi, però, non prende posizione sulla ulteriore questione (punto due) se il modello di Kahneman sia o meno (attualmente) comparativamente migliore, sul piano della descrizione e previsione del comportamento effettivo, rispetto allo specifico modello alternativo di Gigerenzer.

⁸ Se non è sorprendente l'assenza di riferimenti, nell'opera di Foucault, ai primi due autori (le loro principali pubblicazioni in argomento sono successive alla sua morte), è ben più indicativa l'assenza dei secondi, almeno nelle lezioni sulla bio-politica della fine degli anni '70 (in particolare, nelle lezioni del marzo del 1979, su cui cfr. FOUCAULT 2008, 215 ss.).

⁹ Cfr. FOUCAULT 2008, 215 ss.

¹⁰ Cfr., per esempio, KAHNEMAN 2011, 409 e 411 ss., dove si discute anche di Richard Thaler e Cass Sunstein e della loro distinzione tra "*Econs*" e "*Humans*". Comunque, occorrerebbe distinguere più precisamente di come faccia Kahneman, e come invece fa FOUCAULT 2008: 221 ss., tra assunti metodologici, e implicazioni di tali assunti per l'analisi politica. Quanto ai primi, ho provato a ricalibrare la concezione della razionalità (e la relativa concezione di "capitale umano") di Gary Becker, al cospetto delle critiche di Amartya Sen in SEGATTI (mns.), utilizzando la concezione pragmatista di abitudine, sviluppata in particolare da John Dewey. Se ho ragione, la mia proposta successiva sarebbe, paradossalmente, di utilizzare la psicologia sociale di John Dewey, al posto delle *dual process theories*, come chiave di traduzione della teoria foucaultiana sul potere, nel vocabolario della psicologia sperimentale contemporanea. Non esito a riconoscere che manchino ancora diversi passi, perché l'operazione possa avere anche solo una qualche possibilità di successo. D'altra parte, che Brigaglia non stia pensando proprio al Sistema 2, quando si riferisce ai processi razioncinativi controllati, e che Foucault non intendesse proprio il Sistema 1, quando illustrava la sua concezione di potere governamentale, ma che entrambi si riferiscano, rispettivamente, a qualcosa di simile (eppure sostanzialmente diverso), lo si può inferire dal fatto che, per Brigaglia, l'esito di un processo controllato è tendenzialmente più difficile da prevedere che l'esito di un processo automatico (209). Per Kahneman, invece, gli esiti deliberativi del Sistema 2 sono più prevedibili degli esiti deliberativi del Sistema 1, perché i primi, a differenza dei secondi, possono essere rappresentati attraverso le semplici funzioni di utilità analizzate in un qualsiasi corso di microeconomia. È la *deviazione* del comportamento umano dal Sistema 2 che rende inutili (ai fini di prevedere le scelte) gli esercizi di massimizzazione che occupano gli studenti di economia per una buona parte del loro corso di studio. Il fatto che la deviazione dal Sistema 2 sia sistematica (e non caotica, o interamente determinata dal contesto della scelta) è ciò che rende possibile, secondo Kahneman, l'identificazione delle regole di decisione più comuni del Sistema 1, e, per tale via, prevederne gli esiti, date alcune variabili di contesto. Quanto alle seconde (le implicazioni degli assunti metodologici per l'analisi politica), ho provato a mostrare (SEGATTI 2020) come una selezione

Il secondo rischio, strettamente collegato, è invece di carattere pratico, e politico. Leggere la distinzione tra poteri, nei termini della distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 impedisce (o, in ogni caso, ostacola) la possibilità di interpretare la pratica politica dell'attivismo democratico (che, curiosamente, ha preso a svilupparsi proprio in coincidenza con l'onda disciplinare studiata da Foucault¹¹) al di là della rigida contrapposizione tra “dibattito tra intellettuali”¹², e “competizione (feroce, ma pacificata) delle *élite* politiche per l'ottenimento di una delega (sostanzialmente in bianco) al governo della società”¹³. Viceversa, l'interpretazione dell'autorialità come concezione delle funzioni del ragionamento pratico permette di vedere la pratica politica dell'attivismo democratico come l'esercizio di una particolare forma di potere, che include, certamente, tanto il dibattito tra intellettuali, quanto la competizione tra le *élite* politiche, ma che è, soprattutto, strategicamente orientata all'addomesticamento reciproco alla vita tra eguali – e che realizza, cioè, una particolare integrazione tra potere normativo, disciplinare e governamentale, che supera la distinzione tra Sistema 1 e 2¹⁴. Un esempio aiuterà a chiarire il punto.

Una critica molto comune al c.d. “politicamente corretto” contesta, a chi lo propone, il perseguimento di una strategia politica velleitaria. La vera discriminazione, e le vere offese alla dignità di una minoranza, hanno a oggetto atti, più o meno esplicitamente violenti, e *non* parole. D'altra parte, si dice, gli alfieri del politicamente corretto sono spesso ipocriti, perché si accontentano di mere vittorie simboliche sulle parole, al prezzo (o, forse, proprio con l'intento) di trascurare la necessità di trasformazioni sociali ben più profonde e che, queste sì, condurrebbero alla liberazione della minoranza. Infine, spesso si dice, il politicamente corretto sarebbe espressione di una strategia politica subdolamente liberticida, perché tesa a manipolare schemi mentali e *pattern* di comportamento acquisiti, sostituendo tradizioni consolidate con nuove norme sociali, prive di qualsivoglia legittimità.

Non intendo ridicolizzare queste critiche al politicamente corretto, in queste formulazioni solo abbozzate, e nemmeno in una possibile versione più articolata e sistematica. Né, tanto meno, intendo proporre una teoria con un qualche grado di sistematicità sul politicamente corretto, nelle diverse forme in cui viene praticato nell'attivismo politico. Il punto importante, in ogni caso, è che un evidente tratto comune di queste critiche consiste in una singolare confusione attorno agli obiettivi e agli strumenti dell'attivismo politico in una democrazia, che compromette, in partenza, la loro valutazione del “politicamente corretto”. Secondo queste critiche, l'obiettivo del “politicamente corretto” sarebbe la protezione dei membri di una qualche minoranza discriminata, attraverso la protezione della loro autorialità. Interpretato in questi termini, è facile leggere il politicamente corretto come il tentativo velleitario (non essendo sufficienti, palesemente, delle mere espressioni verbali ad alterare gli squilibri di potere presenti in una determinata società) di una *élite* ipocrita (non essendo necessaria – o, *rectius*: verificabile su larga scala – alcuna sincerità di intenti) di manipolare gli schemi mentali e *pattern* cognitivi e comportamentali di una popolazione che è altrimenti ignara di ciò che sta succedendo, e lo subisce passivamente.

Il politicamente corretto, non v'è dubbio, ha l'obiettivo di proteggere la minoranza discriminata dalla dominazione della maggioranza che discrimina, e il suo eventuale successo (cioè, più

non completamente arbitraria degli assunti metodologici di Becker possa avere conseguenze per certi versi inattese (e che Becker molto probabilmente non approverebbe) rispetto all'analisi normativa dei sistemi di giustizia civile. Tra queste, ce n'è almeno una che Foucault aveva in qualche modo anticipato, fin da *Sorvegliare e Punire*: non è assolutamente scontato che il processo civile “liberale classico” costituisca una garanzia contro un governo autoritario.

¹¹ Cfr., per esempio, TILLY, TARROW 2006.

¹² Il luogo classico di questa concezione è HABERMAS 1962.

¹³ Il luogo classico di questa concezione è SCHUMPETER 1942, 269 ss. Per una rielaborazione (al solito, a tratti molto fastidiosa ed eccessivamente polemica, ma efficace e illuminante) di questa contrapposizione tra concezioni della democrazia, cfr. POSNER 2003.

¹⁴ Per una recente formulazione di questa interpretazione dell'attivismo politico (di chiara, ed esplicita origine pragmatista), cfr. ANDERSON 2014.

precisamente, il successo dei nuovi vocaboli, presi uno a uno, che il politicamente corretto propone di introdurre) deve essere valutato alla luce del raggiungimento di questo obiettivo. Lo strumento scelto, però, non è la protezione dell'autorialità della minoranza, ma, semmai, la protezione dell'autorialità (nelle pratiche linguistiche) della maggioranza che discrimina. Prestando attenzione al politicamente corretto, cioè, la maggioranza che discrimina può imparare a tracciare nuove distinzioni, accomodandole in un linguaggio appropriato, e addestrarsi alla valutazione della peculiare posizione (o, più precisamente, delle peculiari posizioni) della minoranza discriminata, e alla vita cooperativa comune¹⁵. In questi termini, il politicamente corretto non si riduce all'astratto dibattito tra intellettuali, o alla (frequentemente ipocrita) competizione tra le *élite* per il potere di governo. Ma può sfruttare entrambe queste dimensioni politiche, nel tentativo di fare qualcosa di più semplice ancora, e che identifica un tratto peculiare dell'attivismo politico nella vita democratica: provocare incertezza negli schemi mentali e *pattern* comportamentali e cognitivi più frequentemente condivisi dalla maggioranza, sollecitando una nuova consapevolezza attorno alle conseguenze concrete di tali schemi mentali e comportamentali, e abilitando la valutazione politica attorno all'opportunità di crearne di nuovi, nei diversi luoghi e nelle diverse forme in cui si struttura la vita sociale.

4. Conclusioni

Nella ricostruzione di Brigaglia, il discorso di Foucault sul potere acquista chiarezza, coerenza, e utilità analitica. Questa recensione ha isolato tre passi fondamentali, attraverso cui si articola la ricostruzione di Brigaglia: una sistematizzazione concettuale del vocabolario di Foucault sul potere, distinguendo tra "potere", "rete di potere", "circuito di potere" e "potere anonimo"; l'introduzione della distinzione tra la concezione della libertà come originarietà, che Foucault adotta (almeno implicitamente) nella fase ultra-radicale, e la concezione della libertà come autorialità, che emerge negli ultimi anni di vita di Foucault, e che abilita interpretazioni innovative del suo discorso sul potere; la traduzione del discorso sul potere di Foucault nei termini delle c.d. *dual process theories*, e la relativa ricostruzione della distinzione tra potere normativo, potere disciplinare, e potere governamentale a partire dal contrasto tra processi cognitivi controllati e automatici. Non mancano i problemi e, conseguentemente, gli spunti per ulteriori analisi. Questa recensione ha individuato una perplessità, relativa all'interpretazione dell'autorialità come concezione della libertà; e due rischi, relativi all'appiattimento della distinzione (e, corrispondentemente, dell'integrazione nel comportamento umano) tra potere normativo, disciplinare e governamentale, sul contrasto tra Sistema 1 e Sistema 2.

In ogni caso, un contributo indiscutibile del saggio di Brigaglia è quello di abilitare la discussione attorno a questi problemi (e, con ogni probabilità, a molti altri) del discorso di Foucault sul potere, sulla base di un quadro teorico chiaro e innovativo, ma, allo stesso tempo, estremamente rispettoso dei testi del suo autore.

¹⁵ Questa interpretazione della strumentalità indiretta del politicamente corretto rispetto all'obiettivo di liberazione della minoranza discriminata permette di spiegare un fenomeno molto frequente: la giustificazione, all'accusa di aver violato una regola del politicamente corretto, di non avere l'intenzione di offendere: "io non sono razzista, maschilista o omofobo". Appunto! Evitare che i membri di una maggioranza che discrimina indugino, nelle loro azioni o dichiarazioni, in intenzioni offensive, o altrimenti discriminatorie, è ovviamente un obiettivo da coltivare, ma di cui il politicamente corretto è strumento solo indiretto: prestando attenzione al politicamente corretto, i membri di una maggioranza che discrimina hanno una buona opportunità per imparare a usare un vocabolario che esprima adeguatamente le loro intenzioni, quali che siano.

Riferimenti bibliografici

- ANDERSON E. 2005. *Moral Heuristics: Rigid Rules or Flexible Inputs in Moral Deliberation?*, in «Behavioral and Brain Sciences», 28, 4, 2005, 544 ss.
- ANDERSON E. 2014. *Social Movements, Experiments in Living, and Moral Progress: Case Studies from Britain's Abolition of Slavery*, The University of Kansas, The Lindley Lecture.
- BRIGAGLIA M. 2018. *Genealogia delle normatività. La normatività come controllo*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 18, 1, 2018, 59 ss.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 17, 2, 2017, 523 ss.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2018. *Reasons, Rules and Exceptions*, in «Analisi & Diritto», 2018, 131 ss.
- DEWEY J. 1922. *Human Nature and Conduct, An Introduction to Social Psychology*, New York, Henry Holt and Company.
- FOUCAULT M. 2001. *Il discorso, la storia, la verità, Interventi 1969-1984*, BERTANI M. (ed.), Torino, Einaudi.
- FOUCAULT M. 2008. *The Birth of Bio-politics. Lectures at the Collège de France 1978-79*, SENELLART M. (ed.), New York, Palgrave Macmillan.
- GIGERENZER G., TODD P., ABC RESEARCH GROUP 1999. *Simple Heuristics That Make Us Smart*, Oxford, Oxford University Press.
- HABERMAS J. 1962. *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied/Berlin, Auflage.
- KAHNEMANN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin.
- POSNER, R. 2003. *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, MA., Harvard University Press.
- SCHUMPETER J. 1942. *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Brothers.
- SEGATTI M. (mns.). *Preferences, Habits and Norms: Sen and Becker after Dewey* (manoscritto non pubblicato).
- SEGATTI M. 2020. *Pobreza y derecho procesal. Buscando un marco teorico adecuado*, in FERNANDEZ C., PEREIRA E. (eds.), *Pobreza y Derecho*, Madrid, Marcial Pons (in corso di pubblicazione).
- SEN A. 2009, *The Idea of Justice*, Cambridge, MA., Harvard University Press.
- TILLY C., TARROW S. 2006. *Contentious Politics*, New York, Oxford University Press.

PUÒ IL POTERE
ESSERE NEUTRALE?
AGONISMO, RESISTENZA
E SOGGETTIVITÀ
NOTE SUL FOUCAULT
DI BRIGAGLIA

ALESSANDRO **SPENA**



Può il potere essere neutrale? Agonismo, resistenza e soggettività
Note sul Foucault di Brigaglia

Can Power Be Neutral? Agonism, Resistance and Subjectivity
Notes on Brigaglia's Foucault

ALESSANDRO SPENA

Professore ordinario di diritto penale, Università di Palermo.
E-mail: alessandro.spena@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo sottopongo ad alcune considerazioni critiche la tesi di Brigaglia secondo la quale il Foucault degli anni '80 avrebbe maturato ed esplicitato una concezione del potere, neutrale e pragmatica, qualitativamente molto diversa da quella, conflittualista e ultra-radical, che attraverserebbe invece i suoi lavori degli anni '70. In contrario, sosterrò che, pur con diverse accentuazioni, il pensiero di Foucault è costantemente informato all'idea secondo cui ogni relazione di potere comporta sempre un agonismo, attuale o anche solo potenziale, che ha come contraltare una resistenza, anche questa attuale o potenziale, del bersaglio; sosterrò, altresì, che questa dinamica potere-resistenza consente di rinvenire già negli scritti anni '70 gli spunti di una concezione della libertà come costruzione di sé, indagata a fondo da Foucault solo negli anni '80, e che ciò ci dà una chiave di lettura interessante dell'assunto foucaultiano secondo cui «il potere costituisce il soggetto». Contrariamente a quanto argomenta Brigaglia, sosterrò, inoltre, che un concetto meramente neutrale di potere è inutile.

In this paper, I scrutinize Marco Brigaglia's thesis according to which the conception of power defended by Michel Foucault in the eighties was sharply different from the one he had been relying on in his prior work during the seventies. Against this view, I argue that the Foucaultian concept of power has always been informed by the idea of agonism, which revolves around a relationship power-resistance; I also argue that this dynamic power-resistance provides us with an interesting interpretation of Foucault's renowned notion that power constitutes the subject.

KEYWORDS

Foucault, Brigaglia, potere, agonismo, resistenza, soggettività

Foucault, Brigaglia, power, agonism, resistance, subjectivity

Può il potere essere neutrale?

Agonismo, resistenza e soggettività

Note sul Foucault di Brigaglia

ALESSANDRO SPENA

1. *Introduzione* – 2. *Dalla concezione ultra-radicale alla concezione pragmatica del potere, e ritorno* – 3. *Quanto è utile il concetto neutrale del potere?* – 4. *Quanto è neutrale il concetto tardo-foucaultiano del potere?* – 5. *Quanto è radicale la concezione ultra-radicale del potere?*

1. *Introduzione*

Potere. Una rilettura di Michel Foucault, di Marco Brigaglia, è uno dei saggi più seri e raffinati che mi sia capitato di leggere da un po' di tempo a questa parte. L'invito a scriverne – essendo io un penalista, e dunque disponendo di una cassetta degli attrezzi tutto sommato inadeguata rispetto a un oggetto così impegnativo – è stato per me una sfida non indifferente: non mi è stato facile trovare qualcosa da dire, che andasse oltre l'espressione di un sentito senso di ammirazione. Nondimeno, è stata una sfida nella quale mi ha fatto molto piacere impegnarmi: non solo mi ha consentito di approfondire questioni che trovo di grande interesse (anche per un penalista: potere, potere normativo, discipline, governamentalità, libertà, assoggettamento), ma ha anche rappresentato un'occasione che, in definitiva, attendevo da tempo, quella, cioè, di avvicinarmi con più attenzione a un pensiero, il pensiero di Foucault, che, fino a qualche mese fa, vedevo piuttosto come una sorta di giostra fantasmagorica e stordente.

È stato solo a costo di riletture e continui ripensamenti che sono infine riuscito a trovare due o tre cose che nel libro di Brigaglia non mi convincono del tutto. Di queste, ho scelto di approfondire solo una. Ragioni di spazio mi impediscono di esporle tutte; quella che ho scelto penso sia la più rilevante, poiché riguarda un aspetto che, nel libro, svolge un ruolo cruciale: la distinzione tra concetto conflittualista (e concezione ultra-radicale) e concetto neutrale (e concezione pragmatica) del potere.

2. *Dalla concezione ultra-radicale alla concezione pragmatica del potere, e ritorno*

Una delle tesi centrali del lavoro di Brigaglia (2019, 9, 11 ss., *passim*) è che l'ultimo Foucault avrebbe abbandonato la nozione conflittualista – e la connessa concezione ultra-radicale – del potere, che si ritroverebbe impiegata negli scritti genealogici anni '70 (una visione del potere come necessariamente oppressivo e sostanzialmente sinonimo del binomio dominazione/assoggettamento)¹, in favore di una nozione neutrale, che lo identifica invece con «qualsiasi influenza

¹ «In accezione conflittualista, il potere sarà inteso come imposizione intenzionale degli uni sugli altri a scapito dei loro interessi o della loro libertà, in un conflitto esplicito o latente. Le strutture di poteri saranno invece intese come le risultanti, non necessariamente intenzionali, di una molteplicità di rapporti di oppressione, ovvero come la rete di influenze sociali, in gran parte non intenzionali, che vincolano oppressivamente gli spazi di giudizio e di azione, e l'intera strutturazione dell'esistenza individuale» (BRIGAGLIA 2019, 8). «Sino a oltre la metà degli anni settanta, è l'accezione conflittualista a prevalere, se non altro nella retorica di Foucault. Quando non è esplicitamente dipinto come tale, il *pouvoir* sembra comunque indissolubilmente associato a conflitti e oppressione» (BRIGAGLIA 2019, 9). La concezione conflittuale del potere è dipinta da Brigaglia come cuore pulsante di una più complessiva concezione del

intenzionale sull'azione altrui, sia o meno negativa e svantaggiosa per chi la subisce» (BRIGAGLIA 2019, 40)². In questo senso, la nota tesi foucaultiana della «onnipresenza del potere» – la tesi per la quale «il potere è dappertutto» (es.: FOUCAULT 1976, 82) – non significherebbe che la società sia pervasa da conflitto e oppressione, ma piuttosto che essa pulluli di relazioni intersoggettive intenzionali: il potere è (quasi) dappertutto³, nella società, nel senso che «pressoché ogni interazione sociale sottende, inevitabilmente, la possibilità o l'esercizio di influenza intenzionale, e dunque qualche potere» (BRIGAGLIA 2019, 96)⁴.

Questa visione, incentrata su un concetto così lasco di potere, rappresenta, lo ammette lo stesso Brigaglia, «una tesi ovvia – talmente ovvia da risultare quasi tautologica» (BRIGAGLIA 2019, 82); ma non di meno, esplicitarla non sarebbe inutile. Infatti: i) essa avrebbe valore euristico, servirebbe, cioè, a fornire «una griglia di osservazione della realtà sociale che, enfatizzando e rendendo saliente la dimensione del potere, favorisca la scoperta di forme, tecniche, schemi di

potere, che egli, con intento deliberatamente polemico, chiama “ultra-radical” e che costituirebbe, appunto, il modo specifico in cui Foucault mostrerebbe di concepire il potere nei suoi lavori genealogici: «La concezione ultra-radical (i) adotta l'accezione conflittualista del *pouvoir*, e (ii) declina la tesi della pervasività nei termini della necessaria conflittualità di ogni modalità di relazione sociale e della intrinseca oppressività di qualsiasi assetto sociale. Uno dei principali corollari della tesi della pervasività così intesa è l'identificazione tra socializzazione e assoggettamento, che – insieme ad altri assunti – implica la (iii) tesi della impossibilità della libertà. Nella concezione ultra-radical, infatti, la libertà è intesa come originaria, incondizionata auto-determinazione del soggetto – grossomodo, l'individuo auto-cosciente e razionale. Nello stesso tempo, la soggettività individuale è rappresentata come capillarmente plasmata da influenze sociali. Il capillare processo di formazione sociale della soggettività individuale è dunque un processo di capillare assoggettamento e, conseguentemente, la libertà è una condizione impossibile. (iv) Nella concezione ultra-radical, infine, non vi è nessuno scarto significativo tra potere, dominazione e assoggettamento. Subire potere è, per ciò stesso, essere dominati e assoggettati» (BRIGAGLIA 2019, 10 s.).

² E che, a sua volta, costituisce il cuore pulsante di una concezione (che Brigaglia chiama) pragmatica del potere, che si ritroverebbe, appunto, solo nelle opere anni '80: «La concezione pragmatica (i) adotta l'accezione lata e neutrale del *pouvoir* come mera influenza intenzionale sull'azione altrui; (ii) declina la tesi della pervasività nel senso dell'osservazione della realtà sociale come rete di tentativi di influenza reciproca; (iii) abbraccia la tesi della possibilità, e auspicabilità, di una particolare forma di libertà, la “libertà-autorialità” – una modalità “attiva” di elaborazione, da parte dell'individuo, delle inevitabili e capillari influenze sociali che plasmano il suo modo di essere. (iv) Nella concezione pragmatica vi è, infine, una differenza rilevante tra potere, dominazione e assoggettamento. La dominazione è un assetto frequente, ma non necessario, delle relazioni di potere. L'assoggettamento è mancanza di libertà-autorialità, che può scaturire, ma non necessariamente scaturisce, dalle relazioni di potere. Al contrario: non vi è nulla di strano nel riconoscere che l'esercizio di potere può mirare, e può riuscire, a rendere chi lo subisce “libero” nel senso più pregnante del termine, capace di essere autore di se stesso» (BRIGAGLIA 2019, 11).

³ Il “quasi”, chiarisce Brigaglia, è d'obbligo: «la versione pragmatica della tesi della pervasività non va estremizzata fino a trasformarsi nella tesi caricaturale, implausibile e poco interessante, della completa equivalenza tra interazione sociale e potere. Che il potere sia una dimensione pervasiva della realtà sociale non significa che la realtà sociale non sia nient'altro che potere, o che l'ottica del potere sia l'unico modo in cui abbia senso osservarne le dinamiche¹⁰³. Anzitutto, il potere riguarda solo l'azione intenzionale; ma, ovviamente, non ogni interazione sociale è intenzionale, o (ritenuta) accessibile all'influenza intenzionale. Inoltre, non ogni interazione intenzionale raggiunge la soglia del potere: il potere richiede una certa probabilità di ottenere l'influenza desiderata, e una certa razionalità dei mezzi; laddove questa soglia di probabilità e di razionalità non sia raggiunta, vi sarà sì interazione intenzionale, ma non vi sarà potere. Infine, non ogni interazione sociale intenzionale, razionale e sostenuta da probabilità di successo è nel segno del potere. Il potere attiene ad uno scopo generico sì, ma circoscritto: l'influenza sull'azione altrui. Ma questo non è affatto l'unico scopo che si può perseguire interagendo con gli altri. Vi sono molti altri possibili scopi dell'interazione, come il piacere della compagnia, che si intrecciano con il potere, ma non si riducono ad esso. Uno, in particolare, addirittura gli si contrappone. È il desiderio di, e la disponibilità a, sottoporre proprie attitudini, valori, credenze, intenzioni al processo di rielaborazione e modifica innescato dagli stimoli (osservazioni, suggestione, imitazione, convinzione, critica, lode) che provengono dagli altri. Lo scopo non di influenzare, ma di essere influenzati dagli altri» (BRIGAGLIA 2019, 83).

⁴ «La quasi totalità delle possibili interazioni sociali sottenderà infatti, per ciascuno degli agenti coinvolti, la probabilità di esercitare sulle azioni altrui una qualche influenza intenzionale, sia pur limitata, e dunque un qualche potere. E l'effettiva interazione sociale costituirà, in larghissima parte, esercizio (fallito o riuscito) di potere» (BRIGAGLIA 2019, 80 s.).

potere cruciali, ma poco visibili» (*ibidem*); 2) essa, inoltre, non farebbe «perdere nulla del potenziale critico dell'indagine di Foucault. Guardare la realtà nell'ottica del potere, latamente inteso come influenza intenzionale sulle azioni altrui, e mettere in primo piano le tecniche di potere nella loro mercenaria adattabilità a impieghi negativi e positivi per il bersaglio, non significa affatto obliare la dimensione oppressiva, in termini di dominazione o assoggettamento, delle relazioni sociali» (BRIGAGLIA 2019, 82-3).

Io non sono così convinto della utilità di una accezione neutrale, o di una concezione pragmatica, del potere: trovo che le due considerazioni di Brigaglia, che ho appena riportato, costituiscano entrambe ottime ragioni per guardare alla realtà sociale in termini di potere e di onnipresenza del potere, ma non per guardarla nei termini dell'accezione neutrale, che Brigaglia attribuisce all'ultimo Foucault (§ 3). Inoltre, non sono sicuro che questa attribuzione sia del tutto corretta: mi pare che, anche nei suoi ultimi scritti, Foucault si mantenga nell'ambito di una concezione tutto sommato conflittuale del potere, per quanto meno spinta di quella che serpeggia nei suoi lavori anni '70 (§ 4). D'altronde, e questo è un terzo punto che cercherò di mostrare, mi pare che anche la caratterizzazione che Brigaglia fa della concezione del potere che si ritroverebbe nei lavori di Foucault degli anni '70 sia un po' troppo estremizzata, e non consideri alcuni elementi, a partire dai quali essa potrebbe apparire assai meno radicale e assai più plausibile di quanto non la faccia apparire l'interpretazione brigagliana (§ 5).

3. Quanto è utile il concetto neutrale del potere?

Prima questione. Condivido l'idea che concepire la società, come fa Foucault, nei termini di una molteplicità di relazioni di potere («utilizzare i suoi meccanismi come griglia d'intelligibilità del campo sociale»: FOUCAULT 1976, 82) costituisca un peculiare punto di osservazione, dal quale emergono aspetti che altrimenti rimarrebbero trascurati; Foucault è, perciò, riuscito a mettere in risalto tecniche e forme di potere altrimenti difficili da riconoscere e tematizzare, le quali poi, negli ultimi quarant'anni, sono state ampiamente tematizzate soprattutto sulla scia delle sue riflessioni. Mi chiedo, però, se questi esiti, questo valore euristico, non finirebbero dispersi se realmente li si perseguisse a partire da una accezione neutrale del potere: Brigaglia, come si è visto, lo nega; secondo lui, non solo «la versione pragmatica della tesi della pervasività non fa[...] perdere nulla del potenziale critico dell'indagine di Foucault», ma, «[a]l contrario, nel modo in cui Foucault la declina, la concezione pragmatica del *pouvoir* tende a mantenere una direzione e una giustificazione critica: guardare la realtà nell'ottica del potere serve, in ultima analisi, a rendere salienti forme e tecniche di potere che tendono a generare – spesso in modo non intenzionale – rilevanti effetti di dominazione e assoggettamento; serve, cioè, a rendere visibili i rischi di dominazione e assoggettamento comportati dalle forme e tecniche di potere analizzate» (BRIGAGLIA 2019, 82).

A me sembra, però, che l'accezione neutrale del potere non contribuisca in alcun modo a dar corpo a questo potenziale critico; se l'indagine di Foucault mantiene un tenore critico, deve per forza accadere *nonostante* l'accezione (asseritamente) neutrale del suo concetto portante: in che modo, infatti, interpretare il potere in termini così laschi servirebbe al raggiungimento di quel risultato? In che modo considerare “potere” anche interazioni del tutto neutrali permetterebbe di «rendere salienti forme e tecniche di potere che tendono a generare [...] rilevanti effetti di dominazione e assoggettamento»? In che modo, insomma, la tesi della pervasività del potere in accezione neutrale ci permetterebbe di vedere la pervasività del potere in accezione conflittualista? Se «il fine ultimo», il «valore non [...] direttamente informativo ma euristico» (BRIGAGLIA 2019, 102) della tesi della pervasività del potere è quello «di rendere visibili situazioni di dominazione e assoggettamento occulte e comprendere i fattori da cui dipende la loro genesi o il loro mantenimento, contribuendo così a rendere possibile la loro modifica» (BRIGAGLIA 2019, 102), mi pare che quella tesi debba fare affidamento su un concetto di potere corrispondente, un concetto nel

quale il potere abbia in sé, almeno a livello potenziale, i germi di un possibile sviluppo in quegli stessi termini, dominazione e assoggettamento, che suo tramite si vorrebbero rendere visibili.

D'altronde, sono d'accordo che uno dei pregi della «ricerca di Foucault» sia quello di mostrare «come le società occidentali moderne e contemporanee siano caratterizzate da un'esponenziale dilatazione del campo del potere: di ciò che dell'esistenza umana si crede sia, ma anche di ciò che effettivamente è, accessibile all'influenza intenzionale» (BRIGAGLIA 2019, 102 s.), ma tale pregio mi pare si apprezzi, appunto, solo in quanto metta in luce l'esponenziale dilatazione non di campi di influenza intenzionale qualsiasi, ma di campi (es.: discipline, governamentalità) che sullo sfondo abbiano pur sempre la possibilità di innescare dinamiche dominazione/oppressione, o comunque le dinamiche conflittuali di un rapporto tra forze.

Tutt'al più, la tesi della pervasività di un potere declinato in accezione neutrale ci porterà a leggere in termini di "potere" situazioni che sono sì poco visibili (come tali, come forme di potere), ma che non abbiamo alcun reale interesse a *vedere in questa forma* (a concepire, cioè, come potere), proprio perché, rispetto ad esse, una qualificazione nella prospettiva del potere non avrebbe alcuna «direzione» e «giustificazione critica»: fermo un passante e gli chiedo l'ora, citofono a casa affinché mi aprano, faccio uno squillo alla mia fidanzata affinché scenda, tengo la porta visibilmente aperta e invito la signora anziana a entrare prima di me, dico grazie affinché mi si risponda prego – sono tutte interazioni intenzionali: ma in che modo mostrare che la società pullula di istanze di "potere" siffatte può contribuire a mettere in luce che esistono e sono molto diffuse, anche se non sempre riconoscibili, *altre* forme di potere nelle quali covano invece i germi, i *rischi* di una possibile oppressione? Per cogliere queste *altre* forme di potere, non ho forse bisogno di un *altro* concetto di potere, di arricchire, cioè, il concetto neutrale con elementi che neutrali non sono, e nei quali piuttosto si annidi (almeno la potenzialità di) una oppressione?

3.1. Se questo è vero, che rilievo può mai avere, allora, configurare come istanze di potere delle interazioni così insignificanti, dal punto di vista di una «direzione e giustificazione critica» dell'indagine sul potere, come quelle che ho più sopra esemplificato? Brigaglia ha una risposta a questo interrogativo, ma non sono sicuro che mi convinca: il valore (euristico) di una tale impostazione, egli scrive, «sta tutto nell'esercizio prospettico che suggerisce: osservare la realtà sociale in termini di potere; rendere salienti, in ogni situazione sociale, le più infime, ovvie, inavvertite relazioni di potere; seguire i fili della loro connessione, lasciando apparire forme, schemi, intrecci ricorrenti, via via più generali e comprensivi» (BRIGAGLIA 2019, 102). A corroborare questo giudizio, egli adduce un paragone molto acuto e suggestivo:

Supponiamo che qualcuno ci comunichi che "il colore è dappertutto": che il colore costituisce una dimensione coestensiva alla, e costitutiva della, realtà fenomenica. Il contenuto informativo di questa comunicazione è del tutto banale: sappiamo già che la realtà che percepiamo con i nostri sensi è fatta anche di colori! Ma una comunicazione così banale, se accompagnata dall'appropriata enfasi retorica, può suggerire qualcosa di più: "prova a guardare le cose concentrandoti non sulla forma, non sulle relazioni spaziali, ma sul colore; metti il colore in primo piano, e tutto il resto sullo sfondo". Può suggerirci cioè un esercizio prospettico, un modo diverso di guardare le cose che può renderne improvvisamente visibili aspetti prima inavvertiti, e comprensibili relazioni impensate. L'epifania sarà ancora più forte se l'esercizio prospettico non sarà soltanto suggerito, ma sarà direttamente messo in pratica proponendo discorsi o immagini che, centrandosi sul colore, danno alle cose una salienza nuova. Molte rivoluzioni pittoriche non sono altro che questo. Riescono se il nuovo volto delle cose ci sorprende e accende nuovi spazi di piacere per la nostra esperienza visiva. Analogamente, la prospettiva del potere proposta e assunta da Foucault attraverso la nozione di rete di poteri avrà avuto successo se sarà stata capace di far apparire e rendere (almeno parzialmente) intelligibili aspetti importanti e prima inavvertiti della realtà sociale in cui viviamo.

Senonché, è evidente che la rilevanza dell'esercizio prospettico presuppone che esso rappresenti una novità, un cambio di prospettiva, appunto, per coloro che si invitano a compierlo; ha senso, è utile, se può valere come invito a guardare il mondo da un punto di vista nuovo, sorprendente. Nell'esempio fatto da Brigaglia, che il colore sia dappertutto avrebbe rilievo se si volesse sollecitare qualcuno a *vedere* per la prima volta (ad accorgersi finalmente di) un aspetto della realtà (*i colori*) che egli abbia trascurato, non adeguatamente considerato: più o meno, come quando a un amico depresso si fanno notare le tante cose belle della sua vita, che egli in quel momento non riesce a valorizzare. L'esercizio prospettico perderebbe, invece, di rilievo, si ridurrebbe a un truismo, se lo si proponesse come novità a persone per le quali esso non rappresentasse affatto una novità, persone che guardano già la realtà da quel punto di vista: che rilievo potrebbe avere, ad es., annunciare che "il colore è dappertutto" a un pittore, o anche a un imbianchino? O dire a un chimico che tutta la materia è fatta di atomi? O a un pescatore che il mare è fatto di pesci?

Orbene, non è più o meno la stessa cosa far notare a uno studioso della società (uso di proposito una espressione così ampia e indeterminata) che ciò di cui si occupa professionalmente è fatto, per la gran parte, di interazioni intenzionali? Non sarà già abbastanza ovvio per lui? Non sarà, questa, la prospettiva dalla quale lui guarda già il mondo? In che modo ricordarglielo farebbe emergere ai suoi occhi aspetti prima inavvertiti?

Inoltre, anche ammesso che, nella prospettiva di uno studioso della società, abbia rilievo mettere in luce la pervasività delle interazioni intenzionali, qual è il valore euristico che se ne ottiene qualificando tutte queste interazioni – per il solo fatto che sono interazioni intenzionali – come potere? Cosa aggiunge, rispetto al fatto che esse siano interazioni intenzionali e che siano ovunque, chiamarle con questo nome? Cosa, una tale qualificazione, ci fa vedere della realtà, che altrimenti non avremmo visto? L'unica ragione, che io riesca a figurarmi, per la quale può valere la pena spendersi in un tale esercizio prospettico ("Badate, queste interazioni intenzionali, che, come vedete, sono ovunque, sono in realtà delle forme di potere!"), è di farlo adottando una direzione critica, la quale però, e qui si torna a quanto dicevo in precedenza, suppone che la qualificazione in termini di potere aggiunga qualcosa alla più neutrale qualificazione in termini di interazione intenzionale, che il concetto di "potere" sia, cioè, usato in un senso più denso di valore rispetto a quello di "mera interazione intenzionale".

4. Quanto è neutrale il concetto tardo-foucaultiano del potere?

Se il discorso di Foucault consente «di rendere visibili situazioni di dominazione e assoggettamento occulte ecc.», e mantiene perciò «una direzione e una giustificazione critica», ciò deve per forza avvenire in quanto egli impieghi un concetto di potere diverso da quello neutrale. Nell'accezione neutrale, infatti, il concetto di potere perde – direi per definizione, data la sua dichiarata neutralità – il proprio potenziale critico; questo potenziale deve per forza dipendere da elementi, aspetti, estranei a quel concetto, e che esso non permette di vedere: come faccio a usare in funzione critica un concetto se lo costruisco in termini puramente neutrali, se non lo riempio di una qualche carica valutativa – se non ci metto dentro dimensioni, sfumature, potenzialità, che ne rendano ogni istanza, se non per forza malvagia o negativa, quantomeno *questionable*, meritevole di essere guardata almeno inizialmente con sospetto, capace sempre di sollevare il dubbio se ci si trovi di fronte ad una istanza benigna o maligna del concetto?

Eccoci, allora, al punto. Se la concezione foucaultiana del potere, anche negli scritti anni '80, «tende a mantenere una direzione e una giustificazione critica», non è forse il segno che il concetto di potere che anima quella concezione non è affatto così neutrale come Brigaglia lo dipinge e che anche per il tardo Foucault esso mantiene una dimensione conflittuale immanente, sia pur non necessariamente attuale e meno esplicita e dichiarata di quanto non fosse negli scritti anni '70? Non è forse il caso che anche nel Foucault degli anni '80 l'idea del potere continui ad impli-

care un insuperabile antagonismo con l'altrui spazio di azione, il quale comporti, se non necessariamente un'oppressione già in atto, la possibilità, purtroppo, di un'oppressione?

Secondo me, le cose stanno appunto in questi termini. È vero: l'ultimo Foucault dà alla nozione di potere sfumature in parte diverse, ne fa un uso, per così dire, meno militante di quanto non facesse in precedenza. Egli, ad es., chiarisce solo ora, in maniera esplicita, che il potere non esclude affatto la libertà (si intende, del bersaglio), anzi la implica⁵, perché, se non vi è alcuna libertà, non vi è esercizio di potere su persone, ma *violenza infinita e illimitata* su corpi, *uso di cose*: una relazione è relazione di potere solo se non si risolve nell'immediatezza della violenza⁶. Solo ora, inoltre, egli distingue nettamente – diciamo programmaticamente, sistematicamente – il potere dalla dominazione come sua forma irrigidita, anelastica (relazione di potere in cui l'asimmetria tra le parti si sia fissata in una certa direzione), nella quale purtroppo, come in ogni relazione di potere, un qualche margine, pur minimo, di libertà residua comunque, anche solo nella forma, beffarda, della possibilità di suicidarsi (FOUCAULT 1984, 720).

Ma pur con queste precisazioni – pur con le sfumature meno engagé che adesso lo caratterizzano – mi pare, tuttavia, che il concetto foucaultiano del potere mantenga una sostanza, tutto sommato, conflittualista (da intendersi, come si vedrà, in un senso più debole di quello brigagliano), che sfugge all'accezione neutrale che Brigaglia invece gli attribuisce. Anche nell'ultimo Foucault, infatti, il potere non si risolve mai veramente in una qualsiasi influenza intenzionale sulla condotta altrui: esso è, semmai, concepito come influenza che assuma la forma del *dirigere*, del *determinare* l'altro⁷; il potere tardo-foucaultiano è un tentativo di *condurre* l'altro, sul modello del pastore che *conduce* il suo gregge: «L'exercice du pouvoir n'est pas simplement une relation entre des “partenaires”, individuels ou collectifs; c'est un mode d'action de certains sur certains autres» (FOUCAULT 1982, 235 s.), la cui forma specifica è quella del *condurre*:

Le terme de “conduite” avec son équivoque même est peut-être l'un de ceux qui permettent le mieux de saisir ce qu'il y a de spécifique dans les relations de pouvoir. La “conduit” est à la fois l'acte de “mener” les autres (selon des mécanismes de coercition plus ou moins stricts) et la manière de se comporter dans un champ plus ou moins ouvert de possibilités. L'exercice du pouvoir consiste à “conduire des conduites” et à aménager la probabilité⁸.

Esercitare potere è un modo di *governare*, quantomeno nel senso specifico di «structurer le champ d'action éventuel des autres» (FOUCAULT 1982, 237). Questo include nel rapporto di potere un elemento di asimmetricità, di squilibrio, che certo il Foucault anni '70 accentua maggior-

⁵ «Le pouvoir ne s'exerce que sur des “sujets libres”, et en tant qu'ils sont “libres”»: FOUCAULT 1982, 237. V. anche FOUCAULT 1981, FOUCAULT 1984.

⁶ Qui il ragionamento di Foucault ricorda assai da vicino (non credo intenzionalmente) alcune fulminanti osservazioni di Elias Canetti (nelle quali – altra coincidente – si ritrova anche l'idea dell'esercizio di potere come *gioco*): La differenza tra forza e potere può essere esemplificata in modo evidente se ci si riferisce al rapporto tra il *gatto* e il *topo*.

«Il topo, una volta prigioniero, è in balia della forza del gatto. Il gatto lo ha afferrato, lo tiene e lo ucciderà. Ma non appena il gatto incomincia a *giocare* col topo, sopravviene qualcosa di nuovo. Il gatto infatti lascia liberto il topo e gli permette di correre qua e là per un poco. Appena il topo incomincia a correre, non è più in balia della forza del gatto; ma il gatto ha pienamente il *potere* di riprendere il topo. Permettendo al topo di correre, il gatto lo ha pure lasciato sfuggire dall'ambito immediato d'azione della sua forza; ma finché il topo resta afferrabile dal gatto, continua ad essere in suo potere. Lo spazio sul quale il gatto proietta la sua ombra, gli attimi di speranza che esso concede al topo, sorvegliandolo però con la massima attenzione, senza perdere interesse per il topo, per la sua prossima distruzione, – tutto ciò insieme, spazio, speranza, sorveglianza, interesse per la distruzione, potrebbe essere definito come il vero corpo del potere, o semplicemente il potere stesso» (CANETTI 1960, 339 s.).

⁷ FOUCAULT 1984, 727: «les relations de pouvoir ne sont pas quelque chose de mauvais en soi, dont il faudrait s'affranchir; je crois qu'il ne peut pas y avoir de société sans relations de pouvoir, si on les entend comme stratégies par lesquelles les individus essaient de conduire, de déterminer la conduite des autres». Ma v. già FOUCAULT 1981, 160.

⁸ FOUCAULT 1982, 237.

mente (es.: FOUCAULT 1976, 83), ma che in definitiva connota anche il concetto tardo-foucaultiano, allontanandolo, mi pare, dalla neutralità nel senso specifico che vuole attribuirgli Brigaglia. Non un qualsiasi influsso intenzionale sull'altrui agire è qualificabile come esercizio di potere, ma soltanto quello che renda asimmetrica la relazione che istituisce: per intenderci, se saluto un mio amico con l'intenzione che questi mi riconosca e mi saluti a sua volta, non sto esercitando un potere; non sto istituendo alcuna significativa e durevole asimmetria, né dunque sto sollecitando alcuna forma di resistenza nel mio amico, capace di generare la possibilità immanente di un conflitto.

Foucault parla esplicitamente di asimmetria solo in riferimento alla dominazione; ma ciò che caratterizza la dominazione non è l'asimmetria stessa: è semmai la sua estensione e rigidità, il suo carattere – dice Brigaglia – *self-reinforcing* (BRIGAGLIA 2019, 122); quel che specifica la dominazione non è il fatto di essere asimmetrica, ma di essere *complètement déséquilibrée* e *perpétuellement dissymétriques*: sono il *complètement* e il *perpétuellement* che la identificano come *species* del potere, non la dissimmetria.

Anche nell'esempio apparentemente più neutrale che Foucault usa per mostrare quanto il suo concetto di potere sia lontano dall'implicare necessariamente dominazione e oppressione, l'esempio cioè della stessa intervista che offre occasione al chiarimento, la lettura in termini di potere si basa, a ben vedere, sulla indicazione di una asimmetria: «Le fait, par exemple, que je sois plus *vieux* et qu'au début vous soyez *intimidés* peut, au cours de la conversation, se retourner, et c'est moi qui peux devenir *intimidé* devant quelqu'un précisément parce qu'il est plus *jeune*. Ces relations de pouvoir sont donc mobiles, réversibles et instables» (FOUCAULT 1984, 720: corsivi miei). Per Foucault, l'intervista – domande intenzionalmente rivolte a provocare risposte – non è di per sé una manifestazione di potere: lo diviene soltanto se vi si innesta un elemento strategico – sempre mobile, reversibile, e più o meno ampio ed elastico – di “intimidazione”.

Ciò colora anche la definizione foucaultiana del potere come *gioco strategico* di un senso tutto sommato diverso da quello che Brigaglia gli riconosce (BRIGAGLIA 2019, 42): l'idea della strategia (che non a caso ricorre già negli scritti anni '70) rinvia, infatti, alla pratica del “comando”, e dunque, in ultima analisi, all'aspirazione a guidare, a condurre altri, a dirigerli, o anche solo ad orientarli, e pur all'interno di un *gioco* nel quale le posizioni rimangono tendenzialmente instabili, reversibili (*gioco*, dunque, non come divertimento, ma come competizione, pratica aleatoria, conflitto almeno potenziale). Anche il *gioco amoroso* è relazione di potere a condizione che sia, in questo senso, strategico: a condizione, cioè, che si manifesti come il ripetuto susseguirsi dell'aspirazione a condurre l'altro, a menarlo, a trarlo a sé, a trattenerlo (cos'altro è, in definitiva, il *gioco della seduzione*, se non una guerra proseguita con altri mezzi?); un *gioco*, dunque, non necessariamente malvagio, o oppressivo, o lesivo degli interessi dell'altro, ma che nondimeno porta in sé la possibilità del conflitto, la possibilità che l'altro non voglia affatto lasciarsi condurre nella direzione in cui lo si vuole portare, che consideri l'altrui strategia come una indebita limitazione del proprio campo di azione.

Persino la sottolineatura dell'altrui libertà/possibilità di resistenza, quale condizione immanente al potere, depone in questo senso: che non ci sia potere dove al bersaglio non sia in alcun modo possibile resistere/sottrarsi alla forza altrui, significa che l'elemento del conflitto, se non necessariamente attuale, deve comunque considerarsi immanente al potere; non c'è potere senza possibilità di conflitto. Foucault lo dice quasi esplicitamente (FOUCAULT 1982, 238):

au cœur de la relation de pouvoir, la “provoquant” sans cesse, il y a la rétivité du vouloir et l'intransitivité de la liberté. Plutôt que d'un “antagonisme” essentiel, il vaudrait mieux parler d'un “agonisme” - d'un rapport qui est à la fois d'incitation réciproque et de lutte; moins d'une opposition terme à terme qui les bloque l'un en face de l'autre que d'une provocation permanente.

La possibilità di una resistenza, in definitiva, vale sì a segnare il confine *superiore* del potere, che lo separa dalla violenza infinita e illimitata su un soggetto inteso quale cosa, mero corpo; ma può anche valere a segnare il suo confine *inferiore*, che lo distingue da un generico influsso, per quanto intenzionale, sull'altrui condotta, da quelle forme di interazione intenzionale nelle quali una possibilità di resistenza manchi non perché il “bersaglio” non possa non fare ciò che il soggetto vorrebbe da lui, ma, al contrario, perché non avrebbe senso qualificare questo sottrarsi all'altrui influsso come *resistenza*: qui non c'è (possibilità di) resistenza, perché non c'è una forza, un potere al quale resistere.

4.1. Cosa rimane, dunque, della “neutralità” del potere tardo-foucaultiano? Secondo me, soltanto l'idea che il potere non sia necessariamente *il male*, che la qualificazione di una pratica, di un rapporto, in termini di potere non porti in sé un giudizio negativo assoluto e conclusivo: ciò non rende, però, il concetto del tutto privo di carica valutativa; anche per l'ultimo Foucault, mi pare, la qualificazione di una pratica in termini di potere giustifica, quantomeno, un atteggiamento di *sospetto*, determinato dall'assunto che in ogni forma di potere sono presenti elementi/germi (direzione, asimmetria, agonismo), che, se non rimangono inattivati (se si rafforzano e si cristallizzano), possono produrre effetti di dominazione; anche quando non sia dominazione, il potere ha questa (la dominazione) come suo esito possibile:

Le pouvoir n'est pas le mal. Le pouvoir, c'est des jeux stratégiques. On sait bien que le pouvoir n'est pas le mal! Prenez par exemple les relations sexuelles ou amoureuses: exercer du pouvoir sur l'autre, dans une espèce de jeu stratégique ouvert, où les choses pourront se renverser, ce n'est pas le mal; cela fait partie de l'amour, de la passion, du plaisir sexuel. Prenons aussi quelque chose qui a été l'objet de critiques souvent justifiées: l'institution pédagogique. Je ne vois pas où est le mal dans la pratique de quelqu'un qui, dans un jeu de vérité donné, sachant plus qu'un autre, lui dit ce qu'il faut faire, lui apprend, lui transmet un savoir, lui communique des techniques; *le problème est plutôt de savoir comment on va éviter dans ces pratiques* - où le pouvoir ne peut pas ne pas jouer et où il n'est pas mauvais en soi - *les effets de domination* qui vont faire qu'un gosse sera soumis à l'autorité arbitraire et inutile d'un instituteur, un étudiant sous la coupe d'un professeur autoritaire, etc. Je crois qu'il faut poser ce problème en termes de règles de droit, de techniques rationnelles de gouvernement et d'éthos, de pratique de soi et de liberté⁹.

5. Quanto è radicale la concezione ultra-radical del potere?

Questo concetto del potere è davvero così lontano da quello che Foucault usa negli anni '70? O non si tratta, piuttosto, così come Foucault lo presenta, di un chiarimento di posizioni già rinvenibili, sebbene in maniera più criptica e involuta, anche negli scritti precedenti? La mia idea è che le cose stiano in questo secondo senso, e che dunque non ci sia un vero e proprio salto di qualità, o cambio di paradigma, nella concezione del potere del Foucault anni '80 rispetto al Foucault anni '70.

Certo, l'uso che Foucault fa del termine “potere” negli scritti anni '70 non brilla per chiarezza¹⁰. Egli, inoltre, vi centra molta della propria analisi su istanze di potere (la prigione, il manicomio) caratterizzate in senso oppressivo, o comunque fortemente limitativo della libertà. È anche vero, infine, che, frammischiati nel suo uso poco trasparente del concetto, capita di trovare passaggi che sembrano implicare una sostanziale identificazione di potere e dominazione¹¹.

Tuttavia, mi sembra che la sostanza dei concetti che verrà definitivamente messa in chiaro negli anni '80 – (1) che la relazione di potere implichi una *libertà* dalla parte del bersaglio e (2)

⁹ FOUCAULT 1984, 727 (corsivo aggiunto).

¹⁰ Lui stesso lo riconoscerà espressamente: ad es., in FOUCAULT 1984, 728.

¹¹ Si vedano, a titolo esemplificativo, alcuni dei passi citati in BRIGAGLIA 2019, 44 s., nota 33.

che la dominazione sia solo una *species* del potere (dal quale si distingue per la cristallizzazione di una certa direzione asimmetrica) – fosse già, tutto sommato, presente anche prima.

Sebbene non definisca chiaramente il concetto della dominazione, ad es., anche il Foucault anni '70 ribadisce ripetutamente che questo concetto non è coestensivo rispetto a quello di potere; egli anzi afferma esplicitamente che la nozione del potere va distinta da quella dell'oppressione: questo accade, nella maniera più chiara, allorché Foucault mette in questione, prendendone le distanze, ciò che egli chiama «lo schema teorico dell'appropriazione del potere, cioè l'idea che il potere sia qualcosa che si possiede, qualcosa che in una società alcuni possiedono e altri no»¹². Questo è un aspetto cruciale della visione foucaultiana, e lo è almeno sin dai primi anni '70: che il potere non si esaurisca nel modello di una macro-relazione tra il potere centrale di un re/sovrano e suoi sudditi (il Potere)¹³, né tantomeno nel modello di una *cosa* che qualcuno (un sovrano, un corpo, una classe) possiederebbe ed userebbe, monoliticamente, su qualcun altro; che, piuttosto, il potere circoli nella società attraverso un insieme sterminato di rapporti intersoggettivi, locali, multiformi, reversibili; che esso alimenti un lavoro continuo, incessante, sulla cui trama la società stessa si costituisce, come una sorta di corpo hobbesiano senza testa¹⁴. È il (o, per lo meno, uno dei possibili risvolti del) noto adagio foucaultiano della *microfisica del potere*¹⁵: l'idea, cioè, che la modalità di funzionamento del potere sia quella di circolare attraverso un'infinità di micro-relazioni: «il potere non si applica agli individui, ma transita attraverso gli individui» (FOUCAULT 1997, 33); che il potere abbia dimensione microfisica in ragione della *virilità della sua circolazione*; che gli sia proprio circolare in maniera virale, non per emanazione da una fonte.

Ebbene, questa idea, così tipica e risalente nel discorso foucaultiano, che il potere sia un brulichio di relazioni conflittuali, multiformi, reciproche e reversibili, mal si concilia con una identificazione tra potere e dominazione: «Al cuore del potere c'è [piuttosto] un rapporto bellicoso», il quale fa sì che la posizione di potere non stia «mai soltanto da una parte. Non ci sono quelli che hanno il potere e lo applicano brutalmente su quelli che non ne hanno affatto. *Il rapporto di potere non obbedisce allo schema monotono e dato una volta per tutte dell'oppressione.* [...] Il potere non è monolitico. [...] non è mai interamente controllato da un determinato numero di persone. In ogni istante si gioca in piccole parti singolari, con rovesciamenti locali, sconfitte e vittorie regionali, rivincite provvisorie» (FOUCAULT 2013, 244: corsivo mio). Il Foucault anni '70 è, certo, più propenso, rispetto a quello del periodo successivo, ad accentuare l'elemento conflittuale, a leggere il potere secondo lo schema di una guerra – o meglio, di un pullulare di conflitti – in atto, e non solo in potenza (emblematico in questo senso FOUCAULT 1997), a segnalare che guerra e politica

¹² FOUCAULT 2013, 243; ma v. anche FOUCAULT 1976, 81 s.; FOUCAULT 1997, 33; FOUCAULT 1981, 160; su ciò anche BRIGAGLIA 2019, 27, nt. 12.

¹³ «Con potere non voglio dire “il Potere”, come insieme d'istituzioni e di apparati che garantiscono la sottomissione dei cittadini in uno Stato determinato» (FOUCAULT 1976, 82).

¹⁴ Non che il Potere del re, o dello stato, non esista: esso stesso, però, è composto da una miriade indefinita e, in ultima analisi, incontrollabile di micro-rapporti tra altri soggetti: è appunto l'immagine hobbesiana del Leviatano, dove però il corpo del sovrano è da intendersi costituito non da un formicolio di individui separati, ma di *rapporti* fra individui, da un formicolio di *coppie*, e dove soprattutto manca, ad animare questo corpo, la figura di una sovranità promanante dall'alto (dalla testa, dal re), dalla quale discenderebbe la fondamentale unitarietà del potere stesso (si veda, ad es., FOUCAULT 1997, 32 s.): il Potere non esiste senza il potere del burocrate sul sotto-burocrate, del sotto-burocrate sul cittadino, del poliziotto sul sospettato, del giudice sull'imputato, del secondino sul carcerato, e così via. Inoltre, non tutte le relazioni di potere, di cui pullula ogni società, si possono inquadrare nella logica del Potere (per dirla con Foucault, «il diritto trasmette e mette in opera [anche] rapporti che non sono rapporti di sovranità, ma [che sono comunque rapporti] di dominazione»: FOUCAULT 1997, 31): esiste uno sterminato campo di potere, in ogni società, che non è traducibile in termini di Potere (il genitore e ciascun figlio, il prete e ciascun fedele, il maestro e ciascun alunno, il medico e ciascun paziente, il capo-scout e ciascuno scout, l'imprenditore e ciascun lavoratore, il criminale e ciascuna vittima, e così via): «Non prendo in considerazione dunque il re nella sua posizione centrale, ma i soggetti nelle loro relazioni reciproche; non intendo la sovranità nella sua costruzione unica, ma gli assoggettamenti molteplici che hanno luogo e funzionano all'interno del corpo sociale» (*ibidem*).

¹⁵ Es., FOUCAULT 1975, 151.

non costituiscono che manifestazioni di una medesima matrice/materia conflittuale¹⁶; ma, a ben vedere è proprio questa caratterizzazione conflittuale ad escludere, in lui, una piena identificazione del potere con la dominazione (FOUCAULT 1997, 33): la dominazione, semmai, presuppone che il conflitto venga sedato, messo a tacere, risolto, per quanto provvisoriamente, a favore di una delle parti, che esso – il conflitto – continui a covare solo in forma di malcontento e nello spazio ridotto di alcuni residui margini di resistenza; la dominazione/oppressione è uno «*schema monotono e dato una volta per tutte*» – e qui già si prefigura chiaramente l'idea, che sarà ripresa ed elaborata negli anni '80, della dominazione/oppressione come cristallizzazione, irrigidimento dell'asimmetria –, ma il (rapporto di) potere, in sé, non è monolitico, è soggetto a continue variazioni, trasformazioni, inversioni di senso.

5.1. Il potere è relazione conflittuale, e il conflitto è una situazione per definizione fluida, in divenire, dall'esito incerto (*gioco*): «rovesciamenti locali, sconfitte e vittorie regionali, rivincite provvisorie». Cosa rende il gioco strategico del potere sempre reversibile? È l'irriducibilità della resistenza. «Le resistenze [... s]ono l'altro termine nelle relazioni di potere, vi s'inscrivono come ciò che sta irriducibilmente di fronte a loro» (FOUCAULT 1976, 85). Ma, per quanto Foucault associ esplicitamente e sistematicamente i due termini solo negli scritti più tardi, resistenza è libertà (una libertà che ha già i tratti di quella che per Brigaglia sarà solo una concezione tardofoucaultiana, «libertà-autorialità»: BRIGAGLIA 2019, cap. 4, e in part. 173 ss.). Il contenuto della resistenza al potere non può che essere libertà (rivolte, ribellioni, rotture, divisioni: talvolta grandi e centralizzate; molto più spesso esse stesse locali, mobili e transitorie, come le relazioni di potere in cui si inscrivono: FOUCAULT 1976, 85-6). Senza libertà, invero, il potere non potrebbe circolare: sarebbe un'entità fissa, rigida, un bene posseduto, non una relazione: neanche dominazione, solo violenza infinita e assoluta. La resistenza/libertà è lo spazio d'aria che permette al potere il movimento della circolazione. La resistenza/libertà del bersaglio è il necessario punto di presa del potere, come la mano ha il suo necessario punto di presa in un oggetto che le resista (il pensiero torna a CANETTI 1960, 245: «la mano che non lascia la presa è un vero e proprio simbolo di potere»). Affinché il soggetto del potere possa *prendere* il bersaglio in una relazione di potere, è necessario che il bersaglio possa resistergli, e che in questo senso mantenga un margine di libertà, un novero di cose che può fare per sottrarsi alla relazione o per invertirne il senso; altrimenti il potere non avrebbe presa, e la relazione si dissolverebbe. C'è in ogni oggetto che venga preso qualcosa – la sua materialità – che resiste alla mano, altrimenti non verrebbe preso; ciò che sfugge alla mano – lo spettro – non può venir preso: lo stesso vale per la presa del potere; con la differenza però, che, nel caso della relazione di potere, ciò che costituisce il necessario punto di presa – ciò senza cui il potere svanirebbe come svanisce qualsiasi presa, privata del suo oggetto – è un certo margine di libertà del bersaglio; se nella presa della mano è la materialità dell'oggetto a resistere, rendendo possibile la presa stessa, nella relazione di potere è la libertà del bersaglio a resistere, rendendo possibile la relazione stessa.

Le resistenze foucaultiane, dunque, non sono affatto il polo passivo delle relazioni di potere: sono esse stesse azioni, contro-azioni rispetto all'azione del potere¹⁷. In un certo senso, sono esse

¹⁶ «Bisogna allora capovolgere la formula e dire che la politica è la guerra continuata con altri mezzi? Forse, se si vuole conservare ancora una differenza fra guerra e politica, si dovrebbe avanzare piuttosto l'ipotesi che questa molteplicità di rapporti di forza può essere codificata – in parte e mai completamente – o nella forma della “guerra” o nella forma della “politica”: sarebbero, queste, due strategie diverse (ma pronte a rovesciarsi l'una nell'altra) per integrare questi rapporti di forza squilibrati, eterogenei, instabili, tesi» (FOUCAULT 1976, 83).

¹⁷ «Un esercizio di potere si manifesta come un'affezione, poiché la stessa forza si definisce attraverso il proprio potere di avere affezioni su altre forze (con le quali è in rapporto) e di subire le affezioni di altre forze. [Le] affezioni reattive[...] non sono solo la “conseguenza” o il “rovescio passivo” delle [affezioni attive], ma piuttosto ciò che sta “irriducibilmente di fronte” a loro, soprattutto se si considera che la forza che subisce l'affezione non è priva di una capacità di resistenza» (DELEUZE 1986, 76).

stesse potere: il potere di resistere, che è anch'esso un tentativo di condurre l'altro – il proprio *agonista* – in una certa direzione; in quanto implicano necessariamente una resistenza, le relazioni di potere non sono che *antagonismo di strategie*. Il che ci riporta all'immagine del potere come conflitto, che in Foucault sembra rimanere costante: il Foucault anni '70 è forse più interessato a situazioni caratterizzate da un conflitto *attuale* (ma non per questo il suo concetto di potere non può includere lo sterminato campo delle situazioni di conflitto solo potenziale); il Foucault anni '80 sembra invece più interessato a mettere in risalto aspetti connessi alla mera potenzialità di un conflitto (la conduzione, la libertà). In ogni caso, sembra di poter dire, per Foucault non c'è potere al di fuori di situazioni mobili, diseguali, agonistiche.

5.2. Dal che può discendere, infine, qualche riflessione circa il rapporto fra potere e soggettivazione, che poi è la vera questione che Foucault ha sempre avuto di mira¹⁸: quel binomio tra soggettivazione attiva e soggettivazione passiva, che Brigaglia ricostruisce a partire dall'ultimo Foucault (nel quale si farebbe finalmente strada un'idea di libertà come costruzione di sé, anziché come pura e impossibile indeterminazione), potrebbe, ancora una volta, non essere una novità anni '80¹⁹. Le sue premesse potrebbero, ancora una volta, rinvenirsi già nel Foucault anni '70, e ancora una volta nella consustanzialità della resistenza rispetto a qualsiasi relazione di potere.

Secondo Foucault, come noto, il potere costituisce il soggetto:

Non si tratta [...], credo, di concepire l'individuo come una sorta di nucleo elementare o di atomo primitivo, come una materia molteplice e inerte sulla quale verrebbe a urtare il potere. Non si tratta cioè di concepire il potere come qualcosa che sottomette gli individui o li spezza. In realtà, ciò che fa sì che un corpo, dei gesti, dei discorsi, dei desideri siano identificati e costituiti come individui, è appunto già uno dei primi effetti del potere. L'individuo non è il *vis-à-vis* del potere, ma credo ne sia uno degli effetti principali. L'individuo è un effetto del potere e al tempo stesso, o proprio nella misura in cui ne è un effetto, è l'elemento di raccordo del potere. Il potere passa attraverso l'individuo che ha costituito²⁰.

Letto alla luce dell'idea che la resistenza sia parte irriducibile del rapporto di potere, ed essa stessa azione, questo ragionamento (il soggetto si costituisce nella relazione di potere) finisce per assumere tratti vagamente hegeliani (*sit venia verbo*): il potere costituisce il soggetto (1) non solo assoggettandolo, plasmandolo coercitivamente, costringendolo ad assumere una certa identità, (2) ma anche stimolandone le resistenze, inducendolo all'esercizio della libertà: in questo senso, il bersaglio si forma, anche attivamente, come soggetto, nell'agonismo con cui si sottrae all'altrui potere, nell'atto con cui cerca di invertire l'asimmetria della relazione, di togliersi dall'assoggettamento, di affermare la propria libertà, e perciò di trovare, nell'inversione del senso del proprio rapporto con l'altro, il proprio riconoscimento²¹.

Il concetto di potere come relazione alla quale è immanente una resistenza sembra dunque prestarsi ad accogliere il concetto brigagliano-foucaultiano (*brigaultiano*) di «libertà-autorialità» già tra le righe del Foucault anni '70: una libertà/soggettività che necessariamente si forma attraverso influenze sociali (BRIGAGLIA 2019, 177 s.), che il bersaglio elabora attivamente nel resistere (nel tentare di sottrarsi) all'assoggettamento (BRIGAGLIA 2019, 181 ss.), e che continuamente

¹⁸ Cfr. ad es. FOUCAULT 1982.

¹⁹ Per quanto negli anni '80 essa venga esplicitata: FOUCAULT 1982.

²⁰ FOUCAULT 1997, 33.

²¹ «Une relation de pouvoir[...] s'articule sur deux éléments qui lui sont indispensables pour être justement une relation de pouvoir que "l'autre" (celui sur lequel elle s'exerce) soit bien reconnu et maintenu jusqu'au bout comme sujet d'action; et que s'ouvre, devant la relation de pouvoir, tout un champ de réponses, réactions, effets, inventions possibles» (FOUCAULT 1982, 236).

te si rinnova (BRIGAGLIA 2019, 178 s.), poiché continuo è l'agonismo implicato nella pervasività delle relazioni di potere.

Di più (ma forse, qui, siamo già oltre Foucault): non solo «La libertà-autorialità *può* sussistere in presenza di potere» (BRIGAGLIA 2019, 199: corsivo mio); non solo essa «*Può* [...] essere il risultato dell'esercizio di potere» (BRIGAGLIA 2019, 199: corsivo mio). Essa è, necessariamente, l'esito di una relazione di potere: è l'esercizio del potere che produce nel bersaglio la resistenza; banalmente, se non ci fosse un potere a cui resistere, non ci sarebbe resistenza; è il potere che dunque genera le condizioni perché il soggetto, resistendo, formi attivamente la propria soggettività (e ciò già a partire dalla dinamica genitori-figli). Nei limiti in cui la «libertà-autorialità» è esercizio di resistenza, essa non si dà al di fuori di una relazione di potere.

Riferimenti bibliografici

- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- CANETTI E. 1960. *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981 (ed. or. *Masse und Macht*, Hamburg, Claassen Verlag, 1969, trad. it. di F. Jesi).
- DELEUZE G. 1986. *Foucault*, Milano, Feltrinelli, 1987 (ed. or. *Foucault*, Paris, Les Editions de Minuit, 1986, trad. it. di P.A. Rovatti e F. Rossi).
- FOUCAULT M. 1975. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976 (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, trad. it. di A. Tarchetti).
- FOUCAULT M. 1976. *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Milano, Feltrinelli, 1988 (ed. or. *Histoire de la sexualité. I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, trad. it. di P. Pasquino e G. Procacci).
- FOUCAULT M. 1981. «*Omnes et singulatim*»: *vers une critique de la raison politique*, in Id., *Dits et écrits 1954-1988*, IV (1980-1988), Paris, Gallimard, 1994, texte n° 291, 134 ss.
- FOUCAULT M. 1982. *Le sujet et le pouvoir*, in Id., *Dits et écrits 1954-1988*, IV (1980-1988), Paris, Gallimard, 1994, texte n° 306, 222 ss.
- FOUCAULT M. 1984. *L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté*, in Id., *Dits et écrits 1954-1988*, IV (1980-1988), Paris, Gallimard, 1994, texte n° 356, 708 ss.
- FOUCAULT M. 1997. «*Bisogna difendere la società*», Milano, Feltrinelli, 1997 (ed. or. «*Il faut défendre la société*», Paris, Seuil-Gallimard, 1997, trad. it. a cura di M. Bertani e A. Fontana).
- FOUCAULT M. 2013. *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano, Feltrinelli, 2016 (ed. or. *La société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, Paris, Seuil-Gallimard, 2013, ed. it. a cura di D. Borca e P.A. Rovatti).

FOUCAULT:
IL POTERE OLTRE
LE REGOLE
REPLICHE A CELANO,
MORESO, SEGATTI E SPENA

MARCO **BRIGAGLIA**



Foucault: il potere oltre le regole. Repliche a Celano, Moreso, Segatti e Spena

Foucault: Power Beyond Rules. Replies to Celano, Moreso, Segatti, and Spena

MARCO BRIGAGLIA

Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo rispondo alle critiche e ai commenti alla mia ricostruzione della concezione del potere di Michel Foucault proposti da Bruno Celano, José Juan Moreso, Marco Segatti, Alessandro Spena. Mi concentro in particolare sui seguenti aspetti: la connessione fra la nozione foucaultiana di potere e il conflitto; la distinzione fra potere disciplinare, potere governamentale, e potere normativo; la concezione foucaultiana della libertà come autorialità; ciò che Foucault può suggerire riguardo ad alcune “macchie cieche” della teoria del diritto contemporanea.

In this paper, I reply to comments and criticisms of my reconstruction of Michel Foucault's conception of power, raised by Bruno Celano, José Juan Moreso, Marco Segatti, Alessandro Spena. I focus on the following issues: the role of conflict in Foucault's notion of power; the distinction between disciplinary power, governmental power, and normative power; Foucault's conceptions of freedom as authoriality; the contribution of Foucault's thought in indicating some “blind spots” of contemporary theory of law.

KEYWORDS

Foucault; potere; diritto e potere; norme e disciplina; libertà e ragione

Foucault; power; law and power; norms and discipline; freedom and reason

Foucault: il potere oltre le regole

Repliche a Celano, Moreso, Segatti e Spena

MARCO BRIGAGLIA

1. Premessa – 2. Cosa ho sostenuto – 2.1. Il lessico del *pouvoir* – 2.2. Dalla concezione ultra-radicalista alla concezione pragmatica – 2.3. Una rilettura di Foucault alla luce della concezione pragmatica – 3. Foucault o Brigault? – 4. Potere: oppressione, agonismo, influenza – 4.1. Nozione di potere – 4.2. Le critiche di Spena – 4.3. Repliche a Spena – 5. Potere, ragioni, corpo – 5.1. “Micro-fisica” del potere: discipline, governamentalità, regole – 5.2. Automaticità e controllo – 5.3. Potere normativo, regole, disciplina – 5.4. Potere disciplinare e norme incorporate: repliche a Celano – 6. Libertà-autorialità: repliche a Segatti – 7. Potere e teoria del diritto: repliche a Moreso.

1. Premessa

Sono profondamente grato a Bruno Celano, José Juan Moreso, Marco Segatti e Alessandro Spena, che si sono presi la briga di leggere con attenzione e di commentare con acume il mio libro *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*¹ (da ora in avanti, PF). È un libro a cui ho dedicato (a volte con insofferenza) molto tempo e molte energie, ed è una grande soddisfazione poterlo discutere con persone la cui opinione tengo in grandissima considerazione.

I commenti toccano questioni delicate ed importanti, e sollevano perplessità legittime. Nelle pagine che seguono, dopo aver riassunto le tesi generali sostenute nel libro, proverò a raccogliere suggerimenti e stimoli, a fugare dubbi, a replicare alle critiche. Mi scuso sin da ora se, per ragioni di spazio, trascurerò alcune delle questioni poste.

2. Cosa ho sostenuto

Nel libro ho sviluppato un’interpretazione complessiva del pensiero di Foucault sul potere (com’è noto, uno degli assi fondamentali della sua ricerca), che può essere riassunta nelle seguenti tesi.

2.1. Il lessico del *pouvoir*

Il termine “*pouvoir*”, nell’uso che Foucault ne ha fatto a metà degli anni settanta (gli anni delle opere più ambiziose dedicate al tema del potere, *Surveiller et punir* e *La volonté de savoir*), si è caricato di una molteplicità di significati spesso in tensione fra loro, e non chiaramente distinti. La prima tesi sostenuta nel libro (PF 1-10) è che, nelle opere successive, questi diversi sensi del *pouvoir* si siano andati progressivamente chiarendo e distinguendo, anche nei termini usati per designarli, rendendo possibile riformulare il lessico foucaultiano del *pouvoir* in termini sufficientemente chiari, univoci e coerenti.

I termini principali del lessico disambiguato, ho sostenuto, sono i seguenti:

* Questo lavoro è stato realizzato nell’ambito e con il sostegno del PRIN 2017 - *The Dark Side of Law. When Discrimination, Exclusion and Oppression Are By Law*. Ringrazio i direttori della rivista, Giorgio Maniaci, Giorgio Pino e Aldo Schiavello per aver voluto ospitare questa discussione. D&Q ha accompagnato la gestazione del libro (BRIGAGLIA 2014 e BRIGAGLIA 2019a), e adesso ne accompagna anche la digestione.

¹ BRIGAGLIA 2019b.

- “potere” (*pouvoir*), inteso come capacità o esercizio di influenza intenzionale sulle azioni altrui e, più in generale, sull’esistenza altrui (PF cap. 2);
- “tecniche di potere” (*techniques de pouvoir*), intese come metodi espliciti, e dotati di un certo grado di elaborazione razionale, per l’esercizio, l’acquisto, il mantenimento, l’incremento del potere (PF 68 s.);
- “rete di poteri” (*réseau de pouvoir*), intesa come la configurazione strutturata di poteri interconnessi che, secondo Foucault, sarebbe coestensiva a, e costitutiva di, ogni realtà sociale (tesi della *pervasività del potere*: ogni realtà sociale sottende, ed è in gran parte costituita da, una rete di poteri interconnessi) (PF § 3.2);
- “circuiti di potere” (è questa l’espressione con cui ho scelto di rendere ciò che Foucault ha spesso chiamato “dispositifs de pouvoir”), ossia “nodi” salienti della rete di poteri, costituiti dalla ricorrenza di un certo schema di potere, e di un certo insieme di fattori rilevanti da cui dipende il suo mantenimento (PF § 3.3);
- “potere anonimo” (*anonyme*), e cioè azioni ricorrenti che (i) continuano a rispondere a schemi originariamente disegnati e implementati con l’intenzione di influenzare in un certo modo l’azione altrui e (ii) continuano a produrre l’effetto inteso, (iii) senza che però nessuno degli agenti coinvolti sia più guidato da quella intenzione – sono dunque situazioni che, pur non costituendo in senso stretto esercizio di potere, sono per così dire “impregnate” di potere (PF § 3.5.1);
- “dominazione” (*domination*), intesa come possibile assetto asimmetrico delle relazioni di potere (non necessariamente prodotto o mantenuto intenzionalmente), che avvantaggia gli uni a scapito degli altri, e che tende ad auto-mantenersi (PF § 3.4.1);
- “assoggettamento” (*assujettissement*), inteso come particolare forma di compressione della libertà individuale che tipicamente (ma non necessariamente) si accompagna alle relazioni di potere (PF cap. 4).

Nel libro ho stipulato di impiegare il termine italiano “potere” nell’accezione ristretta su indicata (capacità o esercizio di influenza intenzionale sulle azioni altrui), e di impiegare invece il termine francese “pouvoir” per indicare, genericamente, l’intero insieme di fenomeni su indicati. Mi atterrò anche qui a questa convenzione.

2.2. Dalla concezione ultra-radicala alla concezione pragmatica

La seconda tesi è che la trasformazione attraversata dalla concezione foucaultiana del *pouvoir*, dalle opere degli anni settanta fino alle ultime interviste, possa essere efficacemente riassunta nei termini del passaggio da una concezione “ultra-radicala” ad una concezione “pragmatica”².

La concezione ultra-radicala è quella che più immediatamente emerge dalla retorica foucaultiana degli anni settanta, e che ha più profondamente segnato la ricezione del suo lavoro, sia da parte dei critici che degli apologeti. I suoi elementi centrali sono i seguenti: (a) una nozione *conflittualista* di potere, come imposizione – e, tipicamente, imposizione oppressiva, sopraffazione – degli uni sugli altri (qui, il potere è, per definizione, qualcosa di negativo per chi lo subisce); (b) conseguentemente, la declinazione conflittualista della tesi della pervasività del potere: ogni situazione sociale sottende, o è costituita, da possibilità e tentativi di imposizione oppressiva degli uni sugli altri; (c) la tesi dell’impossibilità della libertà: in questa fase, la libertà è intesa come incondizionata possibilità di auto-determinazione del soggetto (grossomodo, l’individuo cosciente e razionale); ma essendo il soggetto, secondo Foucault, capillarmente plasmato da influenze sociali, e in particolare da relazioni di potere, la libertà è impossibile; (d) non vi è alcuno scarto significativo fra potere, dominazione, e assoggettamento: subire potere significa, perciò stesso, essere dominati e assoggettati.

² V. in particolare PF 10-13, 79-83, 98-101, 165-180, 249-253, 311-318. L’espressione “ultra-radicala” è usata da Steven Lukes in una impietosa critica alla concezione del potere di Foucault (LUKES 2005, 88-99). Sulla critica di Lukes v. PF, 318-322.

Nel corso degli anni, il discorso di Foucault va progressivamente abbandonando la retorica ultra-radicale, lasciando emergere, in modo sempre più esplicito, le linee di una concezione diversa. Ho scelto di chiamarla “concezione *pragmatica*” perché il suo accento non è più sugli aspetti negativi, oppressivi del potere, ma sui suoi aspetti “pragmatici”, sul suo essere trasformazione intenzionale della realtà, e in particolare delle *azioni* altrui. Gli elementi centrali della concezione pragmatica sono i seguenti: (a) una nozione *neutrale* di potere, come capacità e tentativo di influenza reciproca, non necessariamente negativa, impositiva o oppressiva; (b) la declinazione della tesi della pervasività del potere nel senso della osservazione della realtà sociale nei termini di una rete di possibilità e tentativi di influenza reciproca, non necessariamente oppressivi né negativi; (c) la tesi della possibilità, e auspicabilità, di una forma particolare di libertà intesa come elaborazione “attiva” delle influenze sociali; ho scelto di chiamare questa forma di libertà “libertà-autorialità” in ossequio all’insistenza di Foucault su come essa richieda di diventare *autori di sé stessi*; (d) la chiara distinzione fra potere, dominazione e assoggettamento: la dominazione è un assetto frequente, ma non necessario, delle relazioni di potere; e l’assoggettamento è una forma di grave compromissione della libertà-autorialità, che spesso, ma non necessariamente, si accompagna alle relazioni di potere.

2.3. Una rilettura di Foucault alla luce della concezione pragmatica

La terza tesi è che la concezione pragmatica sia incommensurabilmente superiore, per coerenza e fecondità interpretativa, alla concezione ultra-radicale: consente di sciogliere oscurità e incoerenze dei testi di Foucault, di precisare il contenuto informativo delle sue tesi senza affievolirne la potenziale critica, di rendere giustizia alle sue intuizioni senza restare impigliati negli aspetti più velleitari e iperbolici della sua retorica. In questo senso, la concezione pragmatica offre la chiave per interpretare caritatevolmente, nella miglior luce possibile, il pensiero di Foucault sul *pouvoir*. Questa interpretazione, del resto, non è arbitraria: è coerente con la trasformazione delle idee di Foucault per come traspare dai testi, ed è perfettamente in linea con i suggerimenti espliciti da lui resi nelle ultime interviste, dove le idee centrali della concezione pragmatica (l’accezione neutrale del potere, la possibilità della libertà-autorialità, la distinzione tra potere e dominazione) sono proposte come interpretazione retrospettiva del suo pensiero precedente.

Non mi è possibile, in questa sede, ripercorre per intero questa ricostruzione. Mi limito a segnalare gli aspetti che avranno maggior rilievo nella discussione che seguirà.

Ho sostenuto che nell’opera di Foucault vi siano indicazioni sufficienti non soltanto per mostrare come la nozione di potere, nella sua accezione neutrale, dia ben conto del suo pensiero, ma anche per ricostruire questa nozione con un certo dettaglio (PF cap. 2). Il risultato di questa ricostruzione è, ho sostenuto, una *buona* concezione del potere: coerente, informativa, utile. A differenza di quanto spesso ritenuto dai sacerdoti del culto foucaultiano, non è una concezione *radicalmente* originale: le sue idee fondamentali (e, in certi casi, anche alcuni dettagli) si trovano già in molte delle definizioni di potere circolanti fra gli anni sessanta e settanta. Ha però importanti *spunti* di originalità, fra cui, soprattutto, l’enfasi posta sullo sviluppo tecnico del potere, e la distinzione fra diverse forme di potere sulla base di aspetti sottili del modo attraverso cui operano sull’azione altrui. Nel § 4 discuterò alcune caratteristiche di questa nozione di potere, replicando ai rilievi mossi da Spena.

Uno degli aspetti più interessanti dell’analisi di Foucault riguarda la messa a fuoco di due forme di potere, il potere “disciplinare” e il potere “governamentale”, e la loro differenza rispetto ad un’altra forma di potere, molto più saliente, il potere “normativo” (PF cap. 6). L’aspetto centrale di questa differenza, ho sostenuto, riguarda il diverso tipo di processi decisionali del bersaglio su cui essi fanno leva: processi “automatici” da un lato, e processi “controllati” d’altro lato. Nel § 5 mi soffermerò su questa differenza, replicando ai rilievi mossi da Segatti, e discutendo le osservazioni di Celano.

Foucault non ha sviluppato in modo organico l'idea della libertà-autorialità. Ma le numerose considerazioni disseminate nei suoi lavori suggeriscono con forza le linee essenziali di una figura che non è difficile fare emergere. Ciò che appare, ho sostenuto, è una concezione estremamente stimolante della libertà intesa come “elaborazione attiva” della propria soggettività, a cui è sottesa una visione complessa e suggestiva dello sviluppo cognitivo e della creatività individuale, così come della variabilità e della trasformazione culturale (PF cap. 4). Nel § 6 preciserò alcuni aspetti della nozione di libertà-autorialità, rispondendo alle perplessità di Segatti.

Ho sostenuto, infine, che le considerazioni di Foucault sul potere disciplinare e sul potere governamentale puntino il dito su alcune gravi lacune, “macchie cieche”³, di quella che ho chiamato “teoria del diritto *mainstream*”, o TDM (PF cap. 8). Il nocciolo di questa critica è il seguente: la TDM si è focalizzata quasi esclusivamente sul potere normativo, lasciando in ombra il ruolo che, nel funzionamento del diritto contemporaneo, giocano forme di potere riconducibili alle categorie foucaultiane del potere disciplinare e governamentale. Questa cecità, ho aggiunto, è connessa ad alcune distorsioni sistematiche nella rappresentazione che la TDM dà delle dinamiche giuridico-politiche. Nel § 7 preciserò la portata della mia (sommaria) critica alla TDM, rispondendo alle considerazioni di Moreso.

3. Foucault o Brigault?

Prima di passare alla discussione delle questioni più specifiche, è opportuno soffermarsi brevemente sul progetto generale del libro.

Con la consueta arguzia, José Juan Moreso riferisce le sue osservazioni critiche “a las ideas del Foucault de Brigaglia, a Brigault, podríamos decir”⁴. Moreso attribuisce questa scelta al fatto che il suo “conocimiento de Foucault es muy fragmentario”. Colgo però in questa considerazione l'ombra di un dubbio: che la concezione pragmatica del *pouvoir*, per come ricostruita nel libro, rispecchi forse anche le idee di Foucault, ma soprattutto le idee di Brigaglia. Brigault, appunto. Un dubbio simile appare nelle prime battute del contributo di Celano: «Brigaglia ha restituito [...] un Foucault rinnovato, che forse non è mai esistito, depurato dalla retorica “ultra-radical”»⁵ (corsivo mio). Nella penna di Moreso e Celano, è un dubbio garbato. Per altri lettori potrebbe invece essere una certezza, e una certezza aggressiva: questo non è Foucault! Si tratta, in ogni caso, di una questione che è legittimo porre, e a cui ho l'onere di rispondere⁶.

La nozione di *pouvoir* ha, nell'evoluzione del pensiero di Foucault, uno strano destino. Emerge con prepotenza nei primi anni settanta diventando rapidamente l'asse principale delle sue riflessioni. Nella seconda metà degli anni settanta, man mano che la sua attenzione va spostandosi dalle discipline alla governamentalità, si vanno progressivamente trasformando anche i termini in cui è fraseggiato il suo discorso sul *pouvoir*. Negli anni ottanta, la questione del *pouvoir* passa apparentemente in secondo piano. Si riaffaccia però occasionalmente – oltre che in un testo più meditato, *The Subject and the Power*⁷ – in interventi minori, fino alle ultime interviste. Qui, la nozione di *pouvoir* viene prospettata – o, per meglio dire, schizzata – in una forma ancora diversa, e proposta come interpretazione retrospettiva di tutto il discorso precedente. È questo, dice Foucault, quello che volevo dire, anche se non mi sono espresso bene⁸.

Questa torsione mette l'interprete in una posizione bizzarra. La parte più consistente del lavoro di Foucault sul *pouvoir* è costruita entro un quadro concettuale che lui stesso va rimaneggiando, in

³ Il riferimento è a CELANO 2012.

⁴ MORESO 2020, 209.

⁵ CELANO 2020, 197.

⁶ Ho provato a farlo già nel libro (PF 15 s.).

⁷ FOUCAULT 2001b [1982], 1041-1062.

⁸ FOUCAULT 2001b [1984], 1547.

modo penetrante, nel corso del tempo. Il nuovo schema, però, non è sviluppato in modo organico: è solo il risultato alluvionale di una serie di aggiustamenti successivi, spesso impliciti, e sparpagliati in vari testi. Esso, inoltre, non viene applicato in modo organico alle tesi precedentemente sostenute, riformulandole più precisamente nelle sue linee. Viene soltanto suggerito di farlo.

Ed è proprio questo che ho tentato di fare. Ricostruire, anzitutto, la trasformazione subita dalle idee di Foucault, mettendo insieme i vari pezzi di un mosaico diacronico, e provando a mostrare come l'apparente disordine segua una linea tutt'altro che arbitraria, che ho cercato di catturare nei termini del passaggio dalla concezione ultra-radicala alla concezione pragmatica. In secondo luogo, usare quest'ultima come chiave interpretativa dei testi precedenti. Provare, cioè, a mettere da parte la retorica ultra-radicala che impregna il Foucault della metà degli anni settanta, a sciogliere le ambiguità e le indeterminazioni del suo lessico alla luce dell'interpretazione pragmatica dei suoi sviluppi successivi, e a precisare, in questi termini, le sue tesi principali.

Non credo, e non ho sostenuto, che questa scelta interpretativa sia l'unica legittima. Il discorso di Foucault è sufficientemente ondivago, indeterminato, a volte (almeno superficialmente) contraddittorio, da autorizzare *diverse* interpretazioni incompatibili. Credo però, e ho sostenuto, che sia la scelta interpretativa migliore, per due ragioni concorrenti. La prima ragione è il principio di carità interpretativa. Credo, e ho provato a mostrare, che l'interpretazione pragmatica consente la ricostruzione più caritatevole del pensiero di Foucault, restituendolo in termini quanto più possibile coerenti, chiari, e informativi, senza dissiparne il potenziale critico. La seconda ragione è proprio la fedeltà al *percorso* tracciato dai testi di Foucault. Credo, e ho provato a sostenere, che l'interpretazione pragmatica si adatti molto bene alle trasformazioni che il linguaggio di Foucault attraversa, riuscendo a chiarire, senza stravolgerlo, il senso e l'evoluzione del suo discorso. Naturalmente, questi argomenti non hanno nulla di auto-evidente, e sono legittimamente controvertibili (è proprio quello che fa Spina nel suo contributo, di cui discuterò più avanti). Segnano però i confini di ciò che il libro ha voluto essere, e con ciò anche i suoi margini di fallimento.

Fin dal titolo, infatti, il libro pretende di essere *una rilettura* (una, fra le molte possibili) del discorso di Michel Foucault. Una rilettura guidata dal tentativo di ricomporre oscillazioni, oscurità, ambiguità, contraddizioni in una concezione coerente che sia, da un lato, in armonia con i testi e con il loro sviluppo, e, d'altro lato, feconda nella prospettiva di un lettore contemporaneo – o meglio, della categoria di lettori di cui cerco di rappresentare stili di pensiero, interessi e attitudini. Non si tratta, in questo senso, di un lavoro strettamente filologico, ma di un lavoro di ricomposizione razionale, in cui il ruolo giocato da criteri di valutazione propri dell'interprete è esplicitamente dichiarato, così come è esplicitamente dichiarata la necessità di integrare di quando in quando, a fini esplicativi, le considerazioni sparse e spesso vaghe di Foucault con analisi e definizioni più precise (così è accaduto, ad esempio, proprio con la nozione di potere come capacità o esercizio di influenza intenzionale sulle azioni altrui, di cui ho dato una definizione molto più precisa di quella che è dato trovare nei testi di Foucault, ma capace, spero, di dare unità e coerenza alle sue sparse osservazioni). Si tratta però, comunque, di una rilettura *dei testi*, in cui l'accordo complessivo con essi è criterio di legittimità del ricorso a elementi extra-testuali. Per questa ragione, ai testi ho dato amplissimo spazio, sostenendo la ricostruzione proposta con riferimenti molto dettagliati, e spesso con la citazione di lunghi brani. Fra la ricostruzione razionale delle idee di un autore, e il loro impiego e sviluppo in direzioni e in termini a lui estranei, non c'è una linea netta, ma una gradualità sottile e composita (è quasi grottesco ribadirlo in questa rivista, in cui si discute abitualmente della più smalzita delle pratiche interpretative, quella giuridica). Per quanto sfumata, tra le due cose c'è però una differenza, il cui unico indice è proprio l'attenzione ai testi. Ed è al campo della ricostruzione, più che dello sviluppo, che ho preteso di ascrivermi.

Questa pretesa fornisce il principale parametro del successo o del fallimento del libro. Se, in sintesi, non fossi riuscito a proporre una *rilettura di Foucault* illuminante, stimolante, e quanto meno plausibile in quanto rilettura, avrei fallito nel mio intento. Dunque, la risposta alla domanda che

intitola il paragrafo è (spero): Foucault. Un Foucault che, come tutti gli autori, in un certo senso «non è mai esistito», perché non ha mai detto *esattamente* quello che i commentatori gli ascrivono; ma che, in un altro senso, esiste in molte forme, in tutte le interpretazioni plausibili delle sue opere, con un grado di presenza tanto più intenso, quanto più plausibile è l'interpretazione.

Ma il libro, ovviamente, ha anche la forte impronta di me che l'ho scritto. L'impronta è più marcata nelle parti che non ambiscono a ricostruire, ma ad integrare le idee di Foucault (soprattutto nel capitolo sul potere normativo, sul quale Foucault ha formulato idee vaghissime). Ma è presente anche in quelle più strettamente ricostruttive. Ed è naturale che sia così. Se ho scelto di dedicare tanto tempo a questo lavoro, e se ho scelto di svilupparlo nella direzione di un'interpretazione caritatevole, è soprattutto perché ho sentito un'armonia di fondo fra le “mie” idee (se ci può mai essere qualcosa di “proprio” nelle idee) e quelle che scorgevo nei testi di Foucault, molto più che in quelli dei suoi commentatori. Anche nell'aspetto che Moreso giustamente mette in luce, le mie inclinazioni naturaliste (che non riuscirò a discutere qui), ho sentito un'armonia di fondo con il pensiero di Foucault, nonostante l'abissale differenza di coordinate culturali che sembra separarlo dagli assunti e gli stili del naturalismo contemporaneo (PF cap. 4). Fra i tanti fattori da cui può dipendere questa armonia, io ne vedo soprattutto uno, molto semplice: che le mie idee sono *profondamente influenzate* dalla lettura di Foucault. Non sono, appunto, “mie” idee. E quindi, va benissimo Brigault!

4. Potere: oppressione, agonismo, influenza

Nella ricostruzione che ne ho proposto, la concezione pragmatica del potere è incentrata su una nozione generalissima di potere come capacità o esercizio di influenza intenzionale sulle azioni altrui. Di questa nozione ho sviluppato nel libro una definizione un po' più precisa – ma, ci tengo a precisare, per nulla originale – che, ho sostenuto, consente di ricostruire nel modo più caritatevole e fedele ciò che Foucault sembra intendere. Ne riassumerò di seguito, in modo molto sintetico, i tratti principali, per poi concentrarmi su un punto specifico, sul quale vertono i rilievi mossi da Spena.

4.1. Nozione di potere

La definizione che ho adottato⁹ – distinguendo, com'è abituale, fra possesso ed esercizio di potere – è la seguente:

Possesso di potere. X ha il potere P di ottenere, attraverso una azione A, uno scopo S (consistente nell'influenzare, in un certo modo, un certo ambito di azioni di un certo individuo o gruppo di individui Y), se (i) X è capace di compiere A; (ii) il compimento di A da parte di X rende probabile S, (iii) X sa, o è almeno capace di capire, (i) e (ii)¹⁰.

Esercizio di potere. X esercita il potere P se, avendo P, fa intenzionalmente A per ottenere S, sapendo e contando sul fatto che il compimento di A rende probabile S.

Sulla base di questa definizione, un qualsiasi potere P è analizzabile nei seguenti elementi (PF § 2.2.3): il “soggetto del potere” X, colui del quale si predica il potere; il “mezzo del potere”, l'azione A attraverso la quale si può ottenere un certo scopo; lo “scopo del potere” S, consistente in una qualche influenza sulle azioni altrui. Lo scopo può essere specificato distinguendo fra

⁹ PF cap. 2 (lo schema di partenza è formulato nel § 2.1, e poi ricalibrato nel corso del capitolo).

¹⁰ Sull'importanza di includere questa componente “cognitiva” nella definizione v. PF § 2.3.2.

“bersaglio”, “ambito” e “modo”: il bersaglio è l’individuo o gruppo di individui Y le cui azioni si intendono influenzare, l’ambito è la classe delle possibili azioni di Y che si intendono influenzare, e il modo è il tipo di influenza che si intende esercitare su quelle azioni (farle accadere o impedirle, renderle possibili o impossibili, controllarne l’esecuzione in modo più o meno dettagliato, ecc.). Un ultimo elemento è costituito dai “fattori del potere”, ossia condizioni rilevanti, inerenti a X, a Y, o alla loro relazione, da cui dipende la sussistenza di P.

Va sottolineato che, così intesa, la nozione di potere ha una connessione concettuale con la razionalità strumentale (PF § 2.3.2). Perché X abbia il potere P, egli deve essere in grado di capire che il compimento di un’azione A è un *buon mezzo* per ottenere S. Perché X eserciti il potere P, egli deve essere guidato da questa comprensione.

Per rendere conto adeguatamente del modo in cui la nozione foucaultiana di potere si è andata disegnando nel corso degli anni, la definizione su proposta va specificata sotto diversi profili. Mi limiterò qui a considerare soltanto quello chiamato in causa in questa discussione.

Foucault, ho sostenuto, ha inteso (o meglio, ha finito per intendere) la nozione di potere in un senso molto ampio, includendovi l’impiego di qualsiasi mezzo in vista di qualsiasi scopo che abbia a che fare con qualsiasi aspetto relativo alle azioni altrui (PF 48-65). Può trattarsi di mezzi che coinvolgono la commissione di azioni, ma anche di mezzi che coinvolgono, o si limitano a, omissioni mirate (PF 57 ss.). Può trattarsi di scopi che comportano il controllo dettagliato delle azioni di un gruppo di soggetti determinati (i movimenti degli operai alla catena di montaggio), l’aumento delle difficoltà che si frappongono a chi vuole compiere una certa azione, l’aumento della frequenza di un’azione in una classe aperta di soggetti (l’incremento percentuale nelle vendite di un prodotto). Può persino trattarsi di scopi che vertono sul modo in cui si affronta una decisione, indipendentemente dal contenuto della stessa (l’apprendimento di una procedura di decisione razionale). Il riferimento alle “azioni” è, in questo senso, molto generico: il potere verte, più che sulle azioni altrui, sugli altri *in quanto* autori di azioni; potremmo dire, sulla “agentività” altrui. Ma anche questa è una cornice troppo stretta, che Foucault tende a travalicare, attraendo nell’orbita del potere anche scopi che coinvolgono aspetti dell’esistenza altrui irriducibili al campo delle azioni, sia pure estensivamente inteso, come la morbidità della popolazione (PF 299 s.).

Uno degli aspetti centrali dell’allargamento della nozione di potere adottata da Foucault riguarda le modalità, conflittuali o meno, dell’influenza esercitata. La nozione di potere che Foucault finisce per abbracciare include infatti sia modalità di influenza che comportano una qualche forma di imposizione (e in particolare di oppressione) sugli altri, sia modalità di influenza che non comportano effetti impositivi o oppressivi. Essa include modalità di influenza che comportano effetti positivi, ottenuti con la collaborazione del bersaglio. La nozione di potere del Foucault pragmatico, ho sostenuto, è in questo senso – diversamente dal Foucault ultra-radicalista – una accezione non “conflittualista”, ma “neutrale” (la neutralità, si badi, sta solo in questo: che gli effetti del potere sul bersaglio non sono necessariamente – per definizione – impositivi, o comunque negativi).

Intesa in modo così ampio, la nozione di potere è perciò stesso pervasiva: include tutte le interazioni sociali intenzionali che raggiungano la soglia (vaga) di probabilità di successo e di razionalità strumentale costitutive del potere.

4.2. Le critiche di Spena

Nel suo contributo, Spena ha mosso una serie di critiche penetranti contro l’asse della mia ricostruzione, il passaggio di Foucault dalla concezione ultra-radicalista alla concezione pragmatica del *pouvoir*. Il bersaglio principale di Spena è proprio la nozione neutrale (nel senso su specificato) di potere. Spena contesta questo aspetto della mia ricostruzione, proponendo un’interpretazione alternativa. Le critiche e le tesi avanzate da Spena sono, in estrema sintesi, le seguenti.

4.2.1. *Nozione agonistica vs nozione neutrale*¹¹. Non è vero che, negli ultimi anni, Foucault si vada orientando verso l'adozione di una nozione di potere neutrale. Il potere, per come inteso da Foucault, non perde mai una connessione concettuale con il conflitto. Il potere è infatti concepito, fino all'ultimo, come una relazione che presuppone un antagonismo di fondo, l'istituzione di una «significativa e durevole asimmetria», in cui qualcuno riesce a imprimere all'azione altrui un certo corso contro resistenze attuali, o quanto meno potenziali. Le relazioni conflittuali in cui il potere consiste sono un tratto ubiquo delle relazioni sociali, ma non sono in sé e per sé qualcosa di negativo. Possono assumere tratti negativi, patologici, nella misura in cui l'asimmetria durevole che esse comportano si irrigidisca, diventi difficile da rovesciare, ovvero implichi una grave compromissione degli interessi del bersaglio (grossomodo, quello che ho chiamato "dominazione"). Ma questo non è un esito necessario. Le relazioni di potere possono anche rimanere mobili, fluide, e non assumere modalità oppressive.

Questa nozione di potere può essere chiamata "agonistica", proprio per enfatizzare la sua connessione con una modalità "leggera" (non stabilmente asimmetrica o intrinsecamente oppressiva) del conflitto – una forma di "competizione". Da questo punto di vista, la nozione agonistica di potere si colloca in una posizione intermedia fra la nozione neutrale e quella conflittualista. A differenza della prima, mantiene un legame concettuale con il conflitto. A differenza della seconda, non si appiattisce sulla dimensione oppressiva del conflitto.

Va sottolineato che l'insistenza sulla relazione *concettuale* fra potere e conflitto è una parte indispensabile dell'argomento di Spena. Come Spena riconosce, infatti, io non ho mai escluso la rilevanza che, nella ricostruzione del pensiero di Foucault, deve essere attribuita al conflitto (e, soprattutto, alle sue derive oppressive; ma su questo Spena dissente, *infra*, § 4.2.2). Quello che ho sostenuto, piuttosto, è che: (a) la nozione di potere che Foucault sviluppa negli ultimi anni non è *concettualmente* vincolata al conflitto – il potere non è, per definizione, imposizione in uno scontro, attuale o potenziale; è invece una nozione molto più lata, che include *anche* forme di influenza non conflittuale; (b) la nozione neutrale del potere può essere utilmente applicata anche all'interpretazione della fase che io ho chiamato "ultra-radical" (quella che va grossomodo dal 1973 al 1977), a patto di riconoscere che, in quegli anni, l'attenzione di Foucault è focalizzata proprio sulle derive conflittuali e, soprattutto, oppressive delle relazioni di potere; sulle forme e sugli schemi di potere che mirano a, o hanno come effetto, la seria compressione degli interessi e/o della libertà del bersaglio; (c) questo focus non si perde mai del tutto, ma si stempera molto nella fase "pragmatica" degli anni successivi.

4.2.2. *Nozione agonistica vs nozione conflittualista*. Non è vero che, come io avrei invece sostenuto, nella fase cruciale fra gli anni 1973 e 1977, Foucault abbia adottato una nozione di potere sbilanciata sugli aspetti oppressivi del conflitto – la nozione che io ho chiamato "conflittualista", cardine della concezione ultra-radical. La concezione ultra-radical del potere è, in realtà, una estremizzazione ingenerosa (una caricatura) del Foucault di quegli anni. Il Foucault ultra-radical non è mai esistito (ecco un altro fantasma, un altro Foucault che «non è mai esistito»). Perché? Perché anche in quella fase, *a ben guardare*, Foucault avrebbe adottato la nozione agonistica del potere, che è significativamente diversa da quella conflittualista che io gli attribuisco. A riprova di ciò, Spena argomenta che, a differenza di quanto io sostengo, già in quegli anni Foucault distingueva chiaramente fra potere e dominazione.

4.2.3. *Continuità vs trasformazione*. Non è vero, dunque, che lo sviluppo temporale del pensiero di Foucault sul potere possa essere catturato nei termini del passaggio da una nozione "conflittualista" di potere (inerente ad una concezione "ultra-radical"), ad una nozione "neutrale" (inerente

¹¹ SPENA 2020, § 4.

ad una concezione “pragmatica”). Il pensiero di Foucault sul potere mantiene una sostanziale omogeneità, costituita dalla persistente adozione della nozione agonistica del potere.

4.2.4. *Irrilevanza della nozione neutrale di potere.* La nozione neutrale di potere è troppo inclusiva per essere rilevante. Il termine “potere” finisce per essere applicabile *quasi* ad ogni interazione sociale, perdendo la sua capacità di scremare fenomeni più rilevanti, come le interazioni conflittuali. Se inoltre, come accade nella concezione pragmatica, la tesi della pervasività del potere è intesa alla luce della nozione neutrale di potere, essa viene svuotata di senso, e ridotta alla considerazione, del tutto ovvia, che la realtà sociale è fatta, in gran parte, di relazioni di influenza intenzionale degli uni sugli altri. Io, concede Spina¹², sarei consapevole di questa conseguenza, e tenterei di salvare la tesi della pervasività del potere assegnandole un valore non informativo, ma euristico: la tesi della pervasività del potere non esprime alcuna teoria sulla realtà sociale, ma semplicemente una prospettiva attraverso cui osservarla. Una prospettiva, io sostengo, utile, perché consentirebbe di rendere salienti forme e circuiti di potere che passerebbero altrimenti inosservate, e che possono condurre a situazioni di dominazione o oppressione. Questo tentativo di salvataggio però, secondo Spina, non ha successo, per due ragioni. Anzitutto, la prospettiva del potere – se il potere è inteso in senso neutrale – non riesce a far vedere nulla più che il fatto, banale (almeno per uno “scienziato sociale”), che le relazioni sociali sono costituite da una rete di interazioni intenzionali. Ma concediamo che, invece, la prospettiva del potere abbia il valore euristico che le attribuisco. Che senso può mai avere applicare questa prospettiva se non un senso “critico” (nel senso di “critica” diffuso nelle scienze sociali a partire almeno dalla Scuola di Francoforte), e cioè quello di rendere visibili situazioni, inavvertite, di dominazione o oppressione? Ma per far ciò, dice Spina, una nozione di potere neutrale non basta. Per cui, a dispetto di ciò che io sostengo, l’interpretazione neutrale del potere disperde il potenziale critico del discorso di Foucault¹³.

4.3. *Repliche a Spina*

Spina è riuscito a cogliere con acume uno dei punti della mia ricostruzione più indigesti per una vasta categoria di lettori di Foucault. Ammiro l’abilità con cui ha sviluppato, in poche pagine, i suoi argomenti, e lo ringrazio per l’occasione di discussione che in questo modo mi offre. L’interpretazione agonistica della nozione foucaultiana di potere che egli propone non è affatto implausibile¹⁴. Essa, anzitutto, fa valere una distinzione molto sensata, da un lato, fra una dimensione “pesante” del conflitto, in cui soccombere comporta di subire qualcosa che (almeno nella prospettiva della parte soccombente) è un grave svantaggio, o una grave compressione della propria libertà – comporta, in particolare, una situazione di oppressione o di dominazione¹⁵ –, e, d’altro lato, una dimensione più “leggera” del conflitto, in cui soccombere non comporta alcun grave svantaggio o grave compressione di libertà. In questa seconda accezione, il conflitto non è

¹² SPINA 2020, 240.

¹³ SPINA 2020, § 3.1.

¹⁴ Non è nemmeno un’interpretazione insolita, nel variegato panorama della letteratura su Foucault e il potere. Il suo sviluppo più organico a me noto si trova in KELLY 2014.

¹⁵ È necessaria qualche precisazione sui termini. Ho usato il termine “oppressione” come termine generico, che include qualsiasi situazione di seria compressione di interessi e/o libertà. Il conflitto ha una dimensione oppressiva quando mira a, o avrebbe, conseguenze oppressive per una delle parti. Tipicamente: X tenta di far fare a Y qualcosa che lui rifiuta o rifiuterebbe assolutamente di fare, o qualcosa per lui è fortemente svantaggiosa. La dominazione è invece un assetto complessivo dei rapporti tra X e Y tale che, *in un certo ambito*, X ha più potere di Y, e Y si trova in una condizione di oppressione. Nella nozione conflittualista, che ho ascripto al Foucault ultra-radical, il potere è concettualmente legato al conflitto, e il conflitto tende ad essere inteso come mirante o tendente a oppressione o dominazione; ma non è concettualmente legato al successo di questi tentativi, né all’instaurazione di dominazioni *complessive*, che attraversino omogeneamente ogni aspetto del corpo sociale. Lo preciso perché, a tratti, SPINA (2020, 5) sembra attribuirmi proprio questa tesi.

un tratto patologico, ma fisiologico (e spesso anche positivo) di quasi ogni relazione sociale. Insistendo su questa differenza, Spena riesce a tracciare una nozione di potere che – almeno sotto una certa interpretazione, *infra*, § 4.3.1. – è ben determinata, intelligibile, e alternativa rispetto a quella neutrale e a quella conflittualista. L'interpretazione di Foucault nelle linee della nozione agonistica, inoltre, rispecchia bene l'insistenza del tardo Foucault sulla dimensione più leggera del conflitto. Non credo mi si possa rimproverare di avere obliato l'uno¹⁶ o l'altro aspetto¹⁷. Ma non ne ho tratto, e continuo a non trarne, le conclusioni interpretative che Spena ne trae. Al contrario, ritengo che tutte le sue tesi vadano respinte, e continuo a credere che l'interpretazione pragmatica sia da preferire perché è, *nel complesso*, più fedele ai testi, e più caritatevole. Proverò a sostenere con argomenti queste convinzioni, affrontando una per una le critiche e le tesi di Spena. Dedicherò molto spazio alla prima critica, non solo perché è quella centrale nell'argomentazione di Spena, ma anche perché è rivelativa del ginepraio concettuale costituito dal concetto di potere, anche al di là del disordinato giardino foucaultiano.

4.3.1. Il prototipo centrale del “conflitto”, e della “resistenza” e “asimmetria” ad esso inerenti (o, quanto meno, del tipo di conflitto rilevante per accezioni del potere come influenza *intenzionale* sull'azione altrui), è costituito dalla seguente situazione: X vuole, e tenta di far sì, che Y faccia A, mentre invece Y non vuole fare A, e si oppone al tentativo di X. I termini “conflitto” e “resistenza” si applicano a questa situazione nel loro significato più ovvio e immediato: c'è uno scontro di volontà e di azioni, il tentativo dell'uno di imporre all'altro un corso di azione, e il tentativo dell'altro di sottrarsi all'imposizione. In modo altrettanto ovvio e immediato si applica l'idea che, qui, sia in gioco l'istituzione di una “asimmetria”: se X ha successo, si troverà in una posizione di supremazia¹⁸. Avrà *vinto*, mentre Y avrà *perso*¹⁹. Rispetto a casi del genere, la nozione

¹⁶ La nozione conflittualista – con riferimento in genere alla letteratura sul potere, e non specificamente a Foucault – è espressamente costruita in modo da abbracciare sia la dimensione “pesante” del conflitto, che quella “leggera”. Si vedano ad es. PF 42 (il potere «non necessariamente comporta la [...] oppressione [del bersaglio], o una asimmetria per lui svantaggiosa»); 43 (per la nozione conflittualista «il potere è *imposizione in un conflitto*, esplicito o latente; esercitare potere significa vincere, o comunque trovarsi in una posizione di vantaggio, subire potere significa *perdere*, o comunque trovarsi in posizione di svantaggio»). Sul modo in cui ho inteso la declinazione della concezione conflittualista nel Foucault “ultra-radical” v. *infra*, nt. 33.

¹⁷ V. soprattutto PF 45, nt. 34, e 47 s. (sul graduale svaporamento del conflitto e della resistenza); 170, nt. 35 (sulla dimensione creativa della “lotta”).

¹⁸ La asimmetria non è necessariamente “durevole”, a differenza di quanto dice Spena. Ci sono istanze chiare di potere in senso conflittuale in cui il soggetto mira a modificare una singola azione del bersaglio, compiuta nell'immediato futuro (“dammi il portafoglio!”). Questo punto però non è particolarmente importante, perché il riferimento alla “durata” può essere eliminato senza con ciò intaccare l'argomento di Spena.

¹⁹ Sembra questa la nozione di asimmetria rilevante per Spena, in quanto concettualmente connessa al conflitto. In un conflitto, almeno una delle parti mira ad instaurare una situazione asimmetrica quanto meno in un senso minimo: *vincere*. Sulla base della nozione neutrale, invece, il potere non è necessariamente asimmetrico in questo senso. Posso cioè darsi situazioni, configurabili come potere, che non sono descrivibili come “vittoria” (o tentativo di vittoria) dell'uno sull'altro. È corretto ascrivere questa tesi, anche se non l'ho espressa in termini di “asimmetria”. In effetti, nel dire che, nell'accezione neutrale, il potere non è necessariamente asimmetrico, intendevo dire una cosa diversa (sulla quale Spena non si sofferma, e che può, credo, concedere): che possono darsi, e tipicamente si danno, rapporti di potere – fasci di relazioni di potere – *reciproci*, anche in uno stesso ambito (X ha potere su Y e Y ha potere su X), e che questi rapporti possono anche non essere squilibrati a favore dell'uno (il grado del potere di X su Y può essere grossomodo equivalente al grado del potere di Y su X). L'esempio che ho fatto – intuitivo, e conforme all'uso comune dei termini – è quello di una condizione di equilibrio nel potere negoziale reciproco. Non ho invece voluto dire che la struttura interna di una relazione di potere non sia asimmetrica, unidirezionale. Ovviamente lo è. Dire che X ha potere su Y *non implica* dire che Y ha potere su X. La relazione di vicinanza è, invece, una relazione simmetrica: dire che X è vicino a Y *implica* dire che Y è vicino a X. Dovrebbe essere una precisazione superflua, ma quando si parla di potere scattano, come vedremo fra breve, trasformazioni retoriche ingestibili, ed è meglio essere cauti. Si rischia a ogni passo che qualcuno obietti che, siccome l'aver potere è una relazione asimmetrica come lo stare sopra, allora il potere è concettualmente connesso alla supremazia, e quindi all'imposizione in un conflitto.

agonistica risulta perfettamente intelligibile, determinata, e chiaramente distinta sia dalla nozione neutrale (non ogni influenza intenzionale conta come imposizione) che da quella conflittualista (non ogni imposizione comporta una asimmetria rigida o oppressiva: il conflitto può avere anche una bassa intensità, più quella di una competizione sportiva che quella di una lotta all'ultimo sangue). In questi casi vi è, inoltre, una connessione strettissima, concettuale, fra i tre termini chiave della nozione agonistica: conflitto, resistenza, asimmetria.

La nozione agonistica, e il suo linguaggio, continuano ad essere perfettamente adeguati a rappresentare anche casi significativamente diversi: X vuole e tenta di far sì che Y faccia A; Y non vuole fare A, ma cede a quella che avverte come un'imposizione. Qui lo scontro aperto manca, e manca una resistenza attuale. Eppure, non facciamo un uso metaforico del termine se descriviamo questa situazione come un "conflitto", in cui qualcuno tenta di, e riesce a, imporsi su qualcun altro – ciò sia nel caso in cui Y abbia una forte disposizione a resistere (nel senso prototipico di "resistenza" indicato sopra), qualora le circostanze dovessero essere più favorevoli, sia nel caso in cui, invece, questa disposizione non vi sia. In questa classe di situazioni, infatti, permane un tratto cruciale del prototipo iniziale, lo scontro di volontà, seppure non di azioni: Y *non vuole* agire come X vuole che lui agisca. E proprio per questo permane anche l'asimmetria: X ha vinto, mentre Y ha perso.

Spena però non si ferma qui. Nell'ultimo esempio, la resistenza era potenziale, ma il conflitto (inteso come scontro, o competizione, di volontà) e la asimmetria ad esso sottesa erano invece *attuali*. Spena però allarga la nozione agonistica di potere al di là dei casi di conflitto attuale, giù per l'accidentato burrone della «mera potenzialità»²⁰. In questo processo, si va, da un lato, facendo sempre più tenue il legame con il prototipo iniziale, sui cui riposa la forza e il senso della nozione agonistica. D'altro lato, i termini "conflitto", "resistenza", e "asimmetria" tendono ad acquisire un significato traslato, ben diverso da quello iniziale. Conseguentemente, tende a cambiare il senso e la portata della connessione concettuale della nozione agonistica con il conflitto, la resistenza, la asimmetria. La nozione si annacqua, e la sua differenza con la nozione neutrale tende a sfumarsi fino a diventare, sempre che ne sopravviva qualcosa, irrilevante.

Così, la "potenzialità" del conflitto e della resistenza può finire per indicare il fatto che, se Y oggi accetta l'influenza di X senza avvertirla come imposizione (nel senso che, oggi, è ben contento di fare quello che X vuole e tenta di far sì che lui faccia), domani potrebbe invece rifiutarla come tale. Oppure il fatto che l'influenza non impositiva che oggi X esercita, domani potrebbe diventare condizione di possibilità per un'influenza impositiva. Ma se la connessione necessaria fra potere e conflitto si allargasse fino a questo punto, a cosa si sarebbe ridotta la pretesa differenza fra nozione neutrale e la nozione agonistica? Qualsiasi influenza che per la prima è neutrale perché *oggi non comporta conflitto*, per la seconda sarebbe agonistica perché *domani può comportare conflitto*.

Così, si può finire per usare il lessico della nozione agonistica per esprimere alcuni fatti innegabili: il fatto che chi cerca di influenzare l'azione altrui cerca (spesso, ma, come vedremo, non sempre) di modificarne il corso, e il fatto che l'azione altrui (come qualsiasi altra porzione di realtà) ha delle inerzie che tracciano insieme limiti e punti d'appoggio per chi tenta di influenzarla. Così, posso dire che chi esercita potere tenta di "imporre" alla realtà (anche a quella inanimata!) il corso da lui voluto. Posso dire che la realtà (anche quella inanimata!) "si sottrae" e "resiste" a questo tentativo di manipolazione. Posso dire che, nell'esercitare la nostra intelligenza alla ricerca di modi per "aver presa" sulla realtà (ancora, anche quella inanimata!), instauriamo un rapporto di "competizione" con le "resistenze" che essa ci oppone. Se la connessione concettuale del potere con il conflitto e la resistenza è intesa in questo modo, la concezione neutrale non ha nessuna difficoltà a concederla: essa è diventata nulla più che un modo, metaforico, per esprimere ciò che è

²⁰ SPENA 2020, 245.

proprio di ogni azione²¹. (La cosa veramente interessante è che queste metafore *funzionano*, e funzionano particolarmente bene. Ma su questo punto tornerò più avanti.)

Per evitare di incorrere in questo tipo di derive, Spena dovrebbe rinunciare a formule vaghe come “potenzialità” del conflitto, o a usi metaforici del lessico della nozione agonista. Dovrebbe, invece, sforzarsi di limitarne il campo in modo da mantenerla sufficientemente prossima ai casi prototipici di conflitto sui quali essa è costruita, e dai quali dipende la sua intelligibilità, sensatezza e specificità. Farlo non è impossibile, al contrario, è facilissimo. Quello che non è invece affatto facile è farlo senza al contempo escludere dal campo della nozione forme di influenza che un’interpretazione caritatevole di Foucault deve, invece, includere.

Prendiamo per esempio, da un passo citato da Spena, alcuni dei verbi con cui Foucault esprime i molti modi di operare del potere (la sua multiformità): «il incite, il induit, il détourne, il facilite ou rend plus difficile, il élargit ou il limite, il rend plus ou moins probable»²². Qui non soltanto non c’è un lessico agonista, ma c’è un verbo, “facilitare”, che, al contrario, suggerisce proprio un’interpretazione non agonista: *rendere più facile a qualcuno fare qualcosa che vuole fare, ottenere qualcosa che vuole ottenere*. Dov’è qui il conflitto? Prendiamo ancora un altro passo citato da Spena: «[j]e ne vois pas où est le mal dans la pratique de quelqu’un qui, dans un jeu de vérité donné, sachant plus qu’un autre, lui dit ce qu’il faut faire, lui apprend, lui transmet un savoir, lui communique des techniques»²³. La descrizione della pratica pedagogica, qui, è incentrata proprio sugli aspetti meno conflittuali, più comunicativi. Non c’è niente (se non l’inerzia dei nostri prototipi, ossia le memorie dei banchi di scuola) che spinga a intendere la descrizione come riferita ad una pratica pedagogica svolta nel contesto di rapporti dagli inevitabili connotati agonistici, come quello del maestro di scuola con i suoi alunni o anche, nel bell’esempio che fa Spena, dei genitori con i figli. È una descrizione che si attaglia perfettamente anche a rapporti cooperativi, e per nulla conflittuali, come quello fra me e la mia insegnante di inglese. Prendiamo l’importantissima intuizione di Foucault del fatto che si possa orientare l’azione altrui con mirate *omissioni*, costitutive di quella forma di potere che io ho chiamato “inattivo”, «[basato su un nuovo tipo di calcolo, il cui principio è] j’accepte, je veux, je projette, je calcul qu’il ne faut pas toucher» (corsivo mio)²⁴. Dov’è qui il conflitto? Prendiamo, ancora, una politica sanitaria volta a ridurre la morbilità di una certa patologia rendendo accessibile (ma non obbligatorio) un vaccino. Credo che un’interpretazione di Foucault che escludesse questa azione dal campo del potere perderebbe di vista qualcosa di fondamentale. Ma dov’è il conflitto? Ancora un esempio. Il mio potere non è recintato, e molto spesso i viandanti lo attraversano, calpestando piante e fiori. Traccio allora un viottolo, che non rende la strada né più lunga né più accidentata, ma che, semplicemente, *attira* i viandanti sul suo corso. Io credo che Foucault considererebbe questa strategia una forma di potere, e credo che l’attenzione verso questo tipo di forme di potere sia uno dei meriti principali della sua indagine. Ma dov’è qui il conflitto? (Questo esempio non è casuale: la mia micro-operazione architettonica è proprio una istanza di *nudge*.)

Si potrebbe provare a riconnettere tutti questi casi al conflitto dicendo che essi contano come potere nella misura in cui sono orientati *contro* gli interessi del bersaglio. Ma adottare questa soluzione significherebbe, anzitutto, inclinare verso l’interpretazione conflittualista che – Spena concorda pienamente almeno su questo – non è compatibile con gli sviluppi tardi della nozione foucaultiana di potere («[l]e pouvoir n’est pas le mal»)²⁵. Ma, soprattutto, significherebbe oscurare la *continuità tecnica* tra istanze di influenza conflittuale e non: la micro-operazione architettonica sul potere di cui so-

²¹ Il rapporto potere-resistenza nel pensiero di Foucault attraversa precisamente questa trasformazione metaforica (PF 45, nt. 34, e 47 s.).

²² FOUCAULT 2001b [1982], 1055.

²³ FOUCAULT 2001b [1984], 1546.

²⁴ FOUCAULT 2004b [1978-79], 23. V. PF 57 ss.

²⁵ FOUCAULT 2001b [1984], 1546.

pra realizza una forma di influenza che fa leva *sullo stesso mezzo* su cui fanno leva tecniche di marketing volte a spacciare prodotti scadenti a prezzi non convenienti, mettendoli nello scaffale che attira di più la nostra attenzione.

Si potrebbe insistere sul fatto che, anche se in quell'istanza non c'è conflitto, quella modalità di influenza *può essere impiegata* in modo conflittuale in un'istanza diversa. C'è qualcosa, nella sua struttura, che la rende *impiegabile* (anche se non è attualmente impiegata) in un conflitto. E costituiscono potere, si potrebbe dire, solo quelle forme di influenza che, in virtù della loro struttura, *possono* essere impiegate in modo conflittuale. (La “mera potenzialità” del conflitto colpisce ancora.) Ebbene, *tutto* può essere impiegato in modo conflittuale. Pensate all'esempio di Spena di una forma totalmente innocua di influenza, quella esercitata da chi saluta qualcuno per ottenere la sua risposta: una forma di influenza la cui struttura riposa sull'esistenza della regola convenzionale per cui si risponde al saluto. Basta cambiare le circostanze, e questa stessa struttura di influenza perderà la sua innocuità: incontro in pubblico qualcuno che ha del rancore verso di me, e lo saluto per indurlo a rispondermi cortesemente, sapendo che è l'ultima cosa che vorrebbe fare. L'insistenza sul fatto che *tutto* può essere impiegato in modo conflittuale – e che dunque il *rischio* del conflitto sia inerente a ogni forma di interazione sociale – è proprio nello spirito di Foucault (PF 47). Ma questo tipo di “potenzialità” del conflitto non è affatto incompatibile con la nozione neutrale di potere, perché, come ho già spiegato, non comporta una connessione concettuale fra potere e conflitto che questa non possa riconoscere.

Si potrebbe cercare di porre una deriva alla indeterminata estensione della “mera potenzialità” del conflitto ancorandosi alla sua “probabilità”. L'influenza è potere non se sottende un conflitto meramente potenziale, bensì un conflitto “sufficientemente probabile”. Ma questa soluzione comporta che, se X dispone di una tecnica di influenza così efficace da rendere il conflitto estremamente improbabile (il bersaglio interiorizza il modello d'azione proposto, lo fa suo, anche se gli è stato intenzionalmente inculcato da un altro), allora questa influenza non sarebbe potere. Non ha più senso dire, e non è molto più coerente con l'andamento del pensiero di Foucault, che qui è in gioco una forma *più razionale ed efficace* di potere? E che qui c'è dunque, in un senso rilevante, *più potere*?

Ancora, si potrebbe sostenere che il campo del potere finisca laddove iniziano interazioni intenzionali basate sulla cooperazione razionale – interazioni nelle quali, cioè, si tenta sì di influenzare l'azione altrui, ma fornendo ragioni, e non, direbbero alcuni, influenzandola causalmente. Non riesco a immaginare nulla di più lontano dallo spirito di Foucault²⁶. (E dalla lettera di alcuni passi: si veda la descrizione, proposta sopra, dei poteri che attraversano la pratica dell'insegnamento e, soprattutto, l'interpretazione della *parrësia*²⁷.)

Da tutto questo, io traggio la seguente conclusione. *Pace* Spena, l'interpretazione neutrale rende conto dell'immenso allargamento che la nozione di potere subisce nello sviluppo del pensiero di Foucault in modo nettamente superiore rispetto a quanto non faccia l'interpretazione agonistica.

Questo non significa però, lo ribadisco, che gli argomenti di Spena siano campati in aria. Al contrario, essi rispecchiano bene diversi aspetti del discorso di Foucault. Il problema è che non ne rispettano altri che sono, mi sembra, ben più importanti. L'uso che Foucault fa del termine “pouvoir” (e di altri termini connessi), semplicemente, non è congruente. Per dirla con Nancy Fraser, «[t]he problem is that Foucault calls too many different sorts of things power»²⁸. Che fare davanti a queste incongruenze? Una alternativa è limitarsi a registrarle, e magari unirsi al coro dei detrattori che hanno facile gioco nel liquidare la concezione di potere di Foucault come irrimediabilmente confusa e contraddittoria. Un'altra alternativa è provare a mostrare come l'incongruenza sia solo l'effetto di superficie della lenta, e in gran parte implicita, maturazione e trasformazione

²⁶ Si veda soprattutto la polemica, per lo più indiretta, con Habermas (su cui PF 83 s., nt. 104).

²⁷ Su questa interpretazione nel contesto della dilatazione della sua nozione di potere v. PF § 2.3.7.

²⁸ FRASER 1981, 286.

delle sue idee. La relazione tra potere e conflitto, che prima era (forse) concettuale, attraversando la ridda di trasformazioni analogiche, metaforiche, metonimiche della “conflittualità” del potere schizzate sopra, e riecheggiate nelle pagine di Spena, si fa sempre più flebile fino a sparire del tutto nel modo in cui la nozione di potere è usata, pur resistendo ancora in certi esempi e nella scelta di certi termini (PF 45 s., nt. 34, e 47 s.). La trasformazione della nozione di potere avviene parallelamente a, e coerentemente con, uno spostamento del fuoco dell’attenzione. Se prima quello che contava di più nella nozione di potere erano proprio i suoi aspetti conflittuali, adesso quello che conta di più è il fatto che nel suo campo, quello dell’influenza sull’azione altrui, emergono delle forme specifiche di razionalità strumentale, diverse da quelle che entrano in gioco nei rapporti pragmatici con le cose e con sé stessi²⁹. Una concezione pragmatica del potere.

Questo è, a mio giudizio, il punto fondamentale. Quello su cui l’attenzione di Foucault si va centrando in modo sempre più esplicito è l’assunzione di una *prospettiva di razionalità strumentale rispetto all’azione altrui*. È proprio questo il nocciolo dell’idea della pervasività del potere, per come viene progressivamente messa a fuoco: che la prospettiva di chi modella la propria azione ragionando in funzione degli effetti che intende produrre sulle azioni altrui è immanente a qualsiasi relazione sociale, anche le più altruistiche³⁰, e pervade di sé moltissimi aspetti dell’agire “comunicativo”. Insistendo sul fatto che il potere non è in sé e per sé un male, Foucault intende probabilmente dire *anche* che possono darsi forme di conflitto “leggere”, fisiologiche, positive, ma intende dire *soprattutto* che la razionalità strumentale (e, dunque, la *tecnica*), che sia diretta agli altri, o alla natura, o a sé stessi, non è di per sé un male. In questa piccola ovvietà, sta tutto il rapporto, e la distanza, fra Foucault e la tradizione della Scuola di Francoforte, da Adorno ed Horkheimer ad Habermas. L’interpretazione agonista, a mio parere, fallisce non soltanto perché non riesce a dare sufficientemente conto del modo amplissimo in cui Foucault declina la nozione di potere, ma soprattutto perché ne oscura quello che va emergendo come aspetto centrale: la razionalità strumentale, applicata all’influenza sugli altri³¹.

Vorrei affrontare un’ultima questione. Al di là dell’interpretazione di Foucault, la tesi per cui il potere ha, per definizione, un legame con il conflitto ci sembra irresistibilmente vera. Nello stesso tempo, non ci risulta per nulla assurdo qualificare come potere forme di influenza che non tenderemmo intuitivamente a considerare come casi di conflitto. Ma soprattutto, e questa è la cosa più strana, metafore e analogie che estendono la nozione di conflitto, e tutto il vocabolario connesso, fino a coprire pressoché *qualsiasi* influenza funzionano con straordinaria fluidità. Cominciamo ad usare i termini in un modo, e, attraverso una serie di passaggi che percepiamo come corretti e ovvi, ci troviamo ad usarli in un modo completamente diverso. Gli effetti possono essere bislacchi. Un paio di anni fa, in un esercizio dialettico condotto in una mia classe, uno studente, che difendeva accanitamente la connessione concettuale del potere con il conflitto, ha finito per sostenere – fra le risatine dei colleghi – che ogni volta che lui stesso aveva dato in buona fede un consiglio disinteressato ad un amico sapendo che probabilmente l’avrebbe seguito, e sperando che lo seguisse (potere, nell’accezione neutrale), egli aveva comunque tentato di *imporsi* sull’amico (potere, nell’accezione agonistica), comprimendo in modo inaccettabile la sua libertà (potere, nell’accezione conflittualista). Questi frullatori dialettici sono ben noti ai filosofi che discutono di libertà. Una spiegazione possibile (e intrigante) è questa: la applicazione di *forza fisica* (muscolare) è il prototipo profondo (*embodied?*) sul quale è costruita, prima ancora della

²⁹ Cfr. soprattutto FOUCAULT 2001b [1984], 1395.

³⁰ A volte, l’assunzione di una simile prospettiva può costituire la condizione per una efficace *cura* degli altri. Si pensi, ad esempio, alle tecniche comunicative da cui spesso cercano di farsi guidare i medici nel trasmettere una diagnosi infausta, per riuscire al tempo stesso a non mentire, ma a stimolare l’ottimismo e le reazioni del paziente. Sono convinto che queste sarebbero, per Foucault, tecniche di potere. È al riguardo rivelativo il modo in cui egli ha trattato la *parrēsia* (PF § 2.3.7).

³¹ Questo è uno degli assi fondamentali del nesso potere-sapere (PF § 2.3.8).

nozione di potere, la nozione di *causa*. La causa è una *forza*, e il potere è una *forza sugli altri*. Per quanto l'evoluzione dei concetti vada seppellendo questi prototipi sotto innumerevoli stratificazioni di altre proprietà rilevanti, che allargano la nozione di causa e quella di potere includendo condizionalità molto più complesse³², essi però non scompaiono, e continuano ad operare nel rivestire di plausibilità analogie che, ad un altro livello, ci appaiono fuorvianti, se non assurde.

Foucault è stato un maestro nello sfruttare questi effetti del linguaggio. Sono però un'arma a doppio taglio. Da un lato, aumentano il senso di comprensibilità e di fluidità, e accendono facilmente l'interesse. D'altro lato, quando il discorso ambisce ad una maggiore precisione, fanno incorrere in incongruenze. Io credo che Foucault perderebbe molto senza la sua retorica (anche se a volte la trovo insopportabile). Ma credo che perda molto anche *a causa* della sua retorica. Ciò che ho sperato di costruire nel libro è, perciò, non una introduzione ma una *estroduzione* (rubo questa espressione al mio amico Mauro Pezzini): una irreggimentazione del suo discorso che ne sorveglia e neutralizza la retorica, ma che entra in gioco solo dopo che, attraverso la lettura diretta dei testi, la retorica ha fatto il suo lavoro.

4.3.2. La seconda e la terza critica di Spena sono molto più semplici da affrontare. Credo di essere stato abbastanza accorto nel mantenere aperta la possibilità che la concezione ultra-radiale rispecchi la retorica, ma non il senso, del discorso foucaultiano della metà degli anni settanta³³. Sono perciò perfettamente disposto a concedere, qui come nel libro, che, *nel fondo*, il pensiero di Foucault sia più continuo di quanto non appaia. Del resto, l'esistenza di una continuità di fondo è la condizione necessaria per usare la concezione pragmatica come chiave interpretativa del discorso precedente alla sua formulazione! Mi sembra che però Spena sottovaluti quanto sia spessa la coltre della retorica ultra-radiale. Su questo, i testi non stanno affatto dalla sua parte. Il potere è presentato, in più istanze, in apparente connessione concettuale con conflitti tutt'altro che "agonistici", e non è chiaramente distinto da dominazione, oppressione, assoggettamento³⁴. Non si può negare che la concezione ultra-radiale costituisca l'interpretazione più immediata, la più letterale, di questi reperti testuali. Questo non impedisce, d'altra parte, di affermare che: (i) l'interpretazione ultra-radiale non coglie le idee di Foucault *per come si vanno successivamente sistemando*; (ii) il Foucault ultra-radiale è sufficientemente ambiguo da permettere una interpretazione retrospettiva che renda il suo pensiero continuo nello schema concettuale di fondo, anche se discontinuo negli aspetti che ne sono enfatizzati. Se la continuità è intesa in questo senso

³² V. su questo punto, sia pur sinteticamente, PF 88 ss.

³³ V. ad es. PF 11 (la concezione ultra-radiale è «[l']interpretazione che più naturalmente emerge dalla retorica iperbolica dei testi foucaultiani fino ai tardi anni settanta»); 21 s. (l'aggiustamento della nozione di potere nel senso neutrale può essere sia una «chiarificazione retrospettiva» che una «implicita, recalcitrante correzione»); 44 («negli scritti del 1973-77, egli *mostra* [corsivo aggiunto] di intendere il potere in accezione conflittualista»), 167 (Foucault «sembra orientarsi» verso la concezione ultra-radiale). Ho voluto anche lasciare aperta la possibilità che la nozione di potere di Foucault oscillasse verso la forma di conflittualismo debole ipotizzata da Spena: «siamo ormai lontanissimi dall'accezione conflittualista del potere come lotta, sopraffazione, oppressione, o anche solo come *prevalenza o supremazia*» (PF 65, corsivo aggiunto).

³⁴ FOUCAULT 2001a [1973], 1418 («les hommes entre eux se haïssent, luttent, cherchent à se dominer les uns les autres, veulent exercer, les uns sur les autres, des relations de pouvoir»); FOUCAULT 2001b [1976], 152 («le pouvoir n'est-il pas simplement une domination de type guerrier?»); FOUCAULT 2001b [1976], 1005 («[p]ouvoirs, cela veut dire des formes de domination, des formes de sujétion»); FOUCAULT 2001b [1977], 304 («les relations de pouvoir sont un rapport de forces inégalitaire et relativement stabilisé, [...]»). V., in genere, tutti i riferimenti alla concettualizzazione del potere secondo lo schema "guerre-répression". V. soprattutto i prototipi di potere che Foucault prende in considerazione in quegli anni, enfatizzandone sempre aspetti oppressivi. Non ho invece attribuito al Foucault ultra-radiale – a differenza di quanto sembra pensare Spena – la tesi che le relazioni di potere tendano a strutturarsi nei termini di una distinzione massiccia e univoca fra dominanti e dominati. Ho ascritto a Foucault, anche a quello ultra-radiale, la tesi opposta, che ho chiamato "micro-pluralismo del potere" (PF 138 ss.; v. anche 43, nt. 29). Proprio per questo, nel ridefinire la nozione di dominazione, l'ho riferita a *ambiti* di relazione (X può dominare su Y in un certo ambito, e non in un altro).

più debole, sono perfettamente d'accordo, ed è quello che ho sostenuto nel libro: il pensiero di Foucault è, nelle sue direttrici di fondo, continuo³⁵.

4.3.3. Secondo Spena, la nozione neutrale di potere è troppo inclusiva per essere rilevante: in base ad essa, ricadrebbero nel campo del potere non solo interazioni intenzionali significative, ma anche interazioni di interesse scarso o nullo. Questa inclusività, sembra sostenere Spena, non solo non è adeguata a dar conto del pensiero di Foucault, ma è in sé e per sé un difetto. Una nozione di potere così inclusiva, inoltre, risulterebbe inutile per lo “scienziato sociale”, perché non sarebbe altro che un doppione di una nozione già posseduta: quella di interazione intenzionale.

Anzitutto, alcune repliche semplici. (a) Se la larga inclusività è un difetto, ne è affetta anche la nozione agonistica di Spena: in base ad essa, ricadono nel campo del potere anche conflitti di interesse scarso o nullo, come le strategie dei vicini di casa per accaparrarsi per primi l'ascensore al mattino. (b) La nozione di potere non è esattamente una duplicazione della nozione di interazione sociale, in quanto si riferisce alla *probabilità di successo* – che, per come declinata da Foucault, include una qualche razionalità strumentale – di azioni dirette a influenzare l'azione altrui. (c) La nozione neutrale di potere è diffusissima. Lo era già all'epoca di Foucault, ma oggi è, probabilmente, maggioritaria. Rinvio sul punto alla letteratura citata nel libro³⁶. (d) Infine, se la larga inclusività fosse un difetto, non sarebbe certamente un difetto grave: nulla impedirebbe di discriminare fra poteri più o meno significativi.

Quest'ultimo punto richiede un approfondimento. Si può sensatamente discutere sull'opportunità di ritoccare la nozione neutrale di potere prevedendo una soglia di rilevanza, che ascriva all'area del potere soltanto capacità di influenza intenzionale sufficientemente significative, sulla base di un indice di significatività che non riguarda la questione del conflitto. Ad esempio, una soglia di rilevanza coerente con l'attenzione di Foucault verso l'aspetto della razionalità strumentale potrebbe riguardare la *difficoltà* nell'ottenere l'influenza. L'area del potere comincerebbe là dove l'influenza superi una qualche soglia di difficoltà (una “resistenza” nel senso metaforico dell'espressione), rispetto ad uno standard presupposto di “facilità normale”. Questa correzione, si badi, non darebbe ragione a Spena: continueremmo infatti a trovarci di fronte ad una nozione neutrale di potere, nel senso in cui ho usato l'attributo “neutrale”. Si tratterebbe dunque, dal mio punto di vista, di una correzione poco rilevante.

Credo però che sarebbe anche una correzione poco opportuna, perché oscurerebbe un tratto importante del funzionamento della nozione di potere, sia nell'uso comune che nel discorso di Foucault. Faccio un esempio, riferito ad un potere “sulle cose”. La capacità di accendere la luce premendo un interruttore è, nel nostro contesto, una capacità del tutto ovvia, che non supera nessuna soglia di difficoltà. Eppure, risulta appropriato l'uso del termine “potere” in un discorso di questo tipo: “Accendere la luce sembra una cosa ovvia, ma guarda che straordinario *potere* di controllo delle forze naturali che questa azione suppone: la comprensione di un aspetto del mondo fisico, l'energia elettrica, ha messo in condizione di realizzare un circuito [o “dispositivo”: Foucault pensava proprio a strutture del genere, ma relative al potere sugli altri, quando ha adottato il termine “dispositif”] attraverso il quale chiunque ha il *potere* di controllare l'energia elettrica per illuminare la stanza (e fare tante altre cose) attraverso un'azione semplicissima”.

³⁵ In questa continuità di fondo, la nozione “agonistica” identificata da Spena fa da *snodo* fra l'enfasi conflittualista dei primi anni, e il progressivo allargamento verso l'inclusione di forme di influenza non conflittuale. Questo ruolo si vede bene in *The Subject and the Power* (PF 45 s., nt. 34, e 46 s.). Una nota a margine. La maggioranza dei commentatori concordano sul fatto che, alla fine degli anni Settanta, vi sia stata una svolta nella concezione del potere adottata da Foucault, con l'abbandono dello schema “guerre-répression” (quello che io chiamo “nozione conflittualista”) – secondo alcuni è una modifica sostanziale, secondo altri (ad es. KELLY 2014) solo retorica. Ma, fra i commentatori a me noti, solo PATTON (2014) riconosce chiaramente che ciò che c'è in ballo qui è il passaggio ad una nozione non conflittualista di potere.

³⁶ PF 44, nt. 31; v. anche 19, nt. 1.

Non abbiamo qui, mi sembra, l'impressione di usare in senso metaforico il termine "potere". Perché? Perché stiamo guardando uno scopo, per noi facile da raggiungere, *in una prospettiva di difficoltà*: rendendo salienti le strutture, per nulla ovvie, da cui dipende la facilità del suo raggiungimento. Attraverso questa prospettiva, rendiamo visibile una tecnica sottostante, che abilita poteri che, nel loro funzionamento, non hanno più bisogno delle conoscenze su cui la tecnica riposava – almeno fino a che il circuito non si rompe, e non abbiamo bisogno dell'elettricista.

Il senso di una nozione di potere che non ponga una soglia di rilevanza è proprio quello di attrarre l'attenzione sull'ovvio, sul "facile", mettendolo in questione, e illuminandone aspetti prima non avvertiti. Mostrare ad esempio come poteri ovvi poggino, in moltissimi casi, su condizioni di possibilità ("fattori del potere") che, seppur date per scontate, non sono né ovvie né necessarie, ma del tutto contingenti e mutevoli; come forme di potere che trattiamo come ovvie e naturali abbiano invece una storia che è, spesso, la storia della *invenzione di tecniche di potere* (qualcuno ha concepito un modo innovativo per influenzare l'azione altrui, e questo modo è poi divenuto di pubblico dominio, si è trasformato in una abilità diffusa, e non lo si nota più); come poteri triviali e innocui si colleghino in strutture e diventino la condizione di possibilità di poteri niente affatto innocui; o ancora, come poteri triviali e innocui possano rendere manifesta e intelligibile la struttura di poteri niente affatto innocui. Così, ci si può improvvisamente rendere conto che la disposizione delle sedie rispetto alla cattedra nelle aule di scuola risponda ad un disegno preciso che condiziona a fondo la struttura del potere didattico esercitato dal docente; ci si può rendere conto di come quel disegno si inserisca in un disegno più grande, che organizza in un modo preciso la disposizione delle aule nell'edificio, la struttura architettonica dell'edificio, i tempi delle lezioni, e così via; di come le linee essenziali di questo disegno siano comuni a tante altre istituzioni (caserme, ospedali, carceri, uffici, ecc.). A questo punto, si può ipotizzare che queste omologie e funzionalità abbiano una storia che è anche, in gran parte, la storia di riflessioni esplicite dirette all'influenza degli altri: *tecniche di potere*. O ancora, ci si può rendere conto che il proprio modo di parlare si è costruito attraverso un lungo, distillato addestramento, fatto di esempi, correzioni, pressioni più o meno esplicite, esposizione a modelli che hanno plasmato non solo la grammatica, ma anche dettagli minuti della prosodia. Pensate a quanto, a questo punto, risulti più facile notare forme di influenza, a volte intenzionali e a volte no, isomorfe a quell'addestramento, e, a volte, connesse a strutture di dominazione, oppressione, assoggettamento (ad esempio: cadenze e accenti diffusi nella parte più povera di uno stato non compaiono mai, se non come caricatura, nei messaggi pubblicitari diffusi dalle reti nazionali). Quello che ho chiamato "prospettiva del potere" è tutto questo. Spena non riesce a vedere il suo valore euristico, mentre io non riesco a non vederlo. In ogni caso, mi sembra che proprio questo sia il senso della "genealogia" foucaultiana: fare apparire una "storia possibile" – cioè *ipotetica*, da verificare e ricalibrare sulla base dei dati (PF § 3.6.2) – di pratiche ovvie, che ne mostri la contingenza, la mutevolezza e, insieme, l'origine inventiva.

Secondo Spena, inoltre, la prospettiva del potere sarebbe inutile per lo "scienziato sociale", che è già abituato a guardare le cose in questa prospettiva. Può essere. Ma non è quello che Foucault sembra ritenere³⁷. Così come non è quello che sembrano ritenere altri eminenti scienziati sociali che, in quegli stessi anni, suggerivano prospettive simili³⁸.

Spena aggiunge poi (a) che la prospettiva del potere può aver senso soltanto se ha una direzione critica; (b) che per darle una direzione critica è necessaria una nozione di potere non neutrale; e (c) che perciò l'interpretazione neutrale, nonostante le mie assicurazioni, dissiperebbe il potenziale critico del discorso di Foucault. Dissento su tutti e tre i punti. (a) La prospettiva del

³⁷ Cfr. FOUCAULT 2013 [1972-73], 239 s.: «[L]à où les sociologues ne voient que le système muet ou inconscient des règles, là où des épistémologues ne voient que des effets idéologiques mal contrôlés, je crois qu'il est possible de voir stratégies parfaitement calculées, maîtrisées, de pouvoir».

³⁸ Rinvio agli esempi citati in PF, 102, nt. 28.

potere non ha senso *solo* se ha una direzione critica. O almeno, non per Foucault. Tracciare la “genealogia” di alcune linee di sviluppo della razionalità strumentale umana, applicata al campo dell’azione altrui, sembra costituire per lui obiettivo in sé e per sé meritevole di essere perseguito, a prescindere dai suoi risvolti critici. (b) e (c) Perché mai la responsabilità della direzione critica della prospettiva del potere dovrebbe essere sostenuta *soltanto* dalla nozione neutrale di potere? La nozione neutrale di potere è, per come l’ho ricostruita, parte di un lessico più complesso, che comprende tante altre nozioni (fra cui, soprattutto, circuiti di potere, potere anonimo, dominazione, assoggettamento). È questo lessico concettuale nel suo complesso – ciò che ho chiamato “concezione pragmatica del *pouvoir*”, di cui la nozione neutrale di potere è solo una parte – che permette alla prospettiva del potere di avere *anche* una direzione critica. E il ruolo che la nozione di potere gioca all’interno di questo lessico, lo gioca proprio perché *neutrale*: perché orienta l’attenzione *anzitutto* sulla struttura causale costitutiva di alcune forme di potere anche nelle loro istanze non conflittuali, per andare poi ad esplorare effetti di dominazione e assoggettamento che possono derivarne anche al di là di qualsiasi intenzione.

5. Potere, regole, corpo

5.1. “Micro-fisica” del potere: discipline, governamentalità, regole

Le *forme di potere* sono *tipi di poteri*, distinti sulla base di aspetti salienti del mezzo e/o dello scopo – certi tipi di mezzi, utilizzabili per ottenere certi tipi di scopi (ricorso a comandi per ottenere obbedienza, offerta di un bene per ottenere un altro bene, comunicazione di argomenti per convincere ad adottare una certa linea d’azione, ecc.). La tipizzazione delle forme di potere può, ovviamente, essere effettuata ai livelli di astrazione più vari, e sulla base degli aspetti più vari, dando vita ad una molteplicità di tassonomie, spesso sovrapposte (PF 48 s.).

Le *tecniche di potere* sono metodi espliciti, generali (applicabili in una classe aperta di circostanze) e dotati di un certo grado di elaborazione razionale, per l’esercizio, l’acquisto, il mantenimento, l’aumento del potere. La razionalizzazione può vertere soprattutto sull’aumento della *probabilità* di ottenere lo scopo, e la *riduzione dei costi* dei mezzi impiegati. Una forma di potere è tanto più “tecnicizzata”, quanto più alto è il suo grado di elaborazione razionale (PF 66 ss.).

La teoria giuridico-politica moderna e contemporanea, secondo Foucault, si sarebbe concentrata in modo pressoché esclusivo su *una* forma, particolarmente saliente, di potere: il potere che si esercita attraverso la comunicazione di regole (modelli espliciti di condotta) per indurne l’osservanza – ciò che si tenta di ottenere è che il bersaglio controlli la propria condotta, inibendo desideri e impulsi difformi, e sforzandosi di soddisfare la regola. Questa forma di potere è usualmente chiamata “potere *normativo*”, ed io mi sono attenuto a questa convenzione, anche se Foucault non utilizza questa espressione³⁹. La concentrazione esclusiva sul potere normativo avrebbe impedito di notare l’emersione di due forme di potere diverse, altamente tecnicizzate, che, sostiene Foucault, hanno giocato un ruolo fondamentale nella “grande trasformazione” dalle società occidentali a partire dal XVII secolo: il potere “disciplinare” (*pouvoir disciplinaire*) e il potere governamentale (la forma di potere inerente a ciò che Foucault chiama “*gouvernementalité*”)⁴⁰. Queste due forme di potere, nelle loro istanze paradigmatiche⁴¹, funzionano in modo molto diverso rispetto al potere normativo:

³⁹ Foucault, inoltre, utilizza il termine “norma” in un senso piuttosto diverso da ciò che qui chiamo “regola” (PF 296, nt. 105).

⁴⁰ PF 48-60 (sulla molteplicità delle forme di potere e sulle loro differenze), cap. 5 (sul potere normativo), cap. 6 (sul potere disciplinare e governamentale).

⁴¹ Le nozioni foucaultiane di potere disciplinare e governamentale hanno una struttura prototipica: un prototipo o

«il potere disciplinare consiste nell'addestramento degli individui – attraverso ripetuti esercizi e continua sorveglianza – a compiere in modo automatico, rapido ed efficiente, e dunque non mediato da riflessione e scelte consapevoli, azioni che rispettino certi schemi, dettagliatamente prefissati. Si pensi all'addestramento di un operaio specializzato. Il potere governamentale [...] consiste invece nella creazione e/o nel mantenimento di condizioni in presenza delle quali certe azioni di una pluralità di individui (e più in generale certe variabili della loro esistenza, come mortalità, natalità, morbilità) si assesteranno nel complesso, spontaneamente, in modo quanto più prossimo a quello che si valuta sia il loro andamento ottimale» (PF 53).

Il caso paradigmatico di potere governamentale è la creazione di contesti di scelta che, attraverso meccanismi psicologici inconsci, orientano il bersaglio verso l'adozione spontanea della linea di condotta desiderata. Entrambe le forme di potere mirano a scavalcare e rendere superflua la prospettiva e l'osservanza di regole, e riescono ad intervenire proprio lì dove le regole falliscono:

«[i]l potere disciplinare [...] mira ad addestrare il bersaglio in modo da fargli adottare uno schema di comportamento in modo automatico, irriflesso, senza la mediazione di alcuna regola; al termine dell'addestramento, il bersaglio non si rappresenterà mentalmente il modello di comportamento da seguire scegliendo di adeguarvisi, ma lo adotterà senza pensare. L'addestramento, inoltre, può plasmare gli automatismi del corpo in modo molto più fine di come possa fare una regola – imprimendo ad esempio abilità altamente specializzate, che rendono capaci di compiere azioni che nessun comando, qualunque sia la minaccia che lo sostiene, può renderci capaci di compiere. Il potere governamentale mira a creare una situazione nella quale le scelte, senza conformarsi ad alcuna regola, tenderanno ad orientarsi spontaneamente nel modo voluto [il lettore avrà riconosciuto, in questa descrizione, i lineamenti essenziali del *nudge*]]» (PF 54 s.).

La differenza cruciale fra il potere normativo da un lato, e il potere disciplinare e governamentale d'altro lato, riguarda il tipo di processi decisionali del bersaglio su cui fanno leva, e può essere colta a colpo d'occhio attraverso la distinzione, molto diffusa nella psicologia contemporanea, fra processi automatici e processi controllati. Per riferirmi a questo livello di distinzione, ho scelto di utilizzare – ampliandone un po' il senso – l'espressione foucaultiana “micro-fisica”: la principale differenza fra potere disciplinare, governamentale e normativo attiene alla “micro-fisica” della decisione (intesa, in senso molto lato, come processo di determinazione dell'azione). I prototipi del potere disciplinare e del potere governamentale, infatti, fanno leva su processi *automatici*, che aggirano il controllo razionale del bersaglio. Più precisamente, il potere disciplinare mira a plasmare nuovi processi automatici (in tutto lo spettro che va da meri riflessi condizionati, su verso abitudini e *habitus* complessi). Il potere governamentale mira invece a sfruttare processi automatici già esistenti. Il potere normativo, invece, fa leva proprio su un processo *controllato*, l'osservanza di regole.

È su questo aspetto della mia ricostruzione che si concentrano alcuni rilievi di Segatti, e i commenti di Celano.

5.2. Automaticità e controllo

La distinzione fra automaticità e controllo è un luogo comune della psicologia contemporanea. Le cosiddette “dual process theories” ne sono soltanto l'esempio più noto. Ciò che le accomuna (ne esistono diverse varianti) è la contrapposizione fra due classi di processi cognitivi, automatici e controllati, sulla base di una lista di caratteristiche antitetiche. Una versione standard della con-

paradigma centrale, rispetto al quale le differenze fra di esse e rispetto al potere normativo sono nette, è un'area di penombra in cui ogni figura sfuma nelle altre. Nell'area del potere disciplinare e governamentale rientrano ad esempio modalità di impiego del potere normativo, che ho chiamato rispettivamente “regolazione disciplinare” (PF 265 s.) e “regolazione governamentale” (PF 292). Tralascio queste complicazioni.

trapposizione è la seguente. I processi automatici richiedono poco o nessuno sforzo di attenzione, e sono veloci, inconsci, spontanei, e relativamente rigidi (basati su associazioni fisse fra certi stimoli e certe risposte). I processi controllati richiedono sforzo di attenzione, e sono lenti, almeno parzialmente consci, volontari, flessibili. Le *dual process theories* sono state oggetto di numerose critiche, gran parte delle quali fanno leva sulla impossibilità di una distinzione netta fra automaticità e controllo. Non è questa la sede (né l'autore) per discutere se le versioni più sofisticate e recenti (come quelle di Kahneman⁴², di Stanovich⁴³, di Evans⁴⁴) siano davvero esposte a queste critiche⁴⁵. Segatti sembra ritenere di sì, almeno per quanto riguarda Kahneman. Ma Segatti riconosce che, per come l'ho intesa io, la distinzione tra automaticità e controllo non è netta, ma graduale e fuzzy. Fra i casi paradigmatici di automaticità e i casi paradigmatici di controllo vi è una finissima gradualità, e innumerevoli figure ibride. Non solo: il controllo, per come l'ho inteso, è *interamente permeato* di automaticità. Ho ritenuto utile usare il lessico delle *dual process theories*, con l'inerte distinzione fra processi automatici (di Sistema 1) e controllati (di Sistema 2). Trovo che sia un lessico facile, intuitivo. Ma è abbastanza evidente che lo considero – anche al livello di grande approssimazione in cui mi muovo – nulla più che una semplificazione, da usare con cautela. Mi rendo però conto che questo lessico può avere anche degli effetti collaterali, perché richiama in modo irresistibile da un lato la “received view” delle *dual process theories*, con tutti i suoi limiti, e d'altro lato la complessa concezione di Kahneman, che ricomprende tanti aspetti (molti dei quali invisibili a Segatti) che, nel mio schema, non hanno giocato alcun ruolo. Per evitare questi effetti, oggi raccoglierei almeno in parte il suggerimento di Segatti, eviterei di nominare le *dual process theories* e userei un lessico parzialmente diverso. Ma, al di là di questi accorgimenti, credo che lo schema che ho utilizzato per dar conto – ripeto, ad un livello di grande approssimazione – del passaggio da automaticità a controllo nei processi di azione (anzitutto azioni motorie, ma anche azioni e attitudini mentali) non sia affetto dai problemi che Segatti imputa (fondatamente o meno) alle *dual process theories*, e non credo, dunque, di dovermi «discostare più marcatamente da esse»⁴⁶. Riassumo qui, ad uso del lettore, gli elementi essenziali di questo schema⁴⁷.

La categoria di partenza è data da quelle che oggi chiamerei “reazioni automatiche”, che comprendono soprattutto «reazioni emotivo-impulsive (come paura e fuga)» e «comportamenti abituali (come fermarsi al semaforo rosso)», e che ho descritto come

«la rapida attivazione di una reazione comportamentale in risposta ad uno stimolo, elaborata sulla base di meccanismi e parametri che operano in modo inconscio, con poco o nessuno sforzo di attenzione, e in assenza di senso di controllo volontario. [...] Durante una passeggiata, da un cancello aperto un grosso cane si lancia latrando contro di me, e senza essermene quasi reso conto mi trovo a scappare a gambe levate» (PF 207 s.).

Ciò che ho chiamato “controllo” consiste invece

«nella provvisoria inibizione di reazioni automatiche eventualmente attivate, e nella concentrazione di attenzione sulla ricerca e valutazione, in base a criteri spesso almeno in parte consci, di opzioni d'azione diverse da quelle innescate automaticamente». I processi di controllo sono «più lenti, e sono spesso accompagnati da un senso di scelta e [di volontarietà]. Ho l'impulso di fuggire davanti ad un pericolo, ma lo trattengo provvisoriamente e comincio a immaginare (magari in modo veloce, fram-

⁴² KAHNEMAN 2011.

⁴³ STANOVICH 2011.

⁴⁴ EVANS 2007.

⁴⁵ EVANS, STANOVICH 2014.

⁴⁶ SEGATTI 2020, nt. 6.

⁴⁷ Per una approssimazione migliore rinvio a BRIGAGLIA 2018.

mentario, approssimativo) pro e contro della fuga. Il processo si chiude con il “giudizio”, la selezione di un’opzione che interrompe i processi di ricerca e valutazione. Il giudizio, normalmente, stimola l’effettiva attivazione dell’azione selezionata. Ma non sempre il giudizio va a buon fine. Lo stimolo all’azione attivato dal giudizio può essere troppo debole, o comunque sovrastato da impulsi di reazione automatica, o inibito da una riapertura del processo di controllo. L’azione oggetto di giudizio positivo conta (sotto certe condizioni aggiuntive) come azione “corretta”» (PF 208).

Le reazioni automatiche sono relativamente rigide: «tendono a seguire schemi di associazione stimolo-risposta predefiniti, in parte innati, ma in grandissima parte appresi o modulati dall’esperienza». Uno degli aspetti più importanti del controllo è quello di consentire un incremento di flessibilità, aprendo

«alla considerazione della variabilità delle circostanze (il cane latrante che attiva il mio impulso di fuga è legato ad una catena) e alla immaginazione di opzioni d’azione alternative rispetto a reazioni automatiche predefinite (anziché fuggire aggiro il raggio della catena, e mi avvicino ad un albero carico di frutta). Per questa ragione, l’esito di un processo di controllo è, *ceteris paribus*, più imprevedibile: può prendere direzioni molto diverse, in virtù dell’infinita variabilità delle sollecitazioni ambientali, e della maggior variabilità dei processi immaginativi rispetto alla (relativa) fissità dei pattern di reazione automatica». Inoltre, «il controllo è cognitivamente gravoso. Richiede uno sforzo, che sfrutta energie cognitive limitate e di rapida consunzione. È il fenomeno noto come *ego depletion*. [...] Tutto ciò ha delle conseguenze importanti sul piano del potere. *Ceteris paribus*, se vogliamo riuscire a ottenere che il bersaglio faccia A in C, avremo maggiori probabilità di successo se lo condizioneremo in modo da fargli apprendere e consolidare un pattern di reazione automatica tale che, in C, tenderà a fare A, piuttosto che tentando di orientare un suo processo di controllo, ad esempio prospettandogli ragioni per fare A in C. [...] Il controllo conscio può [...] avere una struttura più o meno complessa. Può consistere nella produzione quasi automatica di un giudizio sulla base di criteri e meccanismi inconsci, ovvero può consistere nella più lenta elaborazione di un giudizio sulla base di criteri consci [*rectius*: espliciti, *infra*, § 5.4, lett. (a)]». Come d’abitudine, ho chiamato “intuizione” la prima modalità e “ragionamento (pratico)” la seconda, e ho usato «il termine “ragioni” per indicare i criteri consci che guidano un ragionamento. Il ragionamento, a sua volta, può essere più o meno complesso: può basarsi sull’adozione automatica di una ragione, che viene in mente spontaneamente ed è automaticamente seguita dal giudizio che la applica, ovvero investire processi di ricerca complessi, che coinvolgono ragioni di livello superiore (ragioni a sostegno di ragioni), e/o comportano di confrontare opzioni incompatibili bilanciando le ragioni a loro favore».

È importante sottolineare alcuni aspetti.

Nel modo in cui l’ho delineata, la differenza tra reazioni automatiche e processi di controllo è una differenza funzionale, che riguarda la loro diversa struttura causale, ma non è una differenza valutativa. I processi di controllo fanno entrare in gioco informazioni ulteriori rispetto a quelle “incorporate” in una reazione automatica, ma non è affatto detto che ciò conduca ad una risposta “migliore” sotto una certa ottica valutativa. Anche decisioni profondamente irrazionali rispetto a certi standard, come la legalistica, ottusa osservanza di una regola, o la scelta di un corso d’azione sulla base di una valutazione completamente erronea della probabilità, o un ragionamento viziato da un qualche *bias*, contano come istanze di controllo. Anche la nozione di “ragione”, si noti, è una nozione interamente funzionale: una rappresentazione che ha un certo ruolo (criterio esplicito di giudizio) all’interno di un certo tipo di processo di controllo, il ragionamento. E una “ragione” intesa in questo senso funzionale non è necessariamente una “buona” ragione sotto una certa ottica valutativa.

La differenza fra reazioni automatiche e processi di controllo così intesi non pretende di fornire una mappa esaustiva dei nostri processi cognitivi. Le reazioni automatiche sono il prototipo di processo automatico, ma esistono un’infinità di altri processi che possono essere considerati

automatici pur non avendo il tipo di struttura delle reazioni automatiche – si pensi, ad esempio, al processo di attivazione spontanea dell'attenzione quando la situazione in cui ci si trova devia da certi parametri di normalità⁴⁸. Lo stesso può dirsi del controllo. Quelli che ho presentato sono casi paradigmatici di controllo, ma non è affatto chiaro (e vedremo subito alcuni esempi di ciò) dove vada posta la soglia fra controllo e automaticità (per esempio, molti ritengono che possano darsi processi che contano come controllo, ma sono del tutto inconsci)⁴⁹.

Infine, e soprattutto, il controllo – anche i casi paradigmatici di controllo, come i ragionamenti – è avvolto e permeato di automaticità. Anzitutto, esso non è altro che una modalità funzionale complessa attraverso la quale si connettono e si integrano una miriade di processi che, se considerati isolatamente, sono processi automatici, così come sono processi automatici i processi che attivano, interrompono, indirizzano il controllo. Soprattutto, ed è quello che più conta in questa sede, lo svolgimento del controllo può *automatizzarsi*, nel senso che si possono fissare “pattern di controllo” che tendono ad attivarsi spontaneamente e con maggior probabilità. L'automaticità non è una prerogativa esclusiva dei processi automatici, ma è «la tendenza, ubiqua, ad apprendere pattern affetti, motori e mentali che, ad un certo livello del processo di apprendimento, diventano relativamente rigidi e veloci»⁵⁰. Da questo punto di vista, l'addestramento può mirare tanto a far inscrivere nuove reazioni automatiche, quanto a generare pattern di controllo automatizzati, in grado maggiore o minore – strutture mentali stabili, di varia complessità, che permeano e orientano, con una certa probabilità, lo svolgimento del controllo. Così, si può addestrare non soltanto ad eseguire un comportamento in modo automatico (reazione automatica), senza la mediazione di regole e riflessioni, ma anche ad adottare spontaneamente una certa regola come ragione senza riflettere sulle ragioni che la giustificano, a trincerarla contro l'attivazione di ragionamenti che potrebbero metterla in questione (riconsiderazione), a instradare il ragionamento lungo certi pattern complessi (tipi di inferenze, stili argomentativi, ecc.), e via dicendo. L'automaticità comprende tutto questo: reazioni automatiche, processi automatici di genere diverso, componenti automatizzate del controllo.

5.3. *Potere normativo, regole, disciplina*

La nozione di potere normativo che ho adottato nel libro è basata sullo schema su indicato. Semplificando molto, il potere normativo è un potere che si esercita attraverso la comunicazione (e, tipicamente, la produzione) di regole per ottenerne l'osservanza. Per “regola” intendo la rappresentazione di un modello d'azione che funge da criterio esplicito in un ragionamento: una ragione d'azione. Per “osservanza” intendo un processo di controllo che abbia la seguente struttura minima: l'agente pone mente a una regola (“al suono della sirena, riporre gli attrezzi nel capanno, chiudere la porta a chiave, e dirigersi immediatamente verso la caserma”), la regola controlla il giudizio (“ha suonato la sirena: la cosa da fare adesso è riporre gli attrezzi ecc.”), e il giudizio controlla l'effettiva esecuzione dell'azione (ripongo gli attrezzi, chiudo la porta a chiave, e mi affretto verso la caserma). Perché il processo vada a buon fine, è necessario mantenere l'attenzione focalizzata sulla regola e sull'adeguamento ad essa del comportamento. Le cose vanno diversamente in una reazione automatica che applica lo stesso pattern comportamentale. Qui lo stimolo (la sirena) attiva direttamente e spontaneamente il comportamento appropriato (l'impulso a compiere l'appropriata sequenza di azioni). Ma fra questi due poli, c'è una gradualità sottile e complessa. Alcuni aspetti del processo potrebbero essersi automatizzati: la regola ci viene spontaneamente in mente, senza un processo di ricerca, nelle circostanze appropriate, e tendiamo spontaneamente ad

⁴⁸ BRIGAGLIA 2018, § 6.5.

⁴⁹ V. ad es. SUHLER, CHURCHLAND 2009.

⁵⁰ BRIGAGLIA 2018, 83. Cfr. PF 210. Secondo SEGATTI (2020, nt. 6), dovrei concepire il rapporto fra controllo e automaticità in termini non di competizione, ma di integrazione. Ma è già così che l'ho inteso!

adottarla come “ragione conclusiva”, senza reconsiderarla, anche se è ancora necessario uno sforzo di attenzione per seguirla effettivamente. Con la ripetizione, questo sforzo può affievolirsi. La regola resta attiva e presente alla coscienza monitorando un comportamento che va avanti ormai in modo spontaneo. Oppure si limita ad apparire in un brevissimo flash cui fa seguito, dopo un’esitazione minima, il comportamento appropriato. Fino a sparire del tutto: al suono della sirena, senza alcun intervento della regola, senza alcuno sforzo di attenzione (spesso pensando ad altro), eseguo invariabilmente la sequenza appropriata. Può addirittura accadere che la regola scompaia dalla memoria, mentre lo schema di comportamento che essa prescriveva resti iscritto in forma automatica. Non riesco più a ricordare (memoria dichiarativa o esplicita) qual era la sequenza corretta del passo di danza che ho imparato, ma lo so fare senza difficoltà (memoria procedurale o implicita).

La descrizione è senza dubbio approssimativa e incompleta. Ci sarebbe ancora tanto da dire (qualcosa in più dirò discutendo i commenti di Celano). Ma, mi pare, questo è sufficiente per rispondere alle perplessità di Segatti.

Non vedo infatti alcuna particolare difficoltà ad applicare questo stesso schema alle regole che conferiscono poteri, attraverso un’analisi classica, à la Ross. L’adozione come regola di un certo modello di condotta può avvenire in modo automatico o intuitivo, o attraverso ragionamento. Il ragionamento può essere guidato da regole di tipo particolare, che fissano condizioni relative a quali modelli di condotta adottare come regole: regole su regole, “meta-regole”. Le meta-regole operano come criteri espliciti per lo svolgimento di un ragionamento attraverso il quale vengono individuati i modelli di condotta da adottare come regole. Operano, dunque, come regole (criteri espliciti di controllo) che guidano una particolare attività mentale, un tipo di ragionamento. Le regole che conferiscono poteri sono meta-regole. Esse indicano che, se X ha comunicato, sotto certe condizioni (manifestando certe intenzioni, seguendo una certa procedura, ecc.), un certo modello di comportamento, quel modello di comportamento deve essere adottato come regola: “se X dice di fare A in C (sotto certe condizioni), allora si deve fare A in C” (o più semplicemente: “si deve obbedire a X”)⁵¹.

Questa linea di spiegazione necessita senza dubbio di ben altra elaborazione. Ma è, mi sembra, molto promettente nella sua semplicità (la “psicologizzazione” di una fra le più classiche linee di analisi delle regole che conferiscono poteri). E ha un’importante implicazione. Tutto quello che abbiamo detto riguardo alla progressiva automatizzazione delle regole, fino alla loro sostituzione con corrispondenti reazioni automatiche, può ripetersi anche a proposito di meta-regole come le regole che conferiscono poteri. Così, può accadere non soltanto che la meta-regola che prescrive di adottare come regola il contenuto delle direttive del superiore tenda ad essere adottata spontaneamente, e spontaneamente trincerata contro la sua reconsiderazione. Ma può anche accadere che le direttive del superiore acquistino la capacità di generare automaticamente comportamenti conformi, senza alcun intervento della meta-regola. Qui, ad essersi automatizzata è l’obbedienza stessa. La ormai classica definizione weberiana della “disciplina” è proprio questa: automatizzazione dell’obbedienza⁵².

Non vi è pertanto nessuna incompatibilità fra potere normativo e potere disciplinare, ma, al contrario, una cruciale sinergia⁵³. L’addestramento disciplinare, nella sua modalità prototipica, mira a saltare la regola, inscrevendo, attraverso ripetizione, il modello di comportamento da essa

⁵¹ Questo modo di intendere le regole che conferiscono poteri risale, com’è noto, a ROSS 2001 [1958], 32, secondo cui le “norme di competenza” sono norme di condotta indirettamente formulate, “direttive affinché le norme, emanate secondo una certa procedura, vengano considerate norme di condotta”.

⁵² La *Disziplin* è «die Chance, kraft eingeübter Einstellung für einen Befehl prompten, automatischen und schematischen Gehorsam bei einer angebaren Vielheit von Menschen zu finden» (WEBER 1922, 28).

⁵³ Non vi è nessuna incompatibilità nemmeno per il Foucault ultra-radical. Il passaggio da concezione ultra-radical a concezione pragmatica, a differenza di quanto sembra ritenere SEGATTI (2020, § 3.2), non ha rilievo qui. Anche se, in *Surveiller et punir* (1975) e *La volonté de savoir* (1976), FOUCAULT insiste molto sulla differenza fra discipline e regole, nel modo in cui le rappresenta sono forme di potere che possono chiaramente essere integrate. E proprio sull’integrazione insisterà molto già due anni dopo (FOUCAULT 2004a [1977-78]).

prescritto in forma di reazione automatica. Ma l'addestramento disciplinare si può estendere a pattern mentali via via più complessi, inducendo l'automatizzazione delle meta-regole, e l'automatizzazione dell'obbedienza. La razionalizzazione dell'addestramento – in modalità più sfumate e complesse della brutale semplicità dell'obbedienza a ordini puntuali – per ottenere una osservanza di regole quanto più automatica e trincerata è costitutiva della strutturazione delle grandi organizzazioni – dalle fabbriche, agli eserciti, alle burocrazie statali – che cominciano a diffondersi capillarmente a partire dal XVII secolo. Anche questo è un punto weberiano⁵⁴. Ed è proprio quello che Foucault cerca di mettere in evidenza: lo sviluppo di *tecniche* disciplinari, che razionalizzano l'addestramento in modo da potenziarne gli effetti e ridurne i costi, e avvolgono e si intrecciano con poteri normativi.

5.4. *Potere disciplinare e norme incorporate*

Nel suo contributo, Bruno Celano ha sviluppato la nozione di “norme incorporate” che aveva introdotto qualche anno fa, nel saggio *Pre-convenzioni. Un frammento dello sfondo*⁵⁵. Trovo le sue osservazioni perfettamente pertinenti, e consonanti con l'approccio seguito nel libro (anche qui, nulla di sorprendente: le mie idee sono profondamente influenzate dalle sue). Mi limiterò perciò ad alcune glosse, e a qualche interpolazione, che mirano, anzitutto, a proseguire la discussione pubblica sulla normatività incorporata avviata in un commento a *Pre-convenzioni*⁵⁶, e, in secondo luogo, ad evidenziare alcuni aspetti rilevanti per la ricostruzione del potere disciplinare foucaultiano.

Nelle pagine che seguono, assumerò che vi sia una connessione concettuale fra normatività e controllo. La normatività (o, quanto meno, il suo nucleo centrale) è costituita da processi di controllo. (Più precisamente, ritengo che il controllo normativo sia una forma peculiare, molto strutturata, di controllo. Ho argomentato altrove a favore di questa idea⁵⁷, che qui resterà sullo sfondo.)

Il controllo – incluso il controllo normativo – può riguardare sia la selezione dell'azione da intraprendere (la “decisione”), che il suo svolgimento (monitoraggio e correzione della *performance*). È a questa seconda forma di controllo che si applicano le osservazioni di Celano.

5.4.1. *Regole come criteri “espliciti”*. Ho chiamato “regola” la rappresentazione di uno schema d'azione che opera come criterio “esplicito” in un processo di controllo. Ho chiamato invece “osservanza di regole” un tipo di comportamento normativo (comportamento guidato, cioè, da standard di correttezza, *norme*) caratterizzato dalla seguente struttura: la regola causa – in un certo modo – la selezione di un'azione che la soddisfa (il giudizio è “guidato” dalla regola), e ciò causa a sua volta l'effettiva esecuzione dell'azione (l'azione è “guidata” dal giudizio e, mediatamente, dalla regola). L'osservanza di regole, per come l'ho intesa, ha un campo sfumato: ci sono casi prototipici, ci sono casi non prototipici ma ancora interni al concetto, e ci sono casi che, nonostante alcuni tratti in comune (il comportamento rispecchia la regola, e ciò avviene a causa della regola), ricadono al di fuori di esso. Ecco alcuni esempi. (1) Sto per attraversare un incrocio, e il semaforo diventa giallo. Ho l'impulso di accelerare per passare, ma si attiva la regola che vieta di impegnare un incrocio con il giallo, e, guidato dalla regola, inibisco l'impulso e decido di fermarmi. Questo è un caso prototipico di osservanza di regole. (2) Il semaforo diventa giallo. Ciò attiva sia l'impulso di fermarsi, che la regola che obbliga a fermarsi. Il comportamento è causato dall'impulso, e non dalla regola –

⁵⁴ L'obiettivo è la «rationalisierte, d.h., planvoll eingeschulte, präzise, alle eigene Kritik bedingungslose zurückstellende, Ausführung des empfangene Befehls, und die unablässige innere Eingestelltheit ausschließlich auf diesen Zweck» (WEBER 1922, 642; v. anche le pagine seguenti sul raffinamento tecnico della disciplina volto ad automatizzare il lavoro della fabbrica e degli apparati burocratici).

⁵⁵ CELANO 2014.

⁵⁶ BRIGAGLIA 2016.

⁵⁷ BRIGAGLIA 2018.

una reazione automatica. L'agente ha però (così riteniamo) la forte disposizione a seguire la regola (si tratta di una regola "accettata", in uno dei sensi di questa espressione), e questa disposizione avrebbe fatto sì che, in presenza di reazioni automatiche difformi, la regola sarebbe probabilmente intervenuta inibendole. Questo caso ha una somiglianza rilevante con il precedente. La regola si è attivata, ed è rimasta, per così dire, pronta a svolgere il suo ruolo. Ma il suo intervento non è stato necessario. In virtù di questa somiglianza, questo caso può essere ancora ascritto al campo della "osservanza di regole", anche se non è un caso prototipico. (3) Supponiamo invece che la regola non si sia affatto attivata, né che (a nostro giudizio) fosse probabile che si attivasse, o che avesse successo. Semplicemente, il giallo ha innescato una reazione automatica. In questo caso siamo ormai fuori dal campo dell'osservanza di regole, e ciò anche se, all'origine della reazione automatica, vi sia la reiterazione dell'osservanza della regola, e anche se la regola dovesse essere ancora inscritta in memoria (so che *ci si dovrebbe* fermare al giallo). La regola, infatti, non ha giocato il suo ruolo tipico, né stiamo assumendo che lo avrebbe giocato se necessario. La transizione fra osservanza di regole e reazioni automatiche è graduale: tanto minore diventa la probabilità di attivazione e di successo della regola, tanto più ci andiamo allontanando dal prototipo dell'osservanza, finendo per uscire dall'area del concetto.

Veniamo adesso al punto più rilevante. In che senso la regola opera da criterio "esplicito"? Nel senso che l'agente accede al suo contenuto in *forma proposizionale*. L'idea della "forma proposizionale" – che suona intuitiva alle orecchie di un filosofo, e terribilmente esoterica a quelle di un non-filosofo – non è affatto facile da precisare. Ma l'elemento essenziale è, mi sembra, il seguente. L'agente è in grado di astrarre, ed esprimere linguisticamente, in modo sufficientemente preciso, i tratti rilevanti del contenuto della regola (sia con riguardo alle circostanze, sia con riguardo all'azione, ma è solo su questa che mi sto concentrando adesso). Ha, in questo senso, accesso cosciente al contenuto della regola *in quanto schema astratto*, distinto dalle azioni che lo soddisfano, ed è perciò in grado di compiere tutta una serie di operazioni cognitive che vertono su questo schema, fra cui, ad esempio, *immaginare*, in modo sufficientemente preciso, comportamenti conformi e non conformi, e non soltanto distinguerli in concreto. (Alla proposizionalità così intesa si connette l'iscrizione della regola nella memoria dichiarativa o esplicita, e cioè la possibilità di recuperare in seguito la conoscenza astratta del contenuto della regola. Si tratta, in particolare, di memoria "semantica", che concerne conoscenza di schemi generali, e non di memoria "episodica", che concerne eventi particolari⁵⁸.)

L'accesso al contenuto della regola in quanto schema astratto genera una caratteristica dissociazione fra il *pensare* e il *fare*: posso tenere a mente la regola (mantenerla attiva nella "memoria di lavoro"), e, durante l'esecuzione, confrontare con essa, in un senso quasi letterale, l'azione effettiva – quasi come il navigante confronta la costa con la mappa che la rappresenta. Ad esempio, posso tenere a mente la regola "Se si accende una luce rossa, alzare il braccio dritto sopra la testa con il palmo della mano rivolto verso l'interno, tenerlo così per due secondi, e poi portarlo perpendicolarmente al corpo", e usare lo schema che essa prescrive per guidare la *performance* durante l'esecuzione. Ciò crea uno iato, nell'esperienza soggettiva, fra il *pensiero* della regola e il comportamento che la *esegue*. Questo iato può mantenersi anche quando il comportamento viene automatizzato: il corpo ormai esegue il movimento in modo spontaneo, senza che sia necessario uno sforzo di attenzione per seguire la regola; ma questa è tenuta a mente (è attiva nella memoria di lavoro), e sorveglia l'esecuzione (è il caso non prototipico di osservanza di regole illustrato sopra).

L'idea che la regola sia una "ragione d'azione" indica, mi sembra, proprio questo: che è un criterio esplicito (al quale si accede in forma proposizionale) di controllo dell'azione.

5.4.2. *Norme incorporate (o norme implicite)*. Nel suo contributo, come già in *Pre-convenzioni*, Celano mette invece a fuoco comportamenti che sono, in un senso chiaro, normativi, ma hanno una

⁵⁸ Per un'introduzione ai diversi tipi di memoria v. BADDELEY, EYSENCK, ANDERSON 2009.

struttura molto diversa dall'osservanza di regole. Sono comportamenti guidati non da regole, ma da "norme incorporate".

Bisogna distinguere fra la fase di apprendimento ("iscrizione nel corpo") della norma, e la fase in cui essa è già appresa ("incorporata"), e viene seguita. Per adesso mi riferirò solo alla seconda fase, che descriverei così:

(1) Si è iscritto nella memoria procedurale (o implicita) un pattern di reazione automatica N (ad esempio, lo schema del crawl) tale per cui, nelle circostanze appropriate, il comportamento tende a istanziare regolarmente N in modo fluido e spontaneo, senza l'interposizione del controllo e, in particolare, senza l'interposizione di regole.

(2) Quando il comportamento non devia da N, può continuare a svolgersi in modo del tutto automatico. Può anche accadere che l'attenzione si concentri sulla *performance*, e si attivi dunque una forma di controllo che la monitora. Ma questa forma di controllo non interferisce con l'automatico scorrere dell'azione. Al contrario, la registrazione della regolarità della performance tende a produrre un sentimento positivo, che rinforza l'ulteriore reiterazione del comportamento. (L'insieme di reazioni pertinenti, attenzione più rinforzo, può sfociare in un vero e proprio giudizio: *sto nuotando bene*.)

(3) Qualora invece il comportamento dovesse deviare da N, la deviazione tenderebbe ad essere notata, e tenderebbe a prodursi un sentimento negativo ed una concentrazione dell'attenzione sulla correzione della performance. (Anche questo insieme di reazioni può tradursi in un vero e proprio giudizio: *sto nuotando male*.)

(4) Il processo di correzione è guidato da N. N, però, opera in un modo molto diverso da una regola. È qui, mi pare, la questione centrale: *dove sta la differenza?* Non sta nel fatto che N, a differenza di una regola, non svolge la funzione di criterio di controllo. Al contrario, è proprio questo il ruolo che N svolge – e ciò è parte delle condizioni che rendono appropriato parlare, in questo caso, di comportamento "normativo", e chiamare N una "norma", in un senso assolutamente ordinario, pacifico, di normatività. Si potrebbe dire che N è un criterio "inconscio", mentre le regole sono criteri "consci". Ma questo potrebbe essere fuorviante. La situazione infatti, qui, non è del tutto coincidente con quella di chi "intuisce" che un'azione è giusta, *ma non ha idea del perché*, e si limita a registrare il giudizio, senza avere idea di quale criterio lo abbia guidato. Nel nostro caso, invece, l'agente sta consapevolmente orientando l'attenzione proprio sul rispetto di N: sa di saper nuotare, di conoscere (anche se in forma di *know-how*) lo schema corretto, ed esercita un controllo consapevole proprio per istanziare quello schema⁵⁹. In questo senso, l'agente accede consciamente a N, ma non nel modo in cui accede allo schema "astratto" in cui consistono le regole. Non, cioè, in forma proposizionale. In quale forma allora? Qui il filosofo – che non sia anche psicologo o neuro-scienziato – comincia ad annaspere. Può solo offrire delle metafore che, come dice Celano, aiutano a delimitare una possibilità concettuale, la cui realtà va però esplorata, illuminata, dettagliata con competenze e metodi molto diversi da quelli che il filosofo ha a disposizione. (Ecco un caso per Moreso: un caso in cui la filosofia non può che guardare alla – di più, confondersi con la – neuro-psicologia.) La metafora che sceglie Celano è quella della "norma incorporata". La nozione, e il suo processo di apprendimento per "addestramento puro", sono illustrati attraverso un esempio geniale: il condannato *Nella colonia penale* di Kafka, nel cui corpo la norma viene letteralmente *scritta*, e che, attraverso la scrittura nel corpo, *capisce* la norma.

Non ho nulla da obiettare all'idea delle norme incorporate, e credo che il riferimento di Celano alla *embodied cognition* sia perfettamente pertinente (ma la mia opinione non è più competente della sua). C'è però qualcosa che questo nome, sebbene evocativo, rischia di perdere. Il corpo, qui, è, essenzialmente, azione *motoria*. Ma non c'è nessuna ragione per non estendere il tipo di comporta-

⁵⁹ A me sembra, inoltre, perfettamente sensato dire che, in questo caso, N è mantenuta attiva nella memoria di lavoro, e usata per correggere l'azione. Solo che è mantenuta attiva *in forma non proposizionale*.

mento normativo di cui sopra ad azioni *mentali*. Si pensi al modo in cui avvengono operazioni come l'ascrizione di un'entità ad un concetto, la costruzione di un discorso complesso, di un argomento sensato, di una storia plausibile (alcuni di questi esempi risalgono già a *Pre-convenzioni*). Per questa ragione, a me sembra più opportuno parlare di “norme *implicite*” (per sottolineare il loro rapporto con la memoria implicita), e utilizzare semmai l'espressione “norme incorporate” per indicare una loro specie, nella quale ciò che entra in gioco è il corpo strettamente inteso. Ma questa è una precisazione del tutto marginale. (Anche se sottende un punto di rilievo nell'interpretazione di Foucault: il potere disciplinare investe l'automatizzazione non solo di azioni motorie, ma anche di azioni e attitudini mentali complesse. Si pensi, per esempio, alla “scolarizzazione” dei bambini.)

(5) Celano sembra ritenere che i comportamenti normativi del tipo che stiamo esaminando abbiano un tratto ulteriore, e cioè che la struttura di N sia tale da rendere *impossibile* accedervi in forma proposizionale. Il pattern di comportamento prescritto dalla regola esemplificata sopra, sui movimenti della mano, può essere incorporato, ma può anche essere schematizzato in una regola. Il pattern N del crawl invece no. Come va intesa questa impossibilità? Anzitutto, può essere intesa come dipendente da limiti “quantitativi” del nostro sistema cognitivo: regole che rappresentassero in forma proposizionale il movimento corretto del crawl sarebbero troppo complesse per essere processate dalla nostra memoria di lavoro. (Questo punto è molto plausibile, ma richiede alcune precisazioni. Le regole operano sempre su uno sfondo di automatismi. La regola sul movimento del braccio citata sopra, ad esempio, non specifica i dettagli muscolari dell'azione che conta come “alzare il braccio”. Non è necessario farlo, perché contiamo su una abilità stabile, che diamo per scontata, sufficiente a svolgere l'azione in modo appropriato. Nel caso del crawl, entrano in gioco abilità che non sono sufficientemente stabili da darle per scontate, e richiedono l'attivazione di controllo cosciente, ma sono, al tempo stesso, troppo complesse perché il controllo possa avvenire attraverso regole.) L'impossibilità può anche essere attribuita a limiti “qualitativi” del nostro sistema cognitivo: non siamo in grado di formare rappresentazioni proposizionali di alcune proprietà “gestaltiche”, come un certo rapporto complessivo delle parti del corpo l'una rispetto all'altra in una sequenza complessa di movimenti. Nelle nostre discussioni, Celano inclina però spesso verso l'idea che l'impossibilità di accedere in forma proposizionale alle norme incorporate non sia riducibile ad una impossibilità *fisica* legata alle caratteristiche *contingenti* del nostro sistema cognitivo, ma sia una impossibilità di natura più profonda, una “impossibilità concettuale”. Davanti alle impossibilità concettuali, la mia mente inguaribilmente naturalista si ritrae come da una casa infestata, quindi, su questo punto, taccio.

5.4.3. *Addestramento e potere disciplinare*. Le figure che Celano ha chiamato “addestramento per normazione” e “addestramento puro” hanno delle differenze importanti e interessanti, ma hanno anche dei tratti di continuità. In entrambi i casi, ciò che avviene è l'iscrizione, nella memoria procedurale, di un pattern di reazione automatica, che tende a riattivarsi *in assenza della rappresentazione della regola che lo prescrive*. In entrambi i casi, l'esito del processo può essere il tipo di comportamento normativo *sub (b)*, in cui, nel lessico di Celano, una norma si è iscritta nel corpo. La differenza principale fra le due forme di addestramento sta nella modalità di apprendimento (o “incorporamento”). Nell'addestramento per normazione, l'apprendimento avviene attraverso la reiterata osservanza di regole, e la progressiva automatizzazione del comportamento prescritto. Nell'addestramento puro, l'apprendimento avviene invece attraverso la spontanea attivazione e l'orientamento di pattern di reazioni automatiche già esistenti – in particolare, quelle costitutive di *affordances*, tra cui *affordances naturali*⁶⁰. Credo che la differenza fra le due

⁶⁰ Le *affordances* sono possibilità di interazione con gli oggetti, la cui apprensione è già costitutiva della percezione immediata dell'oggetto: la percezione di un oggetto è percezione delle sue *affordances*. Uno dei modi in cui la nozione può essere intesa, il più rilevante qui, è il seguente: la percezione di un oggetto include l'automatica discriminazione di caratteristiche dell'oggetto rilevanti per l'interazione motoria con esso e l'automatica attivazione delle rea-

modalità di apprendimento sia solo di grado. Anche nel primo caso, quello dell'addestramento per normazione, l'apprendimento – il tipo di apprendimento rilevante, cioè la formazione di una *abilità* – non si completa, se il modello impresso non si “armonizza” con una rete più complessa di processi automatici. Inizialmente ripetiamo un movimento in un modo meccanico e forzato. Ma a poco a poco tutto il corpo si va coordinando spontaneamente attorno ad esso, e il movimento si arricchisce di aspetti che aumentano fluidità ed efficienza del comportamento, ma che non sono parte del contenuto della regola. È solo quando ciò avviene che la abilità si è formata. In questo senso, l'apprendimento per normazione non può completarsi se non quando il corpo va *oltre* la regola. È inoltre interessante notare che il perfezionamento tecnico del potere disciplinare, per come Foucault sembra intenderlo, va proprio nella direzione dell'addestramento “puro”, che, anziché sormontare “resistenze”, asseconda “inclinazioni”, ed è perciò più economico, e spesso riesce dove altre forme di addestramento non riescono. L'evoluzione delle tecniche disciplinari va verso la creazione di contesti che inducano in modo spontaneo l'automatizzazione degli schemi di comportamento desiderato. In questa china, il potere disciplinare sfuma verso il potere governamentale; le norme che vengono calate a forza nel corpo sfumano verso le norme che vengono fatte emergere spontaneamente dal corpo (PF 293 s.). Ancora una volta, il “conflitto” si attenua fino a sparire. Ma non per questo si esce dal campo del potere, e cioè della riflessione su come influenzare l'azione altrui.

6. Libertà-autorialità: repliche a Segatti

Nel linguaggio di Foucault, il “soggetto” indica, grossomodo, l'individuo in quanto dotato di capacità di controllo raziocinativo, e di coscienza auto-biografica. Il perno della “critica del soggetto” foucaultiana è l'idea che

«le funzioni cognitive che costituiscono la soggettività non operino nel vuoto, e in modo assolutamente “libero” (sottratto a influenze causali). Esse emergono piuttosto da, e possono operare soltanto sulla base di, una struttura mentale soggiacente, in grandissima parte inconscia, che vincola in modo stringente il loro esercizio» (PF 157 s.).

Ho chiamato questa struttura “sostrato della soggettività”, e ho provato a mostrare come Foucault lo intenda in termini di intreccio, sovrapposizione, integrazione di “schemi” di diversa natura, che costituiscono griglie stringenti per lo sviluppo del pensiero e delle scelte coscienti, della rappresentazione di sé e degli altri, della vita affettiva e degli stessi atteggiamenti corporei. Ebbene, secondo Foucault, il sostrato è determinato, prevalentemente, e fin nel dettaglio, da influenze sociali. In questo senso, la soggettività è, in larghissima parte, un prodotto sociale, i cui tratti, forme, modalità, sono culturalmente contingenti.

Foucault si scaglia ripetutamente contro una idea di libertà che ho chiamato “libertà-originarietà”: l'idea, cioè, che la libertà sia assenza di etero-condizionamenti causali, e che le scelte del soggetto – le scelte volontarie, consapevoli, guidate da ragionamenti – siano (o possano essere) scelte libere in questo senso forte. Se, infatti, queste scelte sono strettamente vincolate dal sostrato, a sua volta capillarmente plasmato da influenze sociali, l'idea di libertà-originarietà si

zioni motorie pertinenti (vedere una tazza è vederla prendibile in un certo modo e anticipare l'azione del prenderla in quel modo) (v. CARUANA, BORGHI 2016, cap. 2). Chiamo “natural” le *affordances* che sono già parte della nostra costituzione biologica e/o si sviluppano in modo tendenzialmente invariabile data l'interazione fra la nostra costituzione biologica e aspetti di base dell'ambiente (ad esempio, l'interazione fra il corpo e l'ambiente terrestre o acquatico). Uno degli aspetti più interessanti del discorso di Celano è l'idea che le *affordances* naturali traccino uno strato profondo (naturale appunto) della normatività.

comprime sino a sparire. La soggettività, anziché essere uno spazio di libertà, si rivela essere lo spazio di un profondo, pervasivo assoggettamento, etero-determinazione: il soggetto è, in quanto tale, assoggettato.

A partire dalla fine degli anni settanta, Foucault comincia a elaborare – in modo sparso e largamente implicito – un’idea di libertà alternativa alla libertà-originarietà, e compatibile (a suo modo di vedere) con la tesi della produzione sociale del soggetto. Ho chiamato questa nuova concezione della libertà “libertà-autorialità”.

Foucault comincia a enfatizzare la possibilità di una “elaborazione attiva” non tanto di singole azioni, quanto, a monte, degli stessi schemi del sostrato. I parametri che graduano il livello di “attività” sembrano essere i seguenti:

«(a) Il primo parametro è dato dalla *consapevolezza* della propria soggettività, che ricomprende la consapevolezza della storicità e contingenza degli schemi del sostrato, la conoscenza esplicita della loro genesi, la capacità di riconoscere forme di soggettività alternative. (b) Il secondo parametro è dato dal *controllo* della propria soggettività, ossia dalla progettazione e costruzione (e in particolare dalla progettazione e costruzione *cosciente*) degli schemi del sostrato. (c) Il terzo parametro è dato dall’*invenzione* di forme di soggettività diverse, di schemi difforni da quelli immediatamente riconoscibili nel proprio contesto di appartenenza, e in questo senso nuovi, inattesi. (d) Il quarto parametro è dato dal *dinamismo*, dalla continua messa in discussione, riprogettazione, trasformazione, rinnovamento della propria soggettività» (PF 174 s.).

Per questo “libertà-autorialità”: «[l]a libertà è una pratica di continua riflessione sul sé e costruzione del sé». Si tratta, va precisato, di «una condizione graduale e multidimensionale: si può essere *più o meno* liberi, in rapporto ad alcuni o a tutti i parametri», e diversamente liberi in diversi ambiti. L’assoggettamento è la grave compromissione della libertà-autorialità: la condizione in cui si è quando gli schemi del sostrato non sono oggetto di una elaborazione sufficientemente attiva (il discrimine è inevitabilmente vago), ma sono invece recepiti passivamente. Anche l’assoggettamento è un fatto di grado, e relativo a diversi ambiti (PF 176).

Il quarto capitolo del libro è dedicato a illustrare i dettagli di questa idea, a mostrare in che modo possa essere riconciliata con la tesi della produzione sociale del soggetto, e a mostrare la sua sorprendente (ma non troppo) affinità con la rappresentazione dello sviluppo cognitivo e della creatività individuale, così come della variabilità e della trasformazione culturale, che emerge da diversi filoni delle scienze della mente contemporanee.

Segatti⁶¹ solleva delle perplessità contro la concezione foucaultiana della libertà-autorialità. Anzi tutto, (a) rileva che, per come le nozioni sono costruite, non vi è una necessaria co-implicazione delle condizioni di “dominato” e “assoggettato”: «la dominazione di A su B non implica anche l’assoggettamento di B», che può, inoltre, avere una autorialità maggiore rispetto ad A. (b) Da questo Segatti sembra inferire che, *di solito*, i dominati abbiano anche una autorialità maggiore rispetto ai dominanti: la stessa condizione di dominio li rende in grado di riconoscere meglio l’influenza che subiscono sulle proprie scelte e li spinge ad elaborare strategie creative per muoversi in un ambiente sociale più ostile. Questo, dice Segatti, può condurre ad una conclusione contro-intuitiva: che i dominati sono liberi *proprio perché* dominati. (c) Per ovviare a questo inconveniente, propone una interpretazione dell’autorialità «come concezione delle funzioni del ragionamento pratico».

Cerco di rispondere in modo sintetico. Il punto (a) è corretto: non c’è una necessaria co-implicazione fra dominazione e assoggettamento: sono due condizioni negative che possono dissociarsi. Il punto (b) esprime una tesi che non può essere attribuita a Foucault. Che dominazione e assoggettamento possano dissociarsi non implica che *frequentemente* si dissocino. Al contrario. Foucault sembra ritenere che, molto spesso, i dominati siano anche, sotto aspetti importanti, as-

⁶¹ SEGATTI 2020, § 3.1.

soggettati, e che una peculiare forma di assoggettamento, l'interiorizzazione delle categorie dei dominanti, sia parte rilevante delle condizioni che rendono la dominazione *self-maintaining* (PF 123 s., nt. 57). Mi sembra inoltre rischioso usare categorie come dominazione, o assoggettamento, in termini così assoluti. La dominazione indica rapporti asimmetrici di potere *in certi ambiti*: X può trovarsi "dominato" in ufficio, e "dominante" al circolo. L'assoggettamento è una condizione graduale, multidimensionale, e relativa ad ambiti: X può manifestare una grande autorità in un certo ambito di esperienza, e poco o nulla in un altro; può essere molto autoriale rispetto alla consapevolezza, e pochissimo rispetto al controllo e all'inventività. Infine, bisogna precisare che il concetto di libertà-autorialità è un concetto tecnico, che non pretende di dar conto del modo in cui il termine "libero" è usato comunemente, e che non pretende nemmeno l'uso esclusivo di questo termine: è perfettamente compatibile con *altri* sensi di libertà (ad esempio, libero come *non dominato*; o libero come *agente sulla base del proprio controllo razionale*; ecc.), purché non siano accompagnati dall'assunto della libertà-originarietà del soggetto. Con tutte queste cautele: sì, può darsi il caso che, in alcuni ambiti, qualcuno sia "libero" nel senso della libertà-autorialità proprio perché dominato. Ma dove sta il problema?

Riguardo al punto (c), non sono sicuro di aver compreso le idee di Segatti. Mi sembra importante, però, ribadire un punto. Il semplice accesso allo "spazio delle ragioni" – che è grossomodo quello che io ho chiamato "controllo raziocinativo" – non è sufficiente, nella prospettiva di Foucault, per raggiungere la soglia dell'autorialità. Perché? Perché il ragionamento è capillarmente costretto dagli schemi del sostrato. Per accedere ad un grado di libertà-autorialità tanto più alto, è necessario mettere in questione, ad un grado quanto più alto, quegli stessi schemi. Mettere dunque in questione valori e assunti di sfondo, modelli di inferenza e stili argomentativi, sistemi di pensiero e visioni del mondo, rappresentazioni di sé, gusti e inclinazioni, ecc. Non solo. È necessario che questo atteggiamento critico non sia guidato dalla preoccupazione di accedere ad una qualche verità oggettiva, ma dall'ebbrezza di *conoscersi per cambiarsi*, per il puro gusto di sperimentare nuove "forme del sé". Questo atteggiamento di fondo, che Foucault ricostruisce come "illuminismo dandy" (PF 195 s., 201-203), è, mi sembra, molto diverso da quello che spira fra le righe di Segatti.

7. Potere e teoria del diritto: repliche a Moreso

Nell'ultimo capitolo del libro, ho sostenuto che le considerazioni di Foucault sul potere disciplinare e sul potere governamentale puntino il dito su alcune gravi lacune di quella che chiamato "teoria del diritto *mainstream*" (TDM). Con questo nome, ho inteso «una rete di atteggiamenti generali, che riguardano la scelta dei campi di indagine, i prototipi attraverso i quali si tende a pensare il funzionamento del diritto, il modo nel quale si tende a concepire la propria disciplina e a tracciarne confini e rapporti con discipline diverse» (PF 324), che impregnano profondamente (e, direi, trasversalmente rispetto alle contrapposizioni più evidenti) gli studi contemporanei che si ascrivono allo (sfilacciato) ambito disciplinare "teoria (o filosofia, per chi crede che vi sia una differenza) del diritto". Questi atteggiamenti, ho asserito, sono principalmente tre: «(a) il feticcio della giurisdizione e la rimozione dell'amministrazione; (b) il focus raziocinativo e linguistico, con l'inerente ossessione dell'interpretazione e dell'argomentazione; (c) l'ambizione verso una separazione forte di teoria e sociologia del diritto» (PF 324). Essi contribuiscono in modo decisivo, ho sostenuto, a perdere di vista, o a sottovalutare, il ruolo che forme di potere riconducibili all'area del potere disciplinare e governamentale giocano nel diritto contemporaneo. Il potere disciplinare latamente inteso (forme coordinate e intenzionalmente disegnate di organizzazione, monitoraggio e addestramento del personale) costituisce un elemento imprescindibile del funzionamento degli apparati burocratici, e il diritto contemporaneo, in larghissima parte (giurisdizione inclusa), è costituito da, e funziona attraverso, un apparato amministrativo burocratizzato. Tecniche di regolazione sociale che giocano

un ruolo importante nel funzionamento del diritto contemporaneo sono chiare istanze di potere governamentale (l'esempio, ovvio, è proprio quello del *nudge*). Il potere disciplinare e il potere governamentale non operano attraverso regole, ma *scavalcando* le regole (anche se, spesso, con l'ausilio di regole). Queste forme di potere, inoltre, operano in connessione con saperi – come le scienze dell'organizzazione, la psicologia sociale e la statistica – che normalmente, almeno in Italia, non fanno parte della formazione del giurista, e tanto meno di quella del teorico del diritto. La disattenzione verso tutto questo, ho sostenuto, alimenta pesanti lacune e distorsioni. Ho segnalato le seguenti: (a) la scarsa attenzione verso il ruolo giocato da fattori organizzativi nella decisione giudiziale (a volte difesa attraverso una distinzione, a mio parere molto discutibile, fra “contesto di giustificazione” e “contesto di scoperta”); (b) una rappresentazione distorta del bilanciamento di poteri negli stati costituzionali, che, concentrandosi sulla dialettica fra legislazione e giurisdizione, e in particolare giurisdizione costituzionale, fa scivolare nell'ombra il Grande Leviatano che il costituzionalismo ha tentato di imbrigliare: il potere esecutivo, l'amministrazione statale, e in particolare quel settore nevralgico dell'amministrazione statale costituito dalle forze dell'ordine e dalle forze armate; (c) il totale disinteresse verso questa zona oscura del diritto, così problematica e così interessante: l'organizzazione dei corpi armati, civili e militari.

Questa critica va presa con cautela. Come ho precisato,

«[i]l processo alla TDM sarà per molti versi sommario e ingiusto, basato su una caratterizzazione semplicistica e riduttiva, che prescinderà da specificità raffinate e differenze importanti, a volte fondamentali, nel declinare, giustificare, riequilibrare gli atteggiamenti su indicati. Ma ciò contro cui è diretta la polemica non sono tanto i dettagli delle singole concezioni, quanto l'effetto d'insieme – [...] pesantemente distorsivo – delle loro grossolane convergenze» (PF 324).

José Juan Moreso ha colto perfettamente questo punto, e ha condiviso il bilancio generale. Nello stesso tempo, ha avanzato delle osservazioni che lo arricchiscono, e ne dosano meglio i termini. Gli aspetti su cui si è concentrato Moreso sono due, la TDM e l'amministrazione, e la TDM e la governamentalità. Mi trovo sostanzialmente d'accordo con tutte le sue considerazioni ma, per amore di discussione, mi sforzerò di trovare dei punti di divergenza.

Anzitutto, vorrei segnalare un piccolo fraintendimento, di cui mi assumo la responsabilità. Nel modo in cui l'ho presentata, la nozione di TDM è molto vaga, e non ha confini temporali precisi. Ma ciò che stava per me in primo piano mentre scrivevo era la teoria del diritto degli ultimi 40-50 anni (quella, per intenderci, che ha spostato pesantemente il suo asse su interpretazione, diritti, corti costituzionali: tutte cose importantissime, ma che, mi sembra hanno distolto *troppo* l'attenzione da cose altrettanto importanti). Non si può che concordare con Moreso sul fatto che uno dei tratti che ascrivo alla TDM, la rimozione dell'amministrazione (N.B.: dell'*amministrazione*, e non della *giurisdizione amministrativa*), non può essere attribuito alla teoria del diritto fra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo. Moreso si sofferma, a ragione, sul teorico del diritto più influente del '900, Hans Kelsen. La rappresentazione kelseniana del diritto come *organizzazione di poteri normativi* ha degli aspetti di cruciale importanza, che vanno in senso opposto rispetto ad alcuni atteggiamenti che rimprovero alla TDM. È, anzitutto, una rappresentazione imperniata sulla centralità del fenomeno organizzativo nel diritto contemporaneo. Inoltre, enfatizzando, come tratto di continuità fra le varie stanze e figure del gioco diritto, il potere normativo (l'aspetto nomodinamico), presenta la giurisdizione come una fra le sue tante possibili modalità, e non come *il* potere normativo per eccellenza, e, soprattutto, non come il tratto definitorio della giuridicità (il diritto non è per definizione *iurisdictio*). Nello stesso tempo, però, Kelsen è il paradigma di una rappresentazione – giustificata proprio dalla separazione forte di sociologia e scienza (teoria) del diritto – della struttura dell'amministrazione in *meri* termini di poteri normativi, astraendo completamente dalle strutture burocratico-disciplinari in cui questi

poteri operano. Da un lato è vero, come suggerisce Moreso, che il sistema dinamico kelseniano consente una rappresentazione agile della struttura della “macchina” amministrativa, e dei criteri di validità formale che sono parte imprescindibile del suo funzionamento. Ma è vero anche che la prospettiva kelseniana evita programmaticamente di integrare questa rappresentazione del disegno *de iure* della macchina nomodinamica con la considerazione dei fattori che ne rendono possibile (e spesso ne orientano o ne sviano) il funzionamento *de facto*. In questo rifiuto, si perde, o quanto meno si offusca, l’elemento essenziale, chiarissimo a Weber: ciò che fa sì che i comportamenti degli apparati amministrativi si adeguino agli schemi normativi, e che le catene di validità (o di comando, sia pure “de-psicologizzato”) funzionino in modo sufficientemente coordinato, non è né un’osservanza spontanea delle norme in quanto norme (contenuti di senso), né un’osservanza motivata da sanzioni, ma è, soprattutto, la “disciplina” creata dall’addestramento, nelle sue svariate forme. A me sembra che una delle intuizioni più solide delle critiche istituzionaliste al normativismo kelseniano – critiche, ci tengo a sottolineare, spesso in mala fede, oscure e oscurantiste – fosse proprio questa: le strutture di poteri normativi funzionano grazie a, e sono capillarmente orientate da, uno “sfondo di automatismi” socialmente condivisi (non è ovviamente un termine filologico: ma provate a sostituirlo alla schmittiana “konkrete Ordnung”⁶², o alle componenti spontanee, implicite, delle “organizzazioni sociali”, o “istituzioni”, romaniane⁶³), che non può essere analizzato negli stessi termini in cui sono analizzate le strutture di poteri normativi. Lo sfondo di automatismi *non è fatto da regole* (norme esplicite)⁶⁴. (Ciò che è oscurato, spesso in modo ideologico, negli scritti degli istituzionalisti del primo novecento, e che invece è chiarissimo a Weber, ed è l’asse portante dell’analisi di Foucault, è che lo sfondo di automatismi non è affatto, o non è più, un prodotto “spontaneo”, ma è in gran parte il risultato di tecniche di potere (PF 295-299)).

Moreso sottolinea un altro punto. La rappresentazione normativistica della macchina amministrativa, nei termini delle regole che ne disegnano il funzionamento *de iure*, a loro volta valide in quanto prodotte da un’autorità normativa sovraordinata, è funzionale ad un cruciale obiettivo politico: far valere la responsabilità giuridica dell’amministrazione, assoggettandola a regole e, in particolare, a regole prodotte dal legislatore democratico. Ed ecco che ricompare la giurisdizione, soprattutto la giurisdizione amministrativa. Anche qui, Moreso ha ragione. Non si deve affatto sottovalutare il ruolo cruciale che la giurisdizione amministrativa ha avuto e ha tuttora nel bilanciamento di poteri delle democrazie costituzionali e nella affermazione del *rule of law*. Ma non si deve nemmeno essere troppo sedotti da questo ruolo, e credere che il funzionamento delle amministrazioni – la parte più macroscopica del diritto contemporaneo – possa essere compreso solo alla luce del filtro giurisdizionale.

Il secondo gruppo di considerazioni di Moreso mira a mostrare come vi siano, anche all’interno della TDM, spiccate sensibilità nei confronti del tipo di potere che Foucault ha chiamato “governamentale”. Ci riesce perfettamente. Moreso richiama, ovviamente, Sunstein, co-teorizzatore del *nudge*. Ma fa anche esempi molto meno ovvi. Il passo di Bobbio che Moreso molto opportunamente cita mostra, nella sua solita chiarezza, un’intuizione nitidissima della struttura del potere governamentale, e della sua differenza rispetto al potere normativo. Ma, aggiunge Moreso, l’invito formulato da Bobbio, sulla base di questa intuizione, ad una maggiore ibridazione fra teoria e sociologia del diritto per indagare forme e tecniche di potere (regolazione sociale) diverse dal potere normativo, «siempre ha sido en la TDM una promesa casi incumplida»⁶⁵, e lo stesso vale per la apertura metodologica suggerita da Carrió.

⁶² SCHMITT 1934.

⁶³ ROMANO 1918.

⁶⁴ È questa l’idea centrale di CELANO 2014.

⁶⁵ MORESO 2020, 237.

Concludendo. Nella TDM ci sono numerose eccezioni, non affette dalle sue caratteristiche “macchie cieche” (per la verità, più eccezioni riguardo all’ambito della governamentalità che a quello, davvero negletto, dell’amministrazione). Ma queste eccezioni riescono a cambiare l’effetto d’insieme? Secondo me (e credo anche secondo Moreso) ancora no, non abbastanza.

Riferimenti bibliografici

- BADDELEY A., EYSENCK M.W., ANDERSON M.C. 2009. *Memory*, Hove, Psychology Press.
- BRIGAGLIA M. 2016. *Rules and norms. Two kinds of normative behaviour*, in «Revus», 30, 2016, 33 ss.
- BRIGAGLIA M. 2014. *Foucault e il potere. Una risistemazione analitica*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014, 519 ss.
- BRIGAGLIA M. 2016. *Rules and norms. Two kinds of normative behaviour*, in «Revus», 30, 2016, 33 ss.
- BRIGAGLIA M. 2018. *Genealogia della normatività. La normatività come controllo*, «Diritto & Questioni pubbliche», 18, 1, 2018, 59 ss.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Foucault naturalizzato: soggetto, assoggettamento, libertà*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19, 1, 2019, 63 ss.
- BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- CARUANA F., BORGHI A. 2016. *Il cervello in azione*, Bologna, Il Mulino.
- CELANO B. 2012. *Hart's Blind Spot. Il tassello mancante in The Concept of Law*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, 405 ss.
- CELANO B. 2014. *Pre-convenzioni. Un frammento dello sfondo*, in «Ragion pratica», 43, 2014, 605 ss.
- CELANO B. 2020. *Potere disciplinare e norme incorporate*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 20, 2020, 195 ss.
- EVANS J.ST.B.T. 2007. *Hypothetical Thinking. Dual Processes in Reasoning and Judgment*, Psychology Press, Hove - New York.
- EVANS J.ST.B.T., STANOVICH K.E. 2014. *Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate*, in «Perspectives on Psychological Science», 8, 3, 2014, 223 ss.
- FOUCAULT M. 1975a. *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris.
- FOUCAULT M. 1976. *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité I*, Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 2001a. *Dits et écrits I. 1954-1975*, a cura di D. Defert e F. Ewald (con la collaborazione di J. Lagrange), Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 2001b. *Dits et écrits II. 1976-1988*, a cura di D. Defert e F. Ewald (con la collaborazione di J. Lagrange), Paris, Gallimard.
- FOUCAULT M. 2004a. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil-Gallimard.
- FOUCAULT M. 2004b. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Seuil-Gallimard.
- FOUCAULT M. 2013. *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, Paris, Seuil-Gallimard.
- KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin, 2011.
- KELLY M.G.E. 2014. *Foucault and Politics: A Critical Introduction*, Edimburgh, Edimburgh University Press.
- LUKES S. 2005. *Power. A Radical View*, 2 ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- MORESO J.J. 2020. *La Cenerentola e la zucca. Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 20, 2020, 207 ss.
- PATTON P. 2014. *Foucault and the Strategic Model of Power*, in «Critical Horizons», 15, 1, 2014, 14 ss.
- ROMANO S. 1918. *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze.
- SCHMITT C. 1934. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt.

- SEGATTI M. 2020. *Foucault dopo Brigaglia: ultra-radicale, pragmatico o pragmatista?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 20, 2020, 221 ss.
- SPENA A. 2020. *Può il potere essere neutrale? Agonismo, resistenza e soggettività*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 20, 2020, 237 ss.
- STANOVICH K.E. 2011. *Rationality & the Reflective Mind*, Oxford, Oxford University Press.
- SUHLER C.L., CHURCHLAND P.S. 2009. *Control: Conscious or otherwise*, in «Trends in Cognitive Science», 13, 8, 2009, 341 ss.
- WEBER M. 1922. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr.

RECENSIONI

LA SOSTENIBILE
CERTEZZA NEL DUBBIO
A PROPOSITO DI UN LIBRO
DI ANTONIO INCAMPO
E ADOLFO SCALFATI
SU 'GIUDIZIO PENALE
E RAGIONEVOLE DUBBIO'

PIERO **MARRA**



La sostenibile certezza nel dubbio
A proposito di un libro di Antonio Incampo e Adolfo Scalfati
su *Giudizio penale e ragionevole dubbio*

The Sustainable Certainty in the Doubt
About a Book by Antonio Incampo and Adolfo Scalfati
on *Giudizio penale e ragionevole dubbio*

PIERO MARRA

Dottorando di ricerca in “Diritto romano, teoria degli ordinamenti e diritto privato del mercato”,
Dipartimento di diritto ed economia delle attività produttive, Università “La Sapienza” di Roma.
E-mail: piero.marra@uniroma1.it

ABSTRACT

Il presente contributo, nell’offrire una lettura del volume curato da Antonio Incampo e Adolfo Scalfati, *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, affronta il tema del tipo di rapporto che vi può essere tra la “certezza del diritto” e l’inevitabilità, pur se “ragionevole”, del dubbio nel processo penale. La soluzione al problema dipende dal significato di certezza che può anche essere osservata in chiave dialogica, costruita cioè nello svolgersi dialettico del processo e nella sua dimensione esistenziale ed empatica.

The paper offers a reading of the volume, edited by Antonio Incampo and Adolfo Scalfati, *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, about the question of what kind of relationship can there be between “legal certainty” and the inevitability, even though “reasonable”, of doubt in the criminal trial. The answer to the topic depends on the meaning of certainty which can also be observed in a dialogical way, that is built in the dialectical becoming of legal process and in its existential and empathic dimension.

KEYWORDS

oltre ogni ragionevole dubbio, (dia)logica del dubbio, *quaestio facti*, *eikos*, certezza morale

beyond any reasonable doubt, (dia)logic of doubt, *quaestio facti*, *eikos*, moral certainty

La sostenibile certezza nel dubbio

A proposito di un libro di Antonio Incampo e Adolfo Scalfati su *Giudizio penale e ragionevole dubbio*

PIERO MARRA

L'esperienza del dubbio nel processo penale sembra logorare *ab intra* il valore della “certezza del diritto” simbolicamente rappresentato nella monodia della decisione giudiziale¹. A questa notazione non sfugge nemmeno il giudizio che superi la totalità dei dubbi ragionevoli, *beyond any reasonable doubt*². Resta, dunque, il problema centralissimo di spiegare in che termini sia ancora sostenibile la “certezza del diritto” dinanzi alla inevitabilità, pur se “ragionevole”, del dubbio. Una questione che non è solo morale o politica, stando alle parole di Hans Kelsen, ma anche giuridica, perché coinvolge il tema della validità della decisione³. È la domanda da cui parte il volume curato da Antonio Incampo e Adolfo Scalfati in un'opera unica per l'ampiezza interdisciplinare dei contributi su un principio cardine del processo penale.

Il carattere eminentemente esistenziale del processo postula innanzitutto che il giudice sia un soggetto volente, quasi incline all'errore in ragione della sua ontologica “finitudine”⁴. Il che esclude da subito quella rigida “meccanica dell'obbedienza” secondo cui legalità e passività del giudice sono condizioni tra loro inseparabili per evitare la fallibilità del giudizio e, quindi, l'insorgere del dubbio. Tale considerazione si fa ancor più pregnante se si osserva il giudizio dal punto di vista dell'accertamento del fatto, poiché:

* INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio* (collana *Unità del sapere giuridico. Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche*, diretta da Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati), Bari, Cacucci, 2017.

¹ Un interessante spunto di riflessione in tema di “certezza del diritto” è dato dall'analisi di Antonio Punzi sulla delusione del giovane Carl Schmitt all'esito del suo studio sulla filosofia del giudizio condotta in *Gesetz und Urteil*. Scrive Punzi: «Calandosi nel cuore dell'esperienza giuridica, però [...] Schmitt sembra non trovare ciò che in realtà andava cercando: l'univocità di una decisione che, con potenza quasi divina, potesse ricondurre ad ordine la dinamica e conflittuale realtà sociale. E ciò, potrebbe dirsi, per la natura della cosa: nella giurisprudenza, infatti, le decisioni sono intrecciate ad interpretazioni e motivazioni, sono governate dalla logica del probabile, dunque prive di irrefutabile certezza, si traducono in pronunce spesso soggette a revisione che, anche quando assurgono a “cosa giudicata”, continuano ad essere oggetto di rivisitazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza successive. Il vero è che le decisioni nella giurisprudenza rimangono sempre legate al luogo da cui nascono – la dimensione plurale del contraddittorio e l'ordine che può scaturire dalla soluzione del conflitto, se esiste, può essere solo plurivoco». Si veda PUNZI 2018, 27-36. Cfr. anche PRETEROSSO 1996.

² Nell'introdurre il suo saggio, riferendosi al criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, Stefano Fuselli parla più correttamente di «canone processuale dalla duplice valenza». Cfr. FUSELLI 2017, 49.

³ Al riguardo KELSEN 1934, 117 ss. afferma che: «la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso possibile qualsiasi, è conforme alla norma [...] il problema per cui ci si chiede quale, fra le possibilità date in uno schema, sia quella giusta, non è un problema rivolto alla conoscenza del diritto positivo, non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico». In direzione opposta, Carl Schmitt ritiene che il problema della previsione e del controllo della decisione sia centrale per la giurisprudenza e debba, pertanto, essere risolto.

⁴ Tale aspetto emerge nitidamente nel saggio di MONTANARI 2017, 87, il quale afferma che della *finitudine* della “soggettività” «era ben consapevole anche Cartesio, ma dalla quale Kant trae tutte le conseguenze, in quanto limite e potenza del pensiero umano, senza alcun appello al Trascendente. *Potenza*, proprio in quanto prodotto di un *limite* che non è solo ontico-materiale, ma ontologico-esistenziale. Tale *limite*, infatti, contiene in sé la capacità di pensare *oltre* il dato empirico-fenomenico. Capacità *logica* (ogni “limite” implica *logicamente* un *oltre*, appunto), che a sua volta contiene la provvisorietà del risultato cognitivo, poiché ogni dato conosciuto, rientrando nell'esperienza, è solamente una *possibilità* del pensiero *strutturalmente finito*, retta dalla logica interna della pensabilità».

«nel valutare il fatto, il giudice incontra la parte. Entra a contatto con la realtà sociale in tutte quelle sue articolate ramificazioni che nessun sovrano o legislatore potranno mai definire e circoscrivere»⁵.

Con il richiamo morale al libero apprezzamento delle prove (e all'*intime conviction* del giudice), il soggetto, nel superare la dicotomia innocenza-colpevolezza⁶, primeggia ineludibilmente sul fatto. Ed è proprio il primato “normativo” del soggetto sulla “conoscenza” del fatto (ciò che Bacone indicherebbe come *idola specus*) a determinare l'errore nei processi valutativi. Eppure, il momento cognitivo permane, pur nella sua insufficienza.

Stando alle analisi di Cassirer, infatti, anche la conoscenza scientifica è relativa (aspetto, questo, ben messo in evidenza dalla teoria generale delle relatività in Einstein)⁷: contano più che altro le “rappresentazioni simboliche” dello sguardo⁸. In altre parole, pur a voler considerare il giudice uno scienziato, il dubbio rimane. E rimane anche se la conoscenza scientifica è concepita come assoluta. La molteplicità del reale sfugge di continuo alla previsione *ex ante* di una “generalizzazione empirica” espressa in massime di esperienza o in leggi scientifiche. Queste, in effetti, non sono in grado di schematizzare tutte le circostanze o condizioni singolari, comprese le anomalie delle serie causali in un fatto passato *qua* passato⁹. D'altronde, a mancare è proprio la *simultaneità* tra l'accadimento del fatto e la sua conoscenza. Sicché, il fatto non può mai essere accertato *in sé* e *per sé*. A meno che non si stia parlando di un tale Agente o Ente che resti al di fuori della portata della scienza. *Hoc dicimus Deum*.

In questo senso, i risultati della statistica (comprensiva dell'apporto neuroscientifico) risultano insoddisfacenti nella misura in cui si riducono alla fallacia del formalismo interpretativo, secondo cui l'idea astratta è in grado di catturare e/o misurare *simul et idem* la fatticità del reale. Non a caso, la verifica scientifica di un “antecedente” nei sistemi complessi porta in genere a stabilire una condizione soltanto *sufficiente* e non anche *necessaria*.

«Essa può accertare in astratto, e unicamente in astratto, che P sia causa di Q. Appena, però, si passa dall'ipotesi astratta al caso concreto, le cose si complicano. Si dice che P è causa di Q, ma non si sa se proprio “lì” e “in quel preciso istante” sia stato P, oppure altro da P, a causare Q»¹⁰.

Il sapere scientifico, così, mostra tutta la sua insufficienza di fronte ai casi unici ed irripetibili della vita¹¹.

⁵ AMATO 2017, 15. In realtà, la locuzione “fatto” non tiene in debita considerazione la questione della valutatività o meno degli elementi materiali del reato e, in generale, il problema della riferibilità della logica *Bard* alla fattispecie soggettiva del reato, con chiari rimandi all'applicabilità della legge di Hume. In tal senso, è preferibile parlare di fattispecie, più che di fatto-reato, in quanto la categoria della “fattispecie” è in grado di comprendere tutti gli elementi utili per l'applicazione della norma penale: l'elemento oggettivo e soggettivo, i presupposti e gli elementi costitutivi del reato, la condotta ed il nesso di causalità, l'evento, le condizioni di punibilità, le cause di giustificazione e così via. Ovviamente, se nel saggio viene utilizzata la locuzione “fatto” è solo per semplificare il problema terminologico. A cogliere il legame tra la regola *Bard* ed il diritto penale sostanziale vi è il saggio di AMBROSETTI 2017, 145-157. Sull'utilizzo del termine “fattispecie” rinvio a INCAMPO 2016, 118, nonché a RUGGIERO 1965, 136.

⁶ Anche secondo SOZIO 2017, 111: «Dubbio e decisione sono concetti in qualche modo correlati: nel processo, [...] a fronte della *doppiezza* ontologica del dubbio v'è l'atto della decisione, il taglio di uno dei due corni del *doppio*. Nel processo penale, [...] il dubbio è il luogo in cui si gioca l'ambi-valenza di chi si giudica: giudizio di innocenza e giudizio di colpevolezza non sono ancora scissi, sono ancora intrecciati, per così dire, attorno al fatto da ricostruire e alla *mens rea* da verificare».

⁷ In direzione opposta, nel tentativo di stabilire l'oggettivo significato dello spazio e del tempo, lancia una sfida *epistemica* alla fisica contemporanea il volume di PASQUALUCCI 2015. Sul punto, rimando alla nota critica di SAVA-RESE 2018, 177-186.

⁸ L'argomento è affrontato nel saggio di MONTANARI 2017, 88-89.

⁹ Cfr. COSTANZO 2017, 41-44.

¹⁰ Cfr. INCAMPO 2017, 66.

¹¹ Precisa Incampo che la difficoltà di giungere ad una conclusione certa induce i giudici da un lato ad affermare che non è sufficiente una prova fondata su un criterio di sola probabilità, dall'altro a trasformare i reati di danno in

Alla fine, per superare lo scarto tra conoscenza e realtà, vi è comunque la decisione: inevitabile in virtù di un obbligo [*Sollen*], o di una necessità [*Müssen*]. Eppure, non si tratta dell'unica decisione possibile. Di qui la sua imprevedibilità. Allo stesso tempo, però, l'imprevedibilità rafforza il principio di autorità del giudice e l'esigenza, radicata nel senso comune, di stabilità del risultato¹². È dunque tale scarto che esige l'intervento di una valutazione soggettiva, purché venga consacrata nella decisione del caso concreto. Non senza limiti. Limiti imposti da una (*dia*)logica del dubbio.

Come fare ad uscirne? Riecheggiano più che mai le parole di Hegel che, sostenendo l'inconoscibilità dell'Assoluto, giungono comunque alla conclusione per cui l'Assoluto non può starsene lontano dalla verità¹³. Per il processo, le cose non cambiano.

In un certo qual modo, è proprio la carica emotiva del canone *Bard* [*beyond any reasonable doubt*] a rafforzare l'idea di una scienza *a priori* di validità della sentenza. In tal senso, la certezza del diritto valorizza l'obbligo di motivazione che assurge a fondamento di una moralità intrinseca [*inner morality*] della decisione, per citare una tesi fondamentale del filosofo americano Lon L. Fuller in *The Morality of Law*¹⁴. Secondo Fuller, infatti, il giudice deve sì rimanere imparziale (ovvero "non parziale") di fronte alla conoscenza del fatto, ma non può restare senza un impegno intimo ed una presa di posizione di fronte a questioni inerenti alla morale processuale del diritto. Una di queste sta nell'esigenza di rendere intelligibile il contenuto della sentenza. Nessun giudizio può privarsi di un supporto motivazionale¹⁵. È come dire: al di là della certezza, la verità universale dell'obbligo di una sentenza motivata.

La questione, allora, è sapere se sia pensabile la "certezza del diritto" davanti al dubbio ragionevole nel processo. La risposta dipende dal significato di "certezza". La certezza, infatti, si può dire in molti modi.

Se il concetto di "certezza del diritto" viene storicizzato nell'idea di prevedibilità della decisione giudiziaria (come accade con il consolidarsi del precedente), allora il processo (e quello penale su tutti) non potrà mai dirsi davvero "certo" davanti alla singolarità del fatto. In questo campo, peraltro, tale certezza non sarebbe nemmeno dicibile, giacché il giudice deve essere libero di pensare fino in fondo la complessità degli eventi singoli, senza modelli precostituiti (che pure indurrebbero in errore); libero dal potere, che non può dettargli il contenuto della sentenza, imponendo il modo in cui osservare e comprendere nel presente una realtà passata. In effetti, in quest'ottica, il precedente non sarebbe altro che pre-giudizio. Ma anche a voler intendere la certezza in senso materiale, le cose non cambiano. Le ragioni sono le stesse e cioè quelle dell'impossibilità ontologica di accertare il fatto nella sua simultaneità.

Il discorso cambia se la certezza del diritto è guardata in chiave dialogica e fronetica, costruita cioè nel divenire del processo ed attorno alla sua dimensione esistenziale ed empatica¹⁶. Una di-

reati di pericolo. Lo fanno tutte le volte che accertano il nesso di causa non come ciò che *ha* effettivamente determinato un certo evento, bensì come ciò che *potrebbe* astrattamente avere proprio quegli esiti. Con l'effetto paradossale ed in sé contraddittorio di ragionare sempre in astratto, ma con la logica della probabilità. Cfr. INCAMPO 2017, 69-72.

¹² Sul punto, si veda INCAMPO 2016, 53. In tal senso, COSTANZO 2017, 35 afferma che: «l'errore [...] viene causato anche dal fatto che gli artigiani del pensiero che lo producono non possono rinviare a lungo le loro scelte, perché le loro attività devono produrre risultati».

¹³ HEGEL 1807, 65: «Un tale timore [...] presuppone che l'Assoluto se ne stia da una parte e il conoscere dall'altra, per sé e separato dall'Assoluto, pur essendo qualcosa di reale; ovvero presuppone che il conoscere, il quale fuori dell'Assoluto è indubbiamente anche fuori dalla verità, sia poi tuttavia veridico: assunzione per cui ciò che si chiama paura dell'errore si fa, invece, piuttosto conoscere come paura della verità». Lo spunto per tale riflessione è tratto da INCAMPO 2016, 45-46.

¹⁴ Non ci si soffermerà sui limiti e sulle ambiguità della sua speculazione. Sul punto, rimando in particolare alle analisi condotte da DAL BROLLO 1986.

¹⁵ SCHMITT 1912, 90.

¹⁶ Sul carattere dialogico del processo, sono lungimiranti le parole di Antonio Punzi secondo cui: «il giudizio giuridico, inteso nella sua struttura specifica, è opera per definizione plurale, che si lascia, certo, ridurre ad *unum* nella decisione, ma all'esito di un procedimento discorsivo in cui vengono narrati fatti, interpretate regole, illustrati ar-

menzione, questa, che da un lato sperimenta tutta la finitudine dei processi conoscitivi, dall'altro è in grado di accogliere un'idea processuale di verità come "rappresentazione plausibile" di «una delle possibilità che si nascondono dietro la realtà», per citare il monito di Friedrich Dürrenmatt nel linguaggio simbolico di *Giustizia*¹⁷. Tale rappresentazione, peraltro, riesce ad orientare la decisione anche su base empatica, come accade nell'approccio cognitivo dello *Story Model*¹⁸.

Non per questo, tuttavia, la certezza dialettica è meno oggettiva della prima. La spiegazione si può rinvenire nella nozione aristotelica di *eikos* (traducibile con "verosimile"). Nell'*eikos*, infatti, è presente l'idea di regolarità, pur se si muove sul terreno dell'opinione e dell'opinabile (*endoxa*). Il verosimile, cioè, costituisce un metodo di organizzazione e di unificazione dei dati empirici capace di rendere intelligibile e coesa un'esperienza intrinsecamente incerta in quanto passata. In questo senso, l'*eikos* si comporta come l'universale vero.

«Pur essendo, quindi, un *per lo più*, tuttavia la regolarità espressa dall'*eikos* appare dotata di una legalità tale da costituire, nell'ambito di ciò che ammette sempre un'alternativa, l'analogo dell'universale. Esso non è l'universale, tuttavia gli assomiglia, dal momento che intrattiene con il molteplice *lo stesso tipo di rapporto* che l'universale intrattiene con il particolare»¹⁹.

Il processo, dunque, non rinuncia affatto alla certezza "morale" – in quanto dialogica ed esistenziale – del diritto. È questa un'interessantissima chiave di lettura che mi sembra emerga analizzando il volume a cura di Antonio Incampo e Adolfo Scalfati. Infatti, per dirla ancora con Fuller, il carattere morale del diritto sta ad indicare più che altro un criterio di riferimento della complessa responsabilità (interiore) di coloro che hanno i compiti di fare, installare, disegnare, applicare un sistema giuridico, che possa poi mantenersi in piedi e funzionare con la cooperazione di tutti. Potremmo definirla la "morale del dovere" [*morality of duty*]. Non a caso, lo si è detto parlando dell'*eikos*, il contesto di scoperta nell'accertamento del fatto è essenzialmente cooperativo e dialogico essendo costruito su di una base comune. In questo senso si può ancora parlare di certezza.

Così, se è vero che nel processo non dimori affatto l'assoluto di una certezza universale, è altrettanto vero che proprio per questo, l'uomo non può che sentirsi irriducibile ad una volontà senza limiti. Limiti che costituiscono la misura della ragione che è ancora in grado di amministrare la giustizia mediante «l'applicazione di una tecnica ragionata all'esperienza sviluppata dalla ragione e alla ragione collaudata dall'esperienza»²⁰.

Anzi. È proprio il dubbio ragionevole ad affermare prepotentemente la stabile certezza del diritto. D'altronde, per ricordare il detto di un antico filosofo cinese, Mencio: «quando un calzolaio si mette a fare un paio di scarpe senza conoscere la misura del piede, egli certo non finisce col fare un canestro di vimini»²¹.

A ben vedere, allora, dinanzi alla relatività della conoscenza (e, forse, anche delle stesse qualità primarie dell'oggetto), il dubbio *dialogico* non è affatto fattore di inquinamento, ma assolve

gomenti, prodotti documenti, escussi testimoni, svolte perizie. Il giudizio giuridico non si identifica con la decisione, ma si articola in un procedimento discorsivo che giunge a decisione grazie all'attività di molte parti e nel rispetto di regole [...] Il diritto è discorso prima che decisione e questa, senza quello, somiglia più ad un pugno picchiato sul tavolo che ad un esercizio intersoggettivo della ragion pratica [...] il *logos* del diritto è *dia-logos*, che si traduce, sì, in una decisione, ma intesa come giudizio che attribuisce "a ciascuno il suo" grazie ad un'impresa collettiva e cooperativa che richiede l'uso del *ragionamento pratico*. E ciò non può condurre ad una decisione priva di increspature, per l'appunto, al di là di ogni ragionevole dubbio. La decisione, quindi, è prima di tutto discorso ed argomentazione prima ancora che ordine volto a disciplinare il caso singolo». Cfr. PUNZI 2018, 33.

¹⁷ PANNARALE 2017, 97-110.

¹⁸ Cfr. sul punto SOZIO 2017, 111-124.

¹⁹ FUSELLI 2017, 60.

²⁰ Il riferimento a POUND 1951, 91 non ha alcun intento storicistico. Sul punto cfr. COTTA 1952, 51 e 53.

²¹ La citazione è in FULLER 1949, 694-695.

epistemologicamente la funzione critico-pratica di rendere intelligibile la realtà stessa. Fino al punto di riscoprire la certezza del diritto, sebbene all'interno di un contesto figurativamente stabile radicato nelle esigenze del senso comune: «è qui che il superamento “soggettivo” del dubbio (“non ho più dubbi”) trapassa in un “oltre” *ragionevolmente* oggettivo: “non ci sono più dubbi”»²². Non si tratta, tuttavia, di una certezza solo apparente; a patto di specificarne bene i nomi.

²² MONTANARI 2017, 84.

Riferimenti bibliografici

- AMATO S. 2017. *Chi sa riconoscere l'errore? Il problema delle neuroscienze*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 13 ss.
- AMBROSETTI E.A. 2017. *Ragionevole dubbio e nesso causale*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 145 ss.
- COSTANZO A. 2017. *L'errore giudiziario come difetto di imparzialità*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 35 ss.
- COTTA S. 1952. *Le basi storicistiche della concezione del diritto in Roscoe Pound*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1-2, 1952, 51 ss.
- DAL BROLLO A. 1986. *La moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Roma, Bulzoni Editore.
- FULLER L.L. 1949. *The Problems of Jurisprudence*, New York, Foundation Press.
- FUSELLI S. 2017. *Al di là di ogni ragionevole dubbio: profili logici ed epistemologici*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 49 ss.
- HEGEL G.W.F. 1807. *Fenomenologia dello spirito*, 1, Firenze, La Nuova Italia, 1960 (ed. or *Die Phänomenologie des Geistes*, Bamberg/Würzburg, Joseph Anton Goebhardt, 1807, trad. it. di E. De Negri).
- INCAMPO A. 2016. *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, Cacucci.
- INCAMPO A. 2017. *Propter iustos. Probabilità e ragioni del dubbio nella giustizia penale*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 63 ss.
- INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.) 2017. *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci.
- KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1984 (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke, 1934, trad. it. di R. Treves).
- MONTANARI B. 2017. *Il Dubbio, schermo per una fictio necessaria: la "Verità"*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 79 ss.
- PANNARALE L. 2017. *Oltre ogni ragionevole certezza. La giustizia secondo Friedrich Dürrenmatt*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 97 ss.
- PASQUALUCCI P. 2015. *Metafisica del soggetto II. "Il concetto dello spazio"*, Milano, Giuffrè.
- POUND R. 1951. *Justice According to Law*, New Heaven, Yale University Press.
- PRETEROSSO G. 1996. *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza.
- PUNZI A. 2018. *L'insostenibile pluralità della giurisprudenza. Il giovane Schmitt e la certezza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 2018, 27 ss.
- RUGGIERO G. 1965. *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, Jovene.
- SAVARESE P. 2018. *Il soggetto e la conoscenza dell'Universo: alcune aporie nascoste*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 2018, 177 ss.
- SCHMITT C. 1912. *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, a cura di E. Castrucci, Milano, Giuffrè, 2016 (ed. or. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, Beck, 1912).
- SOZIO M. 2017. *Il ragionevole dubbio: tra salvezza dell'anima e complessità empatica*, in INCAMPO A., SCALFATI A. (eds.), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, III ss.

LE FRONTIERE DELLA GIUSTIZIA NELL'ERA DELLE MIGRAZIONI INTERNAZIONALI

GIOVANNI **BOMBELLI**



Le frontiere della giustizia nell'era delle migrazioni internazionali

The Borders of Justice in the Age of International Migrations

GIOVANNI BOMBELLI

Professore Associato di Filosofia del diritto e Metodologia e Informatica giuridica, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano.

E-mail: giovanni.bombelli@unicatt.it

ABSTRACT

Il volume affronta la “questione migratoria” considerata come uno dei temi fondamentali del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo. Esso si focalizza su molti profili tra loro connessi: l'orizzonte della globalizzazione, la percezione sociale dei flussi migratori, la prospettiva della “giustizia globale” e, infine, le opzioni politico-giuridiche. Il carattere epocale della questione migratoria postula il ripensamento della grammatica giuridica di matrice moderna (Stato, diritto, confini), in particolare in ordine alla creazione delle condizioni per il raggiungimento della “giustizia globale”.

The volume addresses the “migration question” as a fundamental issue of the contemporary philosophical-legal debate. It focuses on several connected issues: the horizon of globalization, the social perception of the migration flows, the perspective of the “global justice” and, finally, the political-legal options. The epochal nature of the migration question entails the rethinking of the modern conceptual-legal grammar (State, law, borders), especially in order to create the conditions for the achievement of “global justice”.

KEYWORDS

migrazione, globalizzazione, diritto, stato, giustizia

migration, globalization, law, state, justice

Le frontiere della giustizia nell'era delle migrazioni internazionali

GIOVANNI BOMBELLI

Come noto, la “questione migratoria” rappresenta ormai una *issue* fondamentale non solo a livello di analisi scientifico-accademica ma, in misura ancora maggiore, nel contesto dell'arena mass-mediatica. Essa infatti si situa singolarmente all'incrocio di dibattito pubblico, elaborazione di opzioni politiche (*policies*) e adozione di scelte normative.

Tuttavia, l'eterogeneità dei fattori che ne integrano la multiforme articolazione rende opachi e continuamente cangianti i contorni del problema migratorio. Un insieme di linee e nodi problematici, talora inestricabili, che contribuiscono a configurare la questione migratoria come una sorta di *puzzle* complesso la cui articolazione si può ricostruire solo unendone i pezzi.

Da questa prospettiva il volume *Challenging the Borders of Justice in the Age of Migrations* (SPRINGER 2019) rappresenta uno strumento prezioso. Sin dalla densa *Introduzione* di Juan Carlos Velasco e MariaCaterina La Barbera si focalizzano schematicamente, ma lucidamente, alcuni nodi critici fondamentali che connotano la questione migratoria: l'orizzonte della globalizzazione, la percezione sociale delle dinamiche migratorie, il tema della “giustizia globale” nonché delle conseguenti opzioni politiche e giuridiche possibili.

Da tempo, una ricca letteratura ha evidenziato come il tema migratorio sia strutturalmente connesso ai processi globalizzanti o, in termini più generali, al contraddittorio scenario socio-politico ad essi conseguente. Sotto questo profilo sembra delinearsi una sorta di processo circolare per il quale “questione migratoria” e “globalizzazione” rappresentano dimensioni contigue che si alimentano reciprocamente: la prima rappresenta un profilo decisivo delle dinamiche globalizzanti e, al contempo, queste ultime ne costituiscono l'ineludibile cornice strutturale.

Del resto, le contraddizioni che segnano i contesti globalizzati connotano, altresì, le modalità con le quali il problema migratorio viene colto e concretamente vissuto.

Di là dal freddo riferimento ai numeri concernenti i volumi complessivi di mobilità sociale, di cui peraltro il testo fornisce attenta documentazione, sembra emergere progressivamente un tratto davvero cruciale: la *percezione* media o “comune” del fenomeno. Una percezione che, manipolata dalla grancassa massmediatica, risulta spesso funzionale a interessi contingenti con la conseguente distorsione radicale della reale entità dei processi in essere. Saldandosi con un'idea strumentale di “sicurezza” sociale, accade così che il comune sentire, obliando quanto similmente registratosi in momenti storici anche più complessi, tende a offuscare la natura strutturale della questione migratoria: ciò che, al contempo, segna la crisi dell' “ottimismo cosmopolitico” sotteso a buona parte dell'*idem sentire* originatosi a partire dalla seconda metà del Novecento.

Ed è in questo quadro che si staglia, rendendosi maggiormente comprensibile, la grande questione della “giustizia (globale)”, che il volume, molto opportunamente, tematizza in relazione a livelli molteplici.

Innanzitutto, secondo una prospettiva generale, con riguardo all'insieme complesso di sfide normative intese in chiave olistica: un dato di novità non soltanto nel *milieu* dell'arena pubblica, ma anche a livello di dibattito accademico. In questo senso risultano preziosi i saggi compresi nella prima parte del volume ove il riferimento empirico si coniuga con l'indagine teorica. Il progressivo riprodursi di un quadro di *structural injustice*, ben enucleato nell'analisi di Juan Car-

* Recensione di VELASCO J.C., LA BARBERA M.C. (eds.) 2019. *Challenging the Borders of Justice in the Age of Migrations*, Dordrecht, Springer.

los Velasco (pp. 17-36), che approda all'idea di confine "dinamico", non può che esitare nella problematica tensione "ragioni territoriali (locali)/ragioni umane (universali)" focalizzata da Federico Arcos (pp. 37-55) come costante del dibattito intorno ai flussi migratori (ma, si può aggiungere, già tutta interna al pensiero comunitarista almeno degli ultimi tre decenni). La prospettiva cosmopolitica, evocata nel saggio di Velasco, viene sviluppata da Daniel Loewe (pp. 57-71) in chiave kantiana attraverso la nozione di "comunità umana" riguardata come condizione di garanzia di un *equal opportunity principle*. In prospettiva migratoria ciò postula una rivisitazione critica "sul campo" di alcune tradizionali teorie della giustizia, segnatamente quelle di matrice liberal-capitalistica o neoliberale à la Rawls, come rimarca José Zamora (pp. 73-92) enfatizzandone i limiti teorici e i riflessi sul piano delle politiche redistributive.

Ed è in questa linea che, ad un secondo livello, emerge la questione fondamentale rappresentata dalla giustizia distributiva, in particolare per quanto attiene all'implementazione di *policies* (nazionali e internazionali) e alle relative opzioni normative cui si chiede di essere vieppiù operative a fronte della crescente complessità delle dinamiche migratorie.

Sotto questo profilo vanno lette la seconda e la terza parte del volume, che scandagliano l'intreccio tra dinamiche migratorie, elaborazione di *policies* globali e orizzonte della *justice*, a partire dal prezioso saggio di taglio antropologico-esistenziale di Alessandro Pinzani (pp. 139-156), dedicato ai contesti socio-normativi nei quali prende corpo l' "esperienza del sentirsi migrante". Il ripensamento del cosmopolitismo come universalismo procedurale a struttura aperta, proposto in modo forse troppo ottimistico da Isabel Turégano (pp. 95-116), diventa allora premessa per ripensare un istituto giuridico cruciale come quello della "cittadinanza" nel quadro della crisi dell'idea rawlsiana di *justice* come *basic structure*, approfondita da Francisco Blanco Brotons (pp. 117-138), e alla luce del *network* di *structural injustices* sotteso alla globalizzazione dei processi migratori. Di qui la necessità di riconcettualizzare il perimetro delle democrazie nazionali in prospettiva cosmopolitica, come sottolinea con fervore David Álvarez (pp. 157-179), con particolare riguardo alle realtà urbane abitate dall'universo dei *refugees* e con l'auspicio di costruire un *network* transnazionale.

L'ultimo gruppo di saggi, dedicato a profili più specifici, rimarca il versante situazionale o, con il lessico acutamente proposto da Zuzana Uhde nel suo contributo, la "*lived critique of injustice*" (pp. 183-179). Una dimensione riferita essenzialmente ai "*marginalized groups of migrants*" e imperniata sulla categoria di "vulnerabilità": un *topos* del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo e ivi declinato in relazione all'universo femminile. MariaCaterina La Barbera (pp. 205-224) riprende tale categoria conferendo rilevanza alla "struttura di genere", in quanto costitutiva di una teoria della giustizia, aprendo altresì ad un orizzonte "intersezionale" riguardato come luogo concettuale ineludibile in ordine all'elaborazione di una "giustizia di genere" e a politiche di eguaglianza inclusive a livello globale. Per questa via, spunti rilevanti sono altresì offerti dall'analisi di Alessandra Sciarba (pp. 225-241), orientata ad una rilettura filosofica della Direttiva 2011/36 dell'Unione Europea attraverso le nozioni cruciali di "scelta" e "preferenza adattiva" sulla base di un'indagine empirico-ricognitiva dedicata alla migrazione femminile in Italia come *case study*. Ricognizione completata dalla riflessione di Sonia Boulos (pp. 243-262) intorno ai diritti delle donne all'interno della minoranza musulmana, nel tentativo di rimeditare la nozione di "diritti umani" a partire dalla *cross-cultural universality* sottesa alla Dichiarazione dei Diritti Umani. La rilettura "aggiornata" del processo di secolarizzazione, unita all'auspicabile reinterpretazione della propria tradizione da parte della comunità musulmana, appare come la condizione per (ri)conferire piena cittadinanza nel dibattito pubblico e politico alla sfera morale-religiosa nella cornice dello Stato di diritto.

I livelli sin qui evocati trovano il loro punto di convergenza pratico-teorica nella problematicità, evocata nell'intero volume, che segna l'orizzonte statuale. Uno scenario frastagliato ove la crescente dinamicità dei flussi migratori si accompagna, in modo solo apparentemente contraddittorio, alla sempre maggiore rilevanza rivestita dai fattori di carattere economico e dalla loro circolarità transnazionale. Sotto questo profilo fenomeni peculiari all'attuale dibattito pubblico,

dalla rinascita di certe forme di nazionalismo all'affermarsi di modelli di "populismo", confermano la radicalità delle questioni connesse alle dinamiche migratorie *anche a livello teorico*, segnatamente in rapporto all'idea moderna di territorio o "spazio" controllabile. Più precisamente a far problema è quanto i curatori definiscono *methodological nationalism*, inteso come opzione teorico-metodologica imperniata sulla centralità conferita all'"interesse nazionale", a fronte dell'urgenza di un approccio al tema migratorio aperto ad un'impostazione post-westfaliana. In questione è la diade "Stato-nazione/teorie della giustizia": la risignificazione simbolica e operativa della nozione di giustizia, più precisamente dei suoi "confini" (*borders*), passa attarverso un suo radicale ripensamento secondo una prospettiva sempre più distante dal perimetro statuale orientandosi verso un orizzonte trans-nazionale inclusivo dei diritti umani.

In sostanza, le coordinate storico-concettuali qui sintetizzate mettono in luce quanto sia attuale e condivisibile l'esigenza, sottesa a tutti i saggi del volume, di ricorrere ad un nuovo approccio metodologicamente articolato ai temi migratori.

Analogamente a quanto richiesto da molte *issues* che attraversano il dibattito contemporaneo (dall'economia alla comunicazione sino alla politica *tout-court*), l'adozione di una griglia concettuale monodimensionale appare ormai insufficiente. Anche l'analisi della questione migratoria deve aprirsi all'intersezione feconda di discipline diverse, dalla filosofia politica alla sociologia sino alla teoria del diritto, la sola in grado di coglierne l'interna complessità. Da questa prospettiva, superando l'approccio meramente empirico-normativo, il volume rappresenta «an exercise of deconstructing the frontiers of knowledge [...] in particular the problematic disciplinary frontiers of human and social sciences [...] to the end of challenging the borders of justice in the era of migrations» (p. 9). Adottando una prospettiva interdisciplinare, il volume offre un panorama del tema migratorio cui apporta dati empirici e riflessioni teoriche che invitano a superare il nazionalismo metodologico.

Di qui alcuni rilievi conclusivi. L'insieme delle dinamiche solitamente definite, con espressione talora generica, "questione migratoria" segna davvero una svolta epocale. La problematicità intrinseca che ne connota i molteplici aspetti traccia una netta cesura tra gli odierni scenari e fenomeni, solo apparentemente analoghi, verificatisi in epoche e contesti diversi. Ne segue che il tema migratorio va colto nella sua portata complessiva, anche in rapporto a processi che rispetto ad esso appaiono di natura meramente reattiva (dalla crescente adozione di politiche securitarie al menzionato radicarsi di atteggiamenti di matrice populista). Profili da valutare con attenzione, onde evitare semplificazioni e facili strumentalizzazioni o, in altra direzione, forme di utopismo e irenismo.

In conclusione, se la portata epocale della questione migratoria comporta la ridiscussione di un'intera grammatica concettuale di matrice moderna, l'evocazione di una "giustizia globale nell'età delle migrazioni" deve necessariamente fare i conti con un sano realismo fondato sull'attenta lettura dei contesti. Questa, a ben vedere, rappresenta la condizione indispensabile perché l'obiettivo di una *global justice* si renda concretamente praticabile e non rimanga ad uno stadio meramente esigenziale.

RECENSIONE AL 'MANUALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO.
FIGURE, CATEGORIE,
CONTESTI' DI THOMAS
CASADEI E GIANFRANCESCO
ZANETTI

FEDERICA **MARTINY**



Recensione al *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*
di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti

Review of *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*
by Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti

FEDERICA MARTINY

Docente a contratto di Filosofia del Diritto, Università di Pisa, e docente a contratto di Informatica giuridica, Università e-Campus.

E-mail: federicamartiny@libero.it

ABSTRACT

Il contributo recensisce il *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti* di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti, Torino, Giappichelli, 2019 (pp. XII, 402), soffermandosi sull'intersezione tra approccio storico, rilettura dei classici, attenzione ai contesti storici e metodologia didattica.

The text reviews Thomas Casadei's and Gianfrancesco Zanetti's *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti* published by Giappichelli, 2019 (pages XII, 402), focusing on the intersection between the historical approach, reinterpretation of the *Classics*, analysis of historical contexts and teaching methodology.

KEYWORDS

storia della filosofia del diritto, classici, approccio storico, metodologia didattica

history of philosophy of law, classics, historical approach, teaching methodology

Recensione al *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti* di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti

FEDERICA MARTINY

Il *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti* di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti, edito da Giappichelli, è un lavoro che si inserisce nella recentissima riscoperta della storia della filosofia del diritto in ambito italiano¹.

Nonostante il termine “storia” non appaia nel titolo o nel sottotitolo del testo, a partire dall’indice risulta evidente che l’impresa dei due autori si colloca in quella tradizione filosofico-giuridica che si è costituita a partire «dall’intrecciarsi ora, dal giustapporsi o dal contrapporsi altre volte, dallo scomparire ogni tanto per poi riapparire a distanza di tempo, dal nuovo nascere dei diversi (ma sono poi davvero, nella sostanza, diversi?) modi di porsi il problema del diritto»², mutuando le parole con cui Guido Fassò presentava la sua celebre *Storia della filosofia del diritto*.

Invero, fin dalle prime pagine della loro *Introduzione*, Casadei e Zanetti precisano che la loro è “anche” una storia della filosofia del diritto, volendo sottolineare con quella congiunzione enfaticizzata attraverso il corsivo che la loro non è “soltanto” una storia della filosofia del diritto. Dietro questa congiunzione stanno infatti sia una *premessa teorico-metodologica* – la quale postula che «il processo di elaborazione di una sequenza storica è in quanto tale anch’essa non neutrale»³, nella misura in cui l’operazione di selezione e di interpretazione storica non è mai completamente avulsa da quel complesso apparato categoriale che agisce come filtro rispetto al modo in cui l’interprete in generale e lo storico del pensiero in particolare guarda alle cose – sia un’*ambizione teorico-critica* – che considera centrali le narrative, le interpretazioni, e dunque per un verso sposta lo sguardo verso il presente e per altro verso ci porta a prendere in considerazione quegli angoli visuali apparentemente laterali che sono capaci di aprire nuovi percorsi teorico-concettuali⁴.

Tutto questo risulta tanto più importante poiché si tratta di un manuale, di uno strumento cioè che accompagna gli studenti nello studio.

Se la filosofia è quella disciplina che, nascendo dal dubbio e dalla meraviglia, è costitutivamente messa in discussione, ricerca dei problemi, attenzione a ciò che è poroso, che non è sedimentato, a ciò che si osserva da diverse angolature, alla domanda che emerge in risposta ad ogni affermazione apodittica, possiamo allora vedere la funzione “maieutica” della filosofia del diritto rispetto alle altre materie dei vari corsi di Laurea in Giurisprudenza: essa insegna allo studente ad intravedere le premesse che stanno dietro alle formulazioni assertive del diritto, a comprendere che la forma stessa con cui esso si esprime non è soltanto forma, che dietro ai tecnicismi rassicuranti si celano domande complesse. Si tratta di provare ad insegnare allo studente a guardare più a fondo nel testo giuridico e persino oltre quello stesso testo, per vedere tutto quello

¹ Si pensi ad esempio alla nascita, sempre nel 2019, della Rivista *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto* per la Pisa University Press.

² FASSÒ 2001, 5.

³ CASADEI, ZANETTI 2019, VIII.

⁴ È il caso della nota distinzione tra “is and ought”: «è perfettamente possibile sostenere che David Hume non abbia mai voluto annunciare la distinzione fra “is and ought” divenuta così cara ai giuspositivisti di scuola analitica: ma ciò non toglie che la “legge di Hume”, a torto o a ragione identificata in quel celebre luogo del Trattato sulla natura umana (1739-1740), sia stata alla base di una cospicua stagione di riflessioni filosofiche estranee, se non ostili, al giusnaturalismo», CASADEI, ZANETTI 2019, IX.

che esso dice e tutte le premesse che non sono esplicitate. In questo senso l'approccio storico risulta particolarmente fecondo, innanzitutto perché «le dottrine e le categorie giuridiche non crescono in un vacuum, e il loro senso non è indipendente da vari fattori di tipo contestuale, sia di tipo teorico e dottrinale, sia di tipo istituzionale, politico e culturale»⁵.

È infatti volgendo indietro lo sguardo che possiamo ricostruire le domande filosofiche intorno al diritto, al suo rapporto con la morale, con la politica, con la società concretamente articolata, con i suoi fini, le sue “ragioni”, a partire dalle grandi figure della storia del pensiero, da Antigone ad Hart, che non a caso sono la prima e l'ultima figura che incontriamo nel *Manuale di filosofia del diritto*. Figure, dunque, seppur molto diverse tra loro, capaci di sollevare temi e questioni in maniera radicale, proprio a partire da Antigone, l'eroina tragica dell'omonima opera sofoclea che è al centro del primo capitolo⁶.

Per un verso vengono trattati i grandi “classici”, i grandi filosofi, da Platone a Hegel, e i grandi teorici del diritto, da Kelsen a Ross – manca in questo quadro una sezione dedicata a Savigny e alla sua celebre polemica con Thibaut. Per altro verso, trovano spazio alcuni grandi classici che, in genere, sono considerati tali nell'alveo di altre tradizioni disciplinari ma raramente nell'ambito della riflessione filosofico-giuridica: da Dante a Machiavelli, da Tocqueville fino ad Hannah Arendt. Ma non solo. Accanto a queste voci così autorevoli, nel testo incontriamo anche voci completamente diverse, radicali, altrettanto produttrici di discorsività: sono le voci «delle donne, degli indigeni sottoposti alla colonizzazione, degli schiavi fuggitivi, delle masse proletarie, degli stranieri, dei popoli “diversi”, delle persone ritenute prive di capacità giuridica, di coloro che sono stati (o ancora sono) tenuti fuori dal perimetro della cittadinanza o dell'umanità»⁷. Sono voci che parlano anche, soprattutto, attraverso la loro storia: le figure sono situate in contesti determinati, contesti che sono temporali, geografici, culturali ma che possono anche essere definiti da condizioni specifiche, plasmate dall'identità, da forme di dominio, da rapporti di forza, da asimmetrie e subalternità.

Le categorie emergono attraverso le figure e i contesti, da essi sono plasmate, definite, delimitate, e attraverso nuove figure e nuovi contesti acquisiscono un significato nuovo. Le categorie interessanti per la filosofia del diritto, nell'ottica di Casadei e Zanetti, cioè, sono certamente prodotte dalla riflessione di alcuni specifici autori, ma di alcuni specifici autori vissuti in altrettanto specifici contesti. Le idee, cioè, non nascono nella solitudine e nella radicale autonomia di pensiero di una stanzina riscaldata di cartesiana memoria; esse, al contrario, si contaminano e sono frutto di contaminazione. Sono legate alle dinamiche delle società, oltre che all'introspezione dei grandi pensatori che hanno dato loro forma, e proprio per questo possono essere ripensate, ridefinite, riattualizzate da altri autori, in altri contesti, per rispondere ad altre domande, altre inquietudini o – aspetto messo in evidenza in diversi passaggi del volume – altre esigenze pratiche e istituzionali.

I contesti dunque servono per comprendere le categorie, ma allo stesso tempo, a loro volta non possono essere compresi senza gli autori che pure li influenzano e li determinano: i soggetti sono sì situati in un dato contesto ma è anche esso stesso a venire plasmato, per un verso, dagli uomini e dalle donne che producono discorsività e, per altro verso, da quelle medesime categorie di cui abbiamo parlato.

Questo intreccio è evidente in alcuni dei capitoli proposti dai due autori.

Le pagine dedicate ad Aristotele ne sono un esempio, fin dal titolo: *Comunità e amicizia. Aristotele e il governo della legge*. È a partire dalle idee di comunità e di amicizia – che certo sono concetti aristotelici, nel senso che non possiamo immaginare di trattarli senza fare riferimento al

⁵ CASADEI, ZANETTI 2019, VIII.

⁶ Tra gli studi più recenti, in chiave prettamente giusfilosofica, ricordiamo: RIPEPE 2001; CIARAMELLI 2017; ANDRONICO 2018.

⁷ CASADEI, ZANETTI 2019, IX.

modo in cui proprio Aristotele li ha narrati, ma che sono anche categorie profondamente greche, e cioè intrinsecamente radicate nel mondo e nella cultura dell'Atene classica – che possiamo comprendere l'idea di giustizia e l'idea di eguaglianza secondo il grande filosofo. Solo tenendo insieme tutti gli elementi, e considerando i loro intrecci, possiamo poi capire come in un medesimo contesto, due grandi autori come Platone e Aristotele abbiano teorizzato due categorie antitetiche: quella del governo degli uomini e quella del governo della legge⁸.

Un ulteriore elemento di interesse metodologico è costituito dalla presenza di una serie di *Focus tematici* che permettono di ascoltare, seppur succintamente, quelle voci “diverse” che ci restituiscono un'immagine più complessa ed articolata delle questioni come dei contesti.

L'elemento di interesse, in questo caso, si pone prettamente sul piano metodologico e nello specifico anche sul piano della metodologia didattica, poiché i temi proposti, pur così diversi tra di loro si prestano ad essere affrontati attraverso una serie di modalità didattiche pensate per stimolare la discussione e l'elaborazione critica da parte degli studenti⁹: alcuni sono incentrati sul rapporto tra diritto e religione, chiamando in causa le tre grandi religioni monoteiste ma anche il contesto cinese; altri sono incentrati sulla definizione di soggettività specifiche e di rapporti di dominio, come nel caso del focus sugli Indios del “Nuovo Mondo”, di quello su schiavitù e colonialismo o di quello sul femminismo giuridico; altri ancora ripercorrono i temi dei totalitarismi e dei diritti nonché le inedite sfide provenienti dalle “nuove frontiere” della filosofia del diritto contemporanea: quelle legate, *in primis*, alla bioetica, all'informatica giuridica, ai fenomeni migratori¹⁰.

Il valore di queste opzioni si apprezza nel quadro complicato del sistema dell'istruzione universitaria italiana, sempre più diretta a fornire competenze meramente tecniche e tecnico-pratiche agli studenti. L'ambizione di questo Manuale di filosofia del diritto, anche soprattutto in virtù dell'approccio storico che scandisce i capitoli, gli autori, i contesti, invece non è tanto quello di insegnare nozioni, quanto quello di stimolare gli studenti a pensare in modo autonomo, critico, rigoroso.

⁸ Su queste categorie chiave e, più in generale, sul contesto greco si può vedere ora STOLFI 2020.

⁹ Tra le altre: seminari specifici a partire da testi monografici, discussioni critiche all'interno di forum, cicli di proiezioni cinematografiche.

¹⁰ Cfr. FARALLI 2005.

Riferimenti bibliografici

- ANDRONICO A. 2018. *Sulla dismisura. Una lettura dell'Antigone di Sofocle*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2018, 155 ss.
- CIARAMELLI F. 2017. *Il dilemma di Antigone*, Torino, Giappichelli.
- CASADEI T., ZANETTI G. 2019. *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, Giappichelli.
- FARALLI C. 2005. *La filosofia del diritto contemporanea: i temi e le sfide*, Roma-Bari, Laterza.
- FASSÒ G. 2001 [1966]. *Storia della Filosofia del diritto. I. Antichità e Medioevo*, Roma-Bari, Laterza.
- RIPEPE E. 2001. *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, Giappichelli, 677 ss.
- STOLFI E. 2020. *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, Carocci.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

PROCESSO INDIZIARIO E VALUTAZIONE PROBATORIA

GIULIO **UBERTIS**



Processo indiziario e valutazione probatoria

Circumstantial Process And Evidentiary Evaluation

GIULIO UBERTIS

Professore ordinario di Diritto processuale penale ed Epistemologia giudiziaria nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

E-mail: giulio.ubertis@unicatt.it

ABSTRACT

Dopo aver chiarito che un processo può denominarsi indiziario quando si fonda non su prove in senso stretto, ma su indizi, si illustra il triplice sviluppo della valutazione probatoria nei suoi profili atomistico, olistico e complessivo. Si procede poi all'individuazione dei caratteri dell'indizio, poiché è prescritto che siano gravi, precisi e concordanti per poter essere utilizzati per la decisione del giudice. Infine, si espongono i requisiti che la motivazione della Cassazione deve possedere quando giudica sulla regolarità di un processo indiziario.

After having clarified that a process can be called circumstantial when it is based not on evidence in a narrow sense, but on circumstantial evidence, the triple development of the evidential evaluation in its atomistic, holistic and overall profiles is illustrated. The characters of the circumstantial evidence are then identified, because it is prescribed that they are serious, precise and consistent in order to be used for the judge's judgment. Finally, the requirements that the grounds of the Cassation must have when judging on the regularity of a circumstantial process are set out.

KEYWORDS

Corte di cassazione, indizio, processo indiziario, valutazione probatoria

Court of cassation, Circumstantial evidence, Circumstantial process, Evidentiary evaluation

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sezione prima penale, sentenza n. 1790/2018

Processo indiziario e valutazione probatoria

GIULIO UBERTIS

1. *Nozione di processo indiziario* – 2. *La valutazione probatoria (atomistica e olistica)* – 3. *La valutazione probatoria complessiva* – 4. *La valutazione degli indizi* – 5. *I requisiti del controllo della Cassazione e il loro inadeguato rispetto nel caso concreto.*

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sezione prima penale, sentenza n. 1790/2018

1. *Nozione di processo indiziario*

Il presente lavoro trae origine da una sentenza della Cassazione¹, con la quale è stato rigettato un ricorso avverso un'ordinanza del Tribunale del riesame di Bergamo, tra l'altro ritenendo infondate le censure mosse al provvedimento del giudice di merito relativamente alla valutazione probatoria operata nel corso di un procedimento indiziario.

Al riguardo, non sembra certamente contestabile che il dramma della decisione giudiziaria, soprattutto penale, incontri la sua maggiore manifestazione nel “processo indiziario” (usualmente utilizzando l'espressione senza che per essa rilevi la distinzione codicistica tra “procedimento” e “processo”²).

Tuttavia, occorre chiarire che con tale locuzione non ci si intende riferire alla circostanza che qualunque ricostruzione fattuale compiuta in ambito giudiziario è inevitabilmente soggetta al dubbio: in questa prospettiva, «qualsiasi prova è sempre indiziaria»³. Infatti, almeno dagli anni trenta del Novecento, gli studi epistemologici hanno smentito la pretesa di «ottenere una assoluta 'Verità' che conduca alla comprensione di una altrettanto assoluta 'Oggettività'»⁴; specificamente in sede processuale, poi, si sperimenta quotidianamente l'assenza di modalità conoscitive in grado di consentire il raggiungimento di una valutazione incontrovertibile inerente alla credibilità delle fonti di prova, all'attendibilità dei mezzi di prova o all'affidabilità degli elementi di prova.

Tipico e ulteriore del processo indiziario è che le inferenze conducenti dall'elemento al risultato di prova relative ai temi concernenti la sussistenza del fatto e/o la responsabilità dell'imputato impiegano, anziché leggi logiche e/o scientifiche di forma universale, massime d'esperienza o leggi scientifiche probabilistiche.

In altre parole, un *processo* può denominarsi *indiziario* (in sostanziale corrispondenza con il già rammentato uso comune della terminologia) quando la conclusione inferenziale della sequenza probatoria si basa non su prove in senso stretto (rappresentative o critiche⁵), ma su indizi (evitando di adoperare l'ambigua e fuorviante espressione “prove indiziarie”⁶), caratterizzandosi quindi per la modalità logica non della necessità, ma della semplice possibilità.

¹ Cass., sez. I, 16 gennaio 2018, n. 1790, Mangafic, in CED, n. 272056.

² Cfr., per tutti, CHIAVARIO 2019, 73-74.

³ PAGANO 1832 [1806], 73.

⁴ UBERTIS 2015, 5, avvertendo che si eviterà di ulteriormente citare tale volume qualora sia adoperato il lessico ivi definito (come quello utilizzato nel prosieguo del capoverso per richiamare le componenti della sequenza probatoria, rappresentativa del fenomeno probatorio analizzato nella sua prospettiva “statica”, ossia indipendentemente da quella “dinamica” concernente la sua introduzione nel procedimento giudiziario) o vengano esposte riflessioni già reperibili in esso.

⁵ La loro distinzione «non va colta in una diversa qualità logica dell'attività che si esercita per la prova (il che, tra l'altro, importerebbe differenza di natura e non [solo] di struttura) ma in una diversa immediatezza logica nella conoscenza dell'oggetto della prova da parte del giudice» (BENVENUTI 1953, 97 nt. 45).

⁶ V., sul punto, UBERTIS 2016, 284-285.

2. La valutazione probatoria (atomistica e olistica)

In ogni caso, qualunque prova (intesa in senso lato, cioè appartenente alla categoria comprensiva sia di quelle in senso stretto che degli indizi) deve superare un *giudizio assertorio di concludenza probatoria*⁷, effettuato anche con il ricorso a una “capacità (o immaginazione) combinatoria” analoga a quella usata dallo storico nell'utilizzo del compendio informativo di cui dispone⁸.

Tale giudizio verte sull'idoneità e la sufficienza di ognuna delle sue componenti (elementi, fonti e/o mezzi di prova, fatti notori⁹, inferenze e risultati di prova) sottoposte all'attenzione del giudice a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale.

Riguardo a una siffatta valutazione si rende necessario distinguere, a fini di analisi e senza ignorare il loro nesso dialettico, un duplice profilo, differenziando il vaglio di ciascun esperimento gnoseologico da quello effettuato in relazione alla totalità delle risultanze istruttorie.

Ma pure il primo aspetto concernente la stima della singola prova opera su due piani, poiché il suo *apprezzamento atomistico* va eseguito coordinandolo con la sua inclusione, di stampo *olistico*, nell'insieme di ciò che sia stato giudizialmente acquisito.

Così, vanno verificate la credibilità della fonte di prova, l'attendibilità del mezzo di prova e l'affidabilità dell'elemento di prova prima di effettuare l'inferenza dall'elemento al risultato di prova. Non converrebbe nemmeno procedere a quest'ultima se, ad esempio, si dubitasse della sincerità del teste o delle sue capacità percettive, mnemoniche ed espressive ovvero si considerasse non autentico il documento oppure si ritenesse che la conduzione dell'esame testimoniale avesse negativamente influito sulle reazioni del dichiarante o che i contorni dell'impronta fossero troppo confusi per consentirne un'adeguata decifrazione.

Peraltro, anche quando la premessa fosse reputata idonea allo svolgimento del procedimento inferenziale, sarebbe da discernere il caso in cui si intenda coordinarla con una legge logica e/o scientifica di forma universale ovvero con una massima d'esperienza o una legge scientifica probabilistica, delle quali ultime occorre vagliare il livello di fondatezza; mentre la stessa premessa dovrebbe comunque essere almeno interpretata, magari solo al livello “minimo” (di cui normalmente non si ha consapevolezza) della comprensione linguistica¹⁰. Senza tralasciare la necessità di una “traduzione” dal linguaggio comune o tecnico-scientifico (si pensi, rispettivamente, agli enunciati di un testimone o di un perito) a quello più specificamente giuridico: né le particolarità del linguaggio, specialmente legale, permettono di escludere la presenza di taluni elementi valutativi, con la conseguenza di non poter ridurre l'attività considerata a una mera operazione meccanica¹¹.

Infine, come già accennato, a siffatta disamina di tipo atomistico, perché inerente agli esperimenti conoscitivi presi singolarmente, se ne affianca un'altra di genere olistico, perché è possibile che la conclusione probatoria derivata da essi sia dipendente da un loro rapportarsi a momenti di altre sequenze probatorie. Ad esempio, può essere necessario determinare l'affidabilità di una fonte di prova attraverso il raffronto tra differenti strumenti gnoseologici, applicando nella sua accezione peculiare la cosiddetta “tecnica della riprova” o verificando l'esistenza di “elementi di

⁷ E esso corrisponde, in buona sostanza, a ciò che TARUFFO 1970, 245 ss., definisce come giudizio di “efficacia probatoria”.

⁸ Cfr., per un primo approccio alla nozione e per ulteriori indicazioni bibliografiche, DEWEY 1965 [1939], 168-169; SIRACUSANO 1959, 61-62; VOCINO 1951, 630.

⁹ I fatti notori riguardano l'(in)esistenza di un evento, la quale appartenga al novero delle conoscenze comuni e sia acclarata non con lo svolgimento di attività probatorie, ma solo attraverso la sua enunciazione in contraddittorio durante il procedimento non seguita da contestazioni delle parti, potendo così essere posti a fondamento di un'inferenza dell'autorità giudiziaria; pertanto, essi, «trovandosi a svolgere una funzione analoga agli elementi di prova, vengono recuperati all'interno della sequenza probatoria, pur essendo giudizialmente conosciuti senza la necessaria acquisizione di una fonte e/o di un mezzo di prova» (UBERTIS 2017, 84 nt. 3).

¹⁰ CALAMANDREI 1914, 221-222; CORDERO 1963, 10-11.

¹¹ WRÓBLEWSKI 1967, 18-19.

riscontro”¹² oppure volgendo l’attenzione al reciproco rafforzamento di prodotti inferenziali confluenti verso una sintesi unitaria.

3. La valutazione probatoria complessiva

Senza trascurare, come anteriormente segnalato, il collegamento reciprocamente dialettico tra i due momenti, realizzantesi nell’interazione tra l’apprezzamento di ogni strumento probatorio e quello di ipotesi ricostruttive del fatto¹³, emerge l’esigenza di una *valutazione probatoria complessiva*, connotata non dalla disamina dei singoli esperimenti gnoseologici (che resta tale anche quando una singola prova sia inserita in una prospettiva olistica), bensì dall’utilizzo combinato dell’intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell’emissione della pronuncia¹⁴.

Né può tralasciarsi l’osservazione che siffatta valutazione complessiva va effettuata comunque, indipendentemente dalla circostanza che i risultati di prova conseguiti al termine dell’attività istruttoria consentano la formulazione di differenti ricostruzioni, di cui sarebbe inevitabile stimare la corrispondente veridicità. Infatti, pure quando ci si trovi in presenza di più prove convergenti, ad esempio, verso una conclusione di condanna, compete al giudice penale decidere se l’insieme dei singoli risultati goda di un’efficacia persuasiva adeguata per deliberare «che il fatto sussiste, che l’imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile» (art. 530 comma 2 c.p.p.).

Essenziale è che il giudice tenga conto in sentenza di tutti i dati ottenuti, svolga un ragionamento internamente coerente e renda una decisione non contrastante con le prove acquisite¹⁵, secondo gli specifici caratteri di ogni corretta ricostruzione fattuale conforme ai criteri di verità. Detto in altre parole, questi ultimi, idonei a suffragare il passaggio inferenziale dalle asserzioni concernenti i dati gnoseologici portati in giudizio all’enunciato finale integrativo della ricostruzione fattuale, sono individuati nella coerenza di essa con tali affermazioni e nella accettabilità giustificata della medesima in virtù della sua capacità esplicativa¹⁶.

È in forza del loro rispetto che chiunque è disposto ad asserire (cioè, a dichiarare che è vero) l’enunciato rappresentativo della ricostruzione del fatto operata alla fine del processo.

4. La valutazione degli indizi

Per rimediare al precedente «lassismo normativo»¹⁷ in tema di indizi, nel codice di procedura penale del 1988 è disposto che «l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti» (art. 192 comma 2 c.p.p.), ripetendo il modello della «regola operante nel processo civile in virtù dell’art. 2729 c.c. È sembrato opportuno che in una

¹² DOMINIONI 1986, 745-747.

¹³ Forse per la difficoltà di esprimere compiutamente tale relazione, facilmente idonea a generare una qualche confusione tra i due stadi, DOMINIONI 2005, 297, all’inizio, individua correttamente «due stadi della valutazione» concernenti «il primo ... la singola operazione probatoria e il suo esito; il secondo il contesto complessivo», ma, poi (*ivi*, 321), contraddittoriamente comprende in quest’ultimo la «verifica incrociata» degli esperimenti gnoseologici e la loro «misurazione comparativa del grado di efficacia dimostrativo-persuasiva», che invece afferiscono pur sempre alla singolarità dei medesimi.

¹⁴ All’argomento si riferiscono MELCHIONDA 1988, 673-674; PELUSO 1947, 57; SIRACUSANO 2011, 359; mentre, per approfondimenti relativi al tema della «combinazione delle prove» nella prospettiva di utilizzare il teorema di Bayes, cfr. GARBOLINO 2014, 301 ss., dopo aver operato (*ivi*, 134 ss.) la «dissoluzione» dei «falsi problemi» a suo tempo elencati da TARUFFO 1992, 172 ss.

¹⁵ TARUFFO 1992, 399.

¹⁶ V., per analoghe enunciazioni, FERRAJOLI 1989, 40-41 e 129.

¹⁷ BELLAVISTA 1976 [1971], 49.

materia di così grande rilievo come quella investita dal giudizio penale intervenga una regola che serva da freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove»¹⁸.

La citazione ha, tra l'altro, il pregio di chiarire che il legislatore intendeva adoperare il termine “indizio” nella sua (a nostro avviso corretta anche a livello di teoria generale) accezione distinta dalla locuzione “prova in senso stretto”, consentendo pertanto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 192 comma 2 c.p.p. le evenienze di prova critica¹⁹. Secondo siffatta impostazione, può dirsi che la successione dei primi due commi dell'art. 192 c.p.p. abbia la funzione di disciplinare il convincimento giudiziale rispetto, prima, al *genus* rappresentato dalla prova in senso lato e, poi, alla *species* costituita dall'indizio. Per ogni strumento gnoseologico, cioè, viene garantito che sia dato conto in motivazione «dei risultati acquisiti e dei criteri adottati» (art. 192 comma 1 c.p.p.), ma per gli indizi si esigono requisiti ulteriori per poter erigere su essi la decisione.

E tali peculiarità sono ricalcate su quelle contemplate dall'art. 2729 comma 1 c.c. Si ripropongo perciò in ambito penale le stesse difficoltà ermeneutiche che caratterizzano la disciplina delle presunzioni semplici in campo civile, dove le qualifiche di “gravità”, “precisione” e “concordanza” mancano di un sicuro referente cui applicarsi, data la pluralità di quelli volta a volta proposti²⁰.

Il problema esegetico è però risolubile qualora si ricorra a un uso attento del lessico, applicando rigorosamente le qualifiche legislative a ciascuna delle componenti che costituiscono l'indizio, senza confonderlo con nessuna di esse.

Si può dunque sostenere che gli indizi sono *precisi* quando vengono considerati certi i corrispondenti elementi indiziari impiegati come base del procedimento intellettuale compiuto dall'organo giudiziario, dopo che siano state positivamente superate le valutazioni sia di loro affidabilità sia di credibilità delle fonti di prova da cui sono tratti sia di attendibilità dei mezzi di prova attraverso cui sono pervenuti al procedimento; sono *gravi* quando le inferenze indiziarie adoperate per ciascuno di essi utilizzano massime d'esperienza o leggi scientifiche probabilistiche dotate di un alto grado di fondatezza, generando quindi un'elevata intensità persuasiva di ogni singolo strumento conoscitivo indiziario; sono *concordanti*, quando i loro risultati indiziari, cioè gli esiti delle inferenze costruite su distinti elementi indiziari, confluiscono verso una ricostruzione unitaria del fatto cui si riferiscono.

A tale ultimo proposito, è ampiamente dibattuta la questione se sia sufficiente un indizio isolato, purché preciso e grave, per verificare un enunciato fattuale (chiarendosi peraltro che esso sarebbe comunque unico, rientrando allora nella categoria di quelli cosiddetti “mediati”, pure nell'eventualità in cui la sua struttura prevedesse «un doppio o triplo “passaggio” inferenziale»²¹ scaturente da uno stesso elemento indiziario): se, quindi, la concordanza sia richiesta solamente qualora ci si trovi in presenza di più indizi da collegare tra loro, senza la necessità di averne a disposizione una pluralità²².

Conviene tuttavia non tanto osservare che l'orientamento giurisprudenziale in ambito penalistico sembra essere nel senso di reputare vincolante «la regola secondo la quale la prova dell'esistenza di un fatto deve essere necessariamente fornita da una pluralità di indizi»²³, quanto piuttosto ribadire che la pretesa di qualificare “indiziaria” una ricostruzione fattuale operata traendo in maniera certa da un unico elemento di prova «una ed una sola conseguenza ... [trascura di considerare, riguardo alla classe cui ricondurre l'esperimento gnoseologico effettuato,] che non tanto di indizio si tratta,

¹⁸ RELAZIONE 1988, 61.

¹⁹ Cfr., invece, ma senza argomentare sul punto, NOBILI 1990, 417. In proposito, FERRUA 1990, 123, rileva le incongruenze cui conduce interpretare la parola “indizio”, contenuta nell'art. 192 comma 2 c.p.p., come “prova critica”.

²⁰ V. per tutti, in vario senso, ANDRIOLI 1967, 771-772; COMOGLIO 2010, 670 ss.; TARUFFO 1974, 98 ss.

²¹ SIRACUSANO 1991, 10.

²² Esplicitamente o implicitamente, è sempre in discussione la tesi, risalente all'interpretazione del testo normativo (analogo a quello di cui all'art. 2729 comma 1 c.c.) contenuto nel codice civile del 1865, secondo la quale «l'articolo 1354 non esige che più siano le presunzioni, vuole semplicemente che, quando siano più d'una, armonizzino e cospirino allo stesso risultato» (RAMPONI 1890, 313).

²³ Cass., Sez. un., 20 febbraio 1990, Belli, in «Cass. pen.», 1990, II, 39 (in motivazione).

ma di una prova [critica] compiuta»²⁴. Non a caso, chi ammette la legittimità di una pronuncia penale fondata su un indizio isolato è generalmente esplicito fautore dell'erronea equiparazione fra indizio e prova (in senso stretto) ovvero, magari contemporaneamente in sede di specificazione della tesi precedente, sostenitore della riconduzione dell'indizio alle prove critiche²⁵.

5. I requisiti del controllo della Cassazione e il loro inadeguato rispetto nel caso concreto

Sembra ineludibile l'esigenza che anche in Cassazione la motivazione contemplata dall'art. 111 comma 6 Cost., per non ridursi a una semplice enunciazione della sua esistenza, debba, soprattutto con particolare riferimento alla valutazione degli indizi, conformarsi al canone di indicare e giustificare le basi della propria decisione, indipendentemente dalla circostanza che essa sia resa durante le indagini preliminari (come nel caso di specie) o dopo il promovimento dell'azione penale. Unicamente così potrebbe dirsi osservata la garanzia costituzionale volta a consentire il controllo dei provvedimenti non solamente alle parti, ma pure a quel popolo nel cui nome la giustizia è amministrata ai sensi dell'art. 101 comma 1 Cost.²⁶.

Mutatis mutandis, la Cassazione dovrebbe stendere la motivazione delle proprie pronunce con una metodologia redazionale analoga a quella richiesta per il giudice di merito²⁷, senza ignorare che «la Cassazione è il “giudice della legalità della decisione”. E la decisione è legale se, oltre a rispettare le norme, rispetta i fatti ricostruendoli secondo criteri razionali»²⁸.

Perché la pronuncia della Cassazione sia resa comprensibile a tutti, da essa dovrebbero quindi emergere tanto gli elementi di prova utilizzati nel provvedimento impugnato a suo sostegno quanto quelli contrari, con le ragioni per le quali sono da ritenere attendibili gli uni e inattendibili gli altri (cfr. art. 546 comma 1 lett. e c.p.p.). Nel primo caso, basterebbe eventualmente recepire quelle impiegate dall'organo giurisdizionale di grado inferiore, ma non potrebbe omettersi di individuare esplicitamente ciascuna, palesando di avere altresì vagliato le massime d'esperienza adottate, di cui non può negarsi che siano sindacabili: «se non lo fossero, ogni conclusione farneticante sarebbe invulnerabile»²⁹.

Con specifico riguardo al processo indiziario, occorrerebbe che la suddetta indicazione afferisse al fondamento della ritenuta precisione degli elementi di prova, alla enunciazione del livello di gravità raggiunto dalle inferenze indiziarie e alle modalità di combinazione dei risultati di prova.

A proposito della sentenza che ha originato le presenti considerazioni (la quale, sebbene relativa a un ricorso per cassazione avverso un'ordinanza di un tribunale del riesame, espressamente intende illustrare i principi regolatori del processo indiziario in generale) non è in essa tralasciata la citazione di precedenti giurisprudenziali che, rispettando il principio della non sostituzione al giudice di merito nella valutazione probatoria, affermano l'esigenza di una stima sia atomistica che olistica dei dati conoscitivi disponibili, almeno implicitamente riconoscendo la controllabilità in Cassazione delle massime d'esperienza da esso adoperate. Tuttavia, nella concreta applicazione dei criteri adesivamente ricordati e salvo un richiamo alla genericità di uno dei motivi contenuti nell'impugnazione, non si va oltre un semplice e apodittico riscontro della ricorrenza della loro osservanza per la ricostruzione fattuale, limitandosi ad analizzare separatamente tra loro gli ele-

²⁴ Cass., Sez. un., 4 giugno 1992, Ballan ed altri, in «Cass. pen.», 1992, 2681 (in motivazione).

²⁵ Cfr., ad esempio, De MICHELE 1992, 381 e 383; GIANTURCO 1958, 135, 169 e 175; LAURO 1980, 1426; SAMEK LODOVICI 1992, 104 e 127.

²⁶ V., sui profili non soltanto processuale, ma anche extraprocessuale, dei fondamenti giuridici della motivazione (ambedue connessi alla controllabilità sull'osservanza del principio di legalità processuale ex art. 111 comma 1 Cost.) inerente ai «provvedimenti giurisdizionali», AMODIO 1977, 188; PISANI 1970, 385; UBERTIS 2017, 164.

²⁷ BRICCHETTI 2019, 109.

²⁸ IACOVIELLO F.M. 2000, 799.

²⁹ CORDERO 2012, 1146-1147.

menti addotti dalla difesa e non esponendo quali fossero le massime d'esperienza usate dal giudice di grado inferiore e reputate condivisibili. Se taluna può essere ragionevolmente evitata perché agevolmente intuibile, ciò non avviene per altre: a mero titolo di esempio, per la valutazione di particolare affidabilità di una esclamazione (interpretabile come confessoria) intercettata e riportata in motivazione, riguardo alla quale viene omessa qualunque argomentazione sulla correttezza della sua estrapolazione dal contesto del discorso captato.

Riferimenti bibliografici

- AMODIO E. 1977. *Motivazione: II) Motivazione della sentenza penale*, in «Enc. dir.», XXVII, 181 ss.
- ANDRIOLI V. 1967. *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in «Noviss. Dig .It.», XIV, Torino, Utet, 766 ss.
- BELLAVISTA G. 1976. *Gli indizi nel processo penale* [1971], in ID., *Studi sul processo penale*, IV, Milano, Giuffrè, 45 ss.
- BENVENUTI F. 1953. *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam.
- BRICCHETTI R. 2019. *Il modello di motivazione della sentenza di merito e il più rigoroso regime della specificità e della inammissibilità dell'atto di impugnazione*, in CANZIO G., BRICCHETTI R. (eds.), *Le impugnazioni penali*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 101 ss.
- CALAMANDREI P. 1914. *La genesi logica della sentenza civile*, in «Riv. crit. sc. soc.», 1914, 209 ss.
- CHIAVARIO M. 2019. *Diritto processuale penale*, Torino, Utet.
- COMOGLIO L.P. 2010. *Le prove civili*, Torino, Utet.
- CORDERO F. 1963. *Il procedimento probatorio*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 3 ss.
- CORDERO F. 2012. *Procedura penale*, Milano, Giuffrè.
- DE MICHELE S.C. 1992. *Indizio*, in «Dig. disc. pen.», VI, 380 ss.
- DEWEY J. 1965. *Logica, teoria dell'indagine* [1939], Torino, Einaudi.
- DOMINIONI O. 2005. *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, Giuffrè.
- DOMINIONI O. 1986. *La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti*, in «Riv. dir. proc.», 740 ss.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRUA P. 1990. *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, in ID., *Studi su processo penale*, Torino, Giappichelli, 113 ss.
- GARBOLINO P. 2014. *Probabilità e logica della prova*, Milano, Giuffrè.
- GIANTURCO V. 1958. *La prova indiziaria*, Milano, Giuffrè.
- IACOVIELLO F.M. 2000. *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in «Enc. dir.», Agg., IV, 750 ss.
- LAURO N. 1980. *Note in tema di prova indiziaria e presunzioni*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1408 ss.
- MELCHIONDA ACH. 1988. *Prova in generale: c) diritto processuale penale*, in «Enc. dir.», XXXVII, 649 ss.
- NOBILI M. 1990. *Sub art. 192*, in CHIAVARIO M. (ed.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 414 ss.
- PAGANO F.M. 1832. *Teorie delle prove* [1806], in ID., *Opere*, III, Lugano, Ruggia, 58 ss.
- PELUSO A. 1947. *La prova penale. Principi generali*, Caserta, Farina.
- PISANI M. 1970. *Giurisdizione penale*, in «Enc. dir.», XIX, 1970, 381 ss.
- RAMPONI L. 1890. *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, F.lli Bocca.
- RELAZIONE 1988. *Relazione al progetto preliminare del c.p.p.*, in «Gazz.Uff.», n. 250, 24 ottobre 1988, Suppl. ord., n. 93, 3 ss.
- SAMEK LODOVICI R. 1992. *Utilizzazione e valutazione della prova*, in *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*, in «Quad. CSM.», 50, 1992, 101 ss.
- SIRACUSANO D. 1959. *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, Giuffrè.
- SIRACUSANO D. 1991. *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in «Enc. giur. Treccani», XXV, 1 ss.

- SIRACUSANO D. 2011. *Le prove*, in ID., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ V., *Diritto processuale penale*, I, Milano, Giuffrè, 325 ss.
- TARUFFO M. 1970. *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam.
- TARUFFO M. 1974. *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in «Foro it.», V, 83 ss.
- TARUFFO M. 1992. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, 2, 1, Milano, Giuffrè.
- UBERTIS G. 2015. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, Giuffrè.
- UBERTIS G. 2016. “Prova indiziaria”: ossimoro o ridondanza da evitare, in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, Giuffrè, 261 ss.
- UBERTIS G. 2017. *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, Giuffrè.
- VOCINO C. 1951. *Sulla c.d. “attuazione della legge” nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, Giuffrè.
- WRÓBLEWSKI J. 1967. *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, in «Riv. int. fil. dir.», 46, 10 ss.

indice

MONOGRAFICA

Capacità di agire e vulnerabilità. Una prospettiva interdisciplinare
a cura di BALDASSARE PASTORE

BALDASSARE PASTORE

Presentazione 7-89

DIANORA POLETTI

Vulnerabilità e atti personalissimi 11-28

CRISTINA COSTANTINI

Eyes Wide Shut. Fenomenologia giuridica della vulnerabilità 29-41

MARIA GIULIA BERNARDINI

*L'ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito
e primi tentativi di chiarificazione concettuale* 91-105

GIANDOMENICO DODARO

*L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità
quale "soggetto di diritto penale"* 63-87

STUDI

ANDREA BRIGAGLIA, ALESSIO IOCCHI

The Origins of Boko Haram, and Why the War on Terror Matters 91-105

GIORGIO PINO

Supremazia della costituzione e judicial review. A partire da Luis Prieto Sanchís 107-124

GIUSEPPE ROCCHÉ

Etica della popolazione. Un'introduzione critica 125-159

GIUSI SORRENTI

*Differenziare in modo irragionevole e discriminare (in base al sesso): la "distinzione" mancata.
Un viaggio ai confini dell'eguaglianza* 161-172

GIACOMO VIGGIANI

*Organizzazioni di tendenza e divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.
Un ragionamento per "assurdo"* 172-191

DISCUSSIONI

Su Potere. Una rilettura di Michel Foucault di Marco Brigaglia

BRUNO CELANO

Potere disciplinare e norme incorporate 195-206

JOSÉ JUAN MORESO

La Cenerentola e la zucca. Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault 207-220

MARCO SEGATTI

Foucault dopo Brigaglia: ultra-radicale, pragmatico o pragmatista?..... 221-235

ALESSANDRO SPENA

Può il potere essere neutrale? Agonismo, resistenza e soggettività.

Note sul Foucault di Brigaglia 237-251

MARCO BRIGAGLIA

Foucault: il potere oltre le regole. Repliche a Celano, Moreso, Segatti e Spena 253-289

RECENSIONI

PIERO MARRA

La sostenibile certezza nel dubbio

A proposito di un libro di Antonio Incampo e Adolfo Scalfati su Giudizio penale

e ragionevole dubbio 293-300

GIOVANNI BOMBELLI

Le frontiere della giustizia nell'era delle migrazioni internazionali 301-305

FEDERICA MARTINY

Recensione al Manuale di filosofia del diritto.

Figure, categorie, contesti di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti 307-312

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

GIULIO UBERTIS

Processo indiziario e valutazione probatoria 315-324

[ALLEGATI]

Corte di Cassazione, Sezione prima penale, sentenza n. 1790/2018

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2020