



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2022

FORUM

A CURA DI SERENA VANTIN

Sulla giustizia.

Vecchie e nuove sfide al diritto

contributi di

ALESSANDRA SCIURBA, MARÍA DEL CARMEN

BARRANCO AVILÉS, ANDREA PORCIELLO, NICOLA RIVA,

ORSETTA GIOLO, LORENZO MILAZZO

ABSTRACT - This forum hosts a discussion focused on the meaning of justice in the contemporary legal and philosophical debate. On the one hand, grappling with the problems of an idea of *global* justice, Alessandra Sciarba will firstly investigate the phenomenon of migration and its impact at a supranational level. Secondly, María del Carmen Barranco Avilés will question the relevance of the notion ‘vulnerability’ in terms of human rights; thirdly, Andrea Porciello will propose a new ontological paradigm able to support an “ecological legal transition” for an environmental justice. On the other hand, within the context of the *political* discussion on justice, Nicola Riva will rigorously outline the main principles of the liberal model, while Orsetta Giolo will focus on its most recent neo-liberal drifts. Finally, the interpretative proposal presented by Lorenzo Milazzo will cast some shadows on the relationship, which has always been controversial, between justice and political power.

KEYWORDS - Justice, Law, Human Rights, Power.

SERENA VANTIN*
Diritto e giustizia.
Introduzione ad un percorso**

SOMMARIO: 1. *L'eterno groviglio* - 2. *Tre critiche* - 2.1. *Riduzione della giustizia alla forza del potere* - 2.2. *Riduzione della giustizia a tecnica per il potere* - 2.3. *Riduzione della giustizia al relativismo morale* - 3. *Un'«utopia ragionevole»*. *Un percorso di indagine dinnanzi ad alcune sfide del tempo presente.*

*Qualcuno doveva ristabilire la giustizia,
altrimenti sarebbe diventata una farsa totale*
F. Dürrenmatt, *Giustizia*

1. *L'eterno groviglio*

Queste pagine non hanno certo la pretesa di provare a sbrogliare uno dei grovigli concettuali più intricati di sempre. Cimentarsi, infatti, con il tentativo di ricostruire, ancorché sommariamente, l'incalcolabile varietà di indagini su diritto e giustizia non è soltanto un proposito da far tremare i polsi, ma anche un'impresa che pare vana e inutile.

Come scriveva Giorgio Del Vecchio, «numerose e gravi» sono «le dispute intorno al concetto del diritto» ma «ancora maggiori sono i dubbi e i dissensi intorno a quello della giustizia: che talvolta si pone come sinonimo o equipollente al primo, talaltra invece come distinto, o superiore ad esso»¹. In tal senso, la spaventevole complessità e varietà delle posizioni, che compongono quel «guazzabuglio semantico»² sul quale nei secoli sono stati versati i proverbiali fiumi d'inchiostro, è rispecchiata dalla molteplicità delle discipline che si occupano di definire ciò che è giusto, a cominciare dalla filosofia del diritto passando per la filosofia morale sino alla filosofia politica, nonché, per certi aspetti, la teoria economica, la psicologia, la scienza politica, la sociologia, l'urbanistica, l'etica medica, l'ecologia³, e oggi persino la scienza informatica⁴.

* Università di Bologna.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Studium, Roma, 1946, 1.

² B. PASTORE, *Giustizia*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto. Selezione di voci*, Giappichelli, Torino, 2013, 115-136, in part. 115; S. MAFFETTONE, S. VECA (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 1997, X.

³ Cfr. *ivi*, VIII.

⁴ Cfr., *inter alia*, F.H. LLANO ALONSO, J. GARRIDO MARTÍN (dir.), *Inteligencia artificial y derecho. Los retos del jurista en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra),

Inoltre, l'articolata tortuosità della questione è dimostrata dal fatto che le nozioni di 'diritto' e di 'giustizia' non possono essere conclusivamente definite⁵. Si pensi, in particolare, alla natura interpretativa⁶, inerentemente polisemica, talvolta amorfa talaltra proteiforme⁷, dei due vocaboli, o «concetti» dalle molteplici «concezioni»⁸, di cui è nota persino la problematicità etimologica⁹. A quest'ultimo riguardo, sia sufficiente ricordare in questa sede che è il greco *δικαιοσύνη* (*δίκαιος*) a esprimere una prima¹⁰, fondamentale, elaborazione del termine 'giustizia'¹¹, la quale fu qualificata ora come ordine che produce armonia¹² ora come «virtù completa» ed «eccellente» da ammirare come la stella della sera e la stella

2021; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021, in part. 237-240.

⁵ Cfr. P.P. PORTINARO, *La giustizia introvabile. Lezioni di filosofia politica*, Celid, Torino, 2012, 9, dove l'autore ricorda anche che la storia è ricca di promesse, visioni, ideologie, teorie della giustizia ma non conosce esempi di società giuste.

⁶ Cfr., *inter alia*, R. DWORKIN, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari, 2010, 162-164.

⁷ P.P. PORTINARO, *La giustizia introvabile. Lezioni di filosofia politica*, cit., 10.

⁸ *Inter alia*, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010, 191, 193, 201-202.

⁹ I molteplici significati di 'giustizia' paiono, peraltro, talvolta tra loro incompatibili. Cfr. C. DE PASCALE, *Giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 7. Notava già Aristotele che «'giustizia' e 'ingiustizia' si dicono in molti modi»: cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1129a 26.

¹⁰ In realtà, l'indagine archeologica del concetto può risalire ben a monte della cultura greca, come mostra, ad esempio, l'egittologo Jan Assman a proposito del concetto di *Ma'at* come «giustizia connettiva, ossia concatenante, combinatoria» che crea «la base della coesione e della solidarietà sociale»: cfr. J. ASSMANN, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo, e identità politica nelle grandi civiltà antiche* (1992), Einaudi, Torino, 1997, 193.

¹¹ La radice etimologica della parola rimanda a un ordine arcaico al quale appartengono sia il vocabolo *δίκη* sia *θέμις*: cfr. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* (1969), Einaudi, Torino, 1976, vol. II, 366. I due concetti risultano, peraltro, connessi all'interno della poetica omerica, ad esempio in *Odissea*, Libro VI, 120. Su questi temi, cfr. H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica* (1943), Bollati Boringhieri, Torino, 1992, 294-297. A proposito del rapporto che la giustizia intrattiene da sempre con «la sfera del sacro e quella del potere», cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, in part. 456, 480.

¹² Cfr. PLATONE, *Repubblica*, 433a-434c, dove famosamente si afferma che la giustizia consiste nell'«esplicare i propri compiti».

del mattino¹³, proporzione¹⁴ o «ritmo della realtà»¹⁵ che diviene ordinamento e «forma di ogni società»¹⁶.

È ben noto che l'indagine aristotelica, ed in particolare il Libro V dell'*Etica Nicomachea*, ha costituito un «modello per lungo tempo insuperato, che ha fissato i limiti entro cui [...] la discussione del problema è stata contenuta»¹⁷. Norberto Bobbio ha sintetizzato che la distinzione tra il giusto naturale e il giusto per convenzione o secondo la norma¹⁸, nonché le «varie forme di giustizia, di cui le più importanti sono la correttiva e la distributiva, con la distinzione tra giustizia stretta ed equità» hanno rappresentato per lungo tempo «tutto il dicibile, come un patrimonio inesauribile che poteva essere accresciuto ma il cui nucleo essenziale restava immutabile»¹⁹.

D'altro canto, la parola latina *iustitia*, contenendo un, pur etimologicamente problematico, richiamo allo *ius*²⁰, rappresenta l'ambiguità di un termine che «in un certo aspetto, si fa consistere nella conformità ad una legge» e che, per un altro verso, si intende come un suo «più alto criterio ideale»²¹.

¹³ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1129b 25-26. Per un commento su questo punto, M. RICCIARDI, *Giustizia*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma, 2015, 77-92, in part. 80 e, per un più ampio inquadramento, E. BERTI, *Aristotele. Dalla dialettica alla filosofia prima, con saggi integrativi*, Bompiani, Milano, n.e. 2004.

¹⁴ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1131a 29, dove Aristotele descrive, com'è noto, la giustizia come virtù particolare.

¹⁵ A. LEVI, *Riflessioni sul problema della giustizia*, Biancardi, Lodi, 1943, 14.

¹⁶ E. GARIN, *La giustizia*, Guida, Napoli, 1968, 17.

¹⁷ N. BOBBIO, *Prefazione* a C. PERELMAN, *La giustizia* (1945), Giappichelli, Torino, 1959, 5-11, in part. 5.

¹⁸ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1134b 18.

¹⁹ N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, in *Teoria politica*, 1/1985, 7-19, in part. 7.

²⁰ Giovanni Magrì puntualizza che «è la parola 'giustizia' ['*iustitia*'] a venire dal diritto ('*ius*'), [attraverso l'aggettivo '*iustus*'] e non viceversa»: cfr. G. MAGRÌ, *Giustizia*, in B. MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee, strutture, mutamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2001, 53-97, in part. 58-59. Cfr. a questo riguardo TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a.1.

²¹ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., 2. Cfr. anche il *Dizionario di filosofia*, a cura di N. ABBAGNANO, III ed. rivista, aggiornata e ampliata da G. FORNERO, UTET, Torino, 2001, 532-536, che richiama due significati di 'giustizia': la «conformità di una condotta a una norma» e l'«efficienza di una norma o di un sistema di norme», quale capacità di rendere possibile i rapporti sociali. A quest'ultimo proposito, precisa Jacques Derrida che occorre mantenere una sorta di «sporgenza» della giustizia sul diritto: cfr. J. DERRIDA, *Diritto alla giustizia*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Annuario filosofico europeo. Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 3-36, in part. 34. Con un'espressione suggestiva, TOMMASO

Dinnanzi a tali difficoltà, non soltanto semantiche²², e alla conseguente impossibilità sia di definire una volta per tutte il contenuto della giustizia²³ sia di precisarne in termini conclusivi la relazione con il diritto, celeberrimo è il tentativo formale offerto dalla regola di Ulpiano, tramandata in *Digesto*, 1.1.10: «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»²⁴.

Si tratta di una proposta che è stata tuttavia reputata «adiafora»²⁵ e vuota²⁶, nonché inevitabilmente conservatrice, poiché per questa via la giustizia finirebbe per dissolversi nel principio di legalità²⁷, ponendo un «principio d'azione secondo il quale gli esseri di una stessa categoria essenziale devono essere trattati allo stesso modo»²⁸, ciascuno secondo quanto gli è proprio²⁹. In tal senso, la formula si risolverebbe in un

GRECO afferma inoltre che la «giustizia è un'ombra che non coincide mai con il corpo del diritto»: *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in V. OMAGGIO (a cura di), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, 407-440, in part. 419.

²² Sull'iconografia della giustizia, cfr. A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'indagine*, Einaudi, Torino, 2008.

²³ Si legge alla voce *Giustizia* di FELIX OPPENHEIM, contenuta nel *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, UTET, Torino, 1990, 445-450, che si dovrebbe evitare il sostantivo 'giustizia', preferendo piuttosto l'aggettivo del vocabolo, nella misura in cui qualunque definizione descrittiva sarebbe «fuorviante» (*ivi*, 445).

²⁴ La massima, com'è noto, è riconducibile ai Sette Sapianti greci: lo spiega, tra gli altri, H. KELSEN, in *Che cos'è la giustizia*, Quodlibet, Macerata, 2021, 90. Nell'interpretazione di Leibniz, si tratta di tre precetti giuridici: cfr. G.W. LEIBNIZ, *La giustizia*, a cura di A. BARATTA, Giuffrè, Milano, 1967, in part. 27-30.

²⁵ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., 126.

²⁶ Cfr. H. KELSEN, *Le metamorfosi dell'idea di giustizia* (1947), in H. KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, cit., 93-135, in part. 111, 121; H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia*, cit., 90. H. KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), a cura di M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1975, 17, 28, 61, nonché 17-67, dove l'autore descrive e critica ben diciotto diverse formule di giustizia. Commenta tuttavia Baldassare Pastore che «la valenza del *suum cuique*» è «lungi dall'essere una formula vuota, sfociante nella tautologia», in quanto «si esplica nell'assunto secondo il quale ciascuno ha sempre qualcosa di propriamente ed esclusivamente suo ed è dunque sempre titolare di qualcosa che ciascun altro ha il dovere di riconoscergli e di dargli»: cfr. B. PASTORE, *Giustizia*, cit., 123. Accanto al *debitum*, Pastore riconosce che aspetti costitutivi della nozione di 'giustizia' sono l'alterità e l'eguaglianza.

²⁷ Si veda ancora H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., 56, 60, nonché, sul punto, Á. HELLER, *Oltre la giustizia* (1987), Il Mulino, Bologna, 1990, 5.

²⁸ C. PERELMAN, *La giustizia*, cit., 37.

²⁹ Per una concezione dell'eguaglianza più «complessa», cfr., tra molti, M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), Laterza, Roma-Bari, 2008 e, per un commento, TH. CASADEI, *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, politica*, Giuffrè, Milano, 2012, in part. 285-363.

«sillogismo imperativo, che impone l'applicazione di una norma (già data), la quale enuncerà l'obbligo di trattare in un certo modo tutti gli esseri di una categoria determinata»³⁰, così espellendo due problemi cruciali: la critica della classificazione e la critica del trattamento.

Dinnanzi alla circolarità del ragionamento, si potrebbe addirittura dubitare che abbia senso continuare a discutere. Più nel dettaglio, almeno tre critiche emergono come pressoché insuperabili, al punto da configurarsi come pungoli permanenti la cui confutazione definitiva risulta al contempo «necessaria e impossibile»³¹; di esse si dovrà rendere brevemente conto nel prossimo paragrafo.

Eppure, nonostante tutte le perplessità e le complessità alle quali si è potuto solamente fare cenno, è un fatto che la letteratura filosofico-giuridica, pur nella varietà delle sue prospettive e dei suoi scopi, continui ad appellarsi alla giustizia, anche al fine di interrogare il presente, per descrivere problemi o suggerire strategie inerenti alla corretta regolazione dei rapporti *ad alterum*³². La giustizia appare così come un «bisogno umano fondamentale»³³, per quanto indefinito³⁴. Essa qualifica, inoltre, una intrinseca ambizione della norma, una «metanorma»³⁵, «tacita aspettativa»³⁶, pretesa di giustizia³⁷ o «*habitus* interiore» del diritto³⁸,

³⁰ C. PERELMAN, *La giustizia*, cit., 74.

³¹ GF. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Il Mulino, Bologna, 1993, 147; ID., *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano, 2001, 82, 84. Nelle parole di Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca: «difficile quanto ineludibile»: cfr. S. MAFFETTONE, S. VECA (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, cit., XVI.

³² Com'è noto, già Platone sottolinea che la giustizia è un bene «allogeno» (*Repubblica*, 343 c) mentre Aristotele specifica che la giustizia è una virtù sociale, rivolta al prossimo: cfr. *Etica Nicomachea*, 1130a 4 e 1134b 5. Per un commento, cfr. GF. ZANETTI, *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, cit., 17; J. PIEPER, *Sulla giustizia*, Morcelliana, Brescia, 1962, 27, 31.

³³ F. MACIOCE, *Giustizia. Un bisogno umano fondamentale*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 3-28, in part. 3.

³⁴ Si veda ancora il *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, cit., 445.

³⁵ P.P. PORTINARO, *La giustizia introvabile. Lezioni di filosofia politica*, cit., 12.

³⁶ L.L. FULLER, *Il diritto come strumento di controllo sociale e come facilitazione dell'interazione umana*, in L.L. FULLER, *A cosa serve il diritto? Due scritti*, a cura di A. PORCIELLO, Mimesis, Milano-Udine, 2021, 63-82, in part. 81.

³⁷ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997, 36.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, 15.

ponendosi come «la più giuridica» e «pubblica» delle virtù³⁹, in grado di generare un «luogo della società» nel quale «la parola prevale sulla violenza»⁴⁰ e dove «l'enormità dell'ingiustizia umana»⁴¹ possa dirsi almeno temporaneamente placata. Vi è addirittura chi si è spinto ad affermare che la filosofia del diritto sia nientemeno che «filosofia della giustizia», là dove il «filosofo del diritto è il filosofo della lanterna, sempre alla ricerca di un punto di frattura nel sistema [...] dell'ordinamento vigente»⁴². I contributi raccolti in questo focus ne sono un esempio. Il terzo paragrafo sarà dedicato a una loro breve presentazione.

2. Tre critiche

Anche volendo sgomberare il campo da definizioni della giustizia, e da concezioni del suo rapporto con il diritto, finalizzate alla massimizzazione del bene e riconducibili a una logica quantitativa, incrementale e aggregativa, oppure a una idea sostanzialistica della vita buona, magari fondata in termini metafisici o razionalistici⁴³, tre critiche vanno ad aggiungersi al pericolo della dissoluzione della giustizia in formule vacue: la riduzione della giustizia alla forza del potere; la riduzione della giustizia a tecnica per il potere; la riduzione della giustizia al relativismo morale. Ciascuno di questi posizionamenti rimanda a discussioni molto note in letteratura.

2.1. Riduzione della giustizia alla forza del potere

³⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. CATTANEO, Einaudi, Torino, 2002, 11, 196. Si veda anche *ivi*, 240: «abbiamo, nella mera nozione di applicazione di una norma giuridica generale, almeno il germe della giustizia».

⁴⁰ P. RICOEUR, *Il Giusto* (1995), Società Editrice Internazionale, Torino, 1998, 5.

⁴¹ J. SHKLAR, *I volti dell'ingiustizia. Iniquità o cattiva sorte?* (1990), Feltrinelli, Milano, 2000, 39. Il sentimento dell'ingiustizia sembra qualcosa di evidente persino agli occhi di un bambino, come rilevano, a titolo di esempio, AMARTYA SEN (*L'idea di giustizia*, cit., 28-31) e PAUL RICOEUR (*Il Giusto*, cit., 6-7).

⁴² G. PERTICONE, *In tema di diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 1961, 20, 28.

⁴³ Fortunatamente, come ha spiegato Amartya Sen, un vero e proprio consenso sulla giustizia trascendentale, sia essa intesa come il "giusto" assoluto o come l'"ottimo" in termini comparativi, non è necessario (né, del resto, sarebbe sufficiente) per provare a sviluppare alcuni ragionamenti su diritto e giustizia: cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 113.

La prima posizione è riconducibile alle parole celeberrime che Trasimaco rivolge a Socrate nella *Repubblica* platonica: «la giustizia non è altro che l'utile del più forte» (338 c; 339 a)⁴⁴. Nel notissimo passo, da un lato, la giustizia appare come conformità a una norma sanzionata; dall'altro lato, a imporsi è la priorità della forza come fatto sicché «non è la norma a legittimare il potere» ma è viceversa «la sua forza a emanare quella norma in funzione della propria conservazione»⁴⁵.

Mentre questa seconda tesi rimarrà di fatto inconfutata⁴⁶, il primo corno del problema viene riformulato da Trasimaco, incalzato da Socrate, nella massima secondo la quale «la giustizia è un bene di altri, un utile di chi è più forte e governa, ma un danno proprio di chi obbedisce e serve [...]; i sudditi fanno l'utile di chi è più forte e lo rendono felice servendolo mentre non riescono assolutamente a rendere felici se stessi» (343 c-d).

Le parole di Trasimaco vengono poi completate dall'intervento di Glaucone, il quale formula un ragionamento destinato ad altrettanto grande fortuna⁴⁷: poiché i deboli sono «incapaci di commettere ingiustizia» (359 c), essi accettano la giustizia intesa come prudenza razionale. Quest'ultima risulta più conveniente del perdurare del conflitto finalizzato al predominio attraverso la forza⁴⁸.

La formula trasimachea viene poi sottoposta a tre strategie di confutazione, cui si aggiunge un quarto argomento nel corso del dialogo⁴⁹. Com'è noto, nel suo complesso l'obiezione platonica propone una fenomenologia della genesi dell'aggregazione sociale che implica una

⁴⁴ Si veda anche PLATONE, *Gorgia*, 483 b-484 a. Questa posizione può essere letta congiuntamente a quella che TUCIDIDE, ne *La guerra del Peloponneso*, attribuisce agli Ateniesi nel dialogo con gli ambasciatori Melii: cfr. Libro V, 89 e Libro V, 105.

⁴⁵ M. VEGETTI, *Guida alla Repubblica di Platone*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 90. Gianfrancesco Zanetti nota che, là dove l'ingiustizia è ciò che comporta vantaggio e utile personale, la giustizia non è che «un particolare caso di ingiustizia»: un corollario che delegittima qualunque discussione filosofica intorno all'ordine politico e giuridico giusto. Cfr. GF. ZANETTI, *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, cit., 79-81.

⁴⁶ M. VEGETTI, *Guida alla Repubblica di Platone*, cit., 90.

⁴⁷ Si tratta dell'argomento, successivamente perfezionato dalla riflessione moderna e contemporanea, della «giustizia come vantaggio reciproco» a cui Brian Barry contrappone la «giustizia come imparzialità»: B. BARRY, *Teorie della giustizia* (1989), Il Saggiatore, Milano, 1996, 26.

⁴⁸ Non si può non accostare questa formulazione alla riflessione hobbesiana. Cfr. T. HOBBS, *De Cive* (1642), a cura di T. MAGRI, Editori Riuniti, Roma, 2018, in part. 123-124; T. HOBBS, *Leviatano* (1651), a cura di A. PACCHI, Laterza, Roma-Bari, 2001, 139-143. Cfr. anche la considerazione di ARISTOTELE in *Etica Nicomachea*, 1167 b, secondo la quale l'ingiustizia è essa stessa «polemogena», dunque instabile.

⁴⁹ Cfr. M. VEGETTI, *Guida alla Repubblica di Platone*, cit., 91-95, 97, 106, 113, 224-225.

sostituzione dell'antropologia competitiva sostenuta da Trasimaco con un'antropologia di tipo collaborativo, culminante in una sorta di «paradosso»⁵⁰. Ad ogni modo, la risposta decisiva di Platone al Calcedone è contenuta in 416 d e 417 a-b, dove l'autore prescrive che i guardiani non possiedano proprietà private, dunque utilità e interessi propri da difendere. Soltanto in questo modo, una nuova «scandalosa»⁵¹ struttura sociale offrirà le condizioni per un esercizio giusto del governo. Tuttavia, la dipendenza della giustizia dal potere e dalla dimensione prioritaria della forza⁵² verrà così, di fatto, elusa ma non definitivamente superata.

2.2. Riduzione della giustizia a tecnica per il potere

In opposizione alla «metafisica tradizionale»⁵³, Alf Ross, tra gli altri, ha formulato l'argomento «realistico» secondo il quale «la forza non sta "dietro" il diritto ma agisce "attraverso"»⁵⁴ di esso. In altre parole, alla luce di un assunto empirista⁵⁵ e verificazionista⁵⁶, il diritto non è più subordinato al potere ma le due nozioni paiono ibridarsi; in tal senso, il potere non sarebbe mai «nudo» bensì sempre «competenza giuridica»⁵⁷.

⁵⁰ In forza del quale la «ragione termina nella fede»: Á. HELLER, *Oltre la giustizia*, cit., 90. Per un paragone tra Platone e Gesù, cfr. anche H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia*, cit., 82-83, 88-89 e, per approfondire, H. KELSEN, *L'idea di giustizia nelle Sacre Scritture* (1951), in H. KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. CARRINO, Edizioni Lavoro, Roma, 1989, 137-191.

⁵¹ M. VEGETTI, *Introduzione a Platone, La Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 1-10, in part. 4. Coglie l'esigenza platonica di fondare una «nuova città» anche ALFARABI in *The Philosophy of Plato and Aristotle*, Ithaca, Cornell University Press, 1969, 65.

⁵² Sulla indiscutibile relazione tra giustizia e forza, tra i moltissimi esempi possibili, si veda la celebre riflessione di BLAISE PASCAL contenuta in *Pensieri* (1670), Einaudi, Torino, 1966, 136.

⁵³ A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 2001, 56.

⁵⁴ *Ibidem*. Cfr. anche A. ROSS, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in S. PAULSON (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 147-163, in part. 150.

⁵⁵ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 65.

⁵⁶ *Ivi*, 39. Per un commento, cfr. A. PORCIELLO, *Ross, l'epistemologia e il gioco degli scacchi*, in L. MILAZZO, A. PORCIELLO (a cura di), *Un dialogo su Alf Ross*, ETS, Pisa, 2019, 17-53, in part. 29.

⁵⁷ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 57; A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno* (1974), Giappichelli, Torino, 2016, in part. 57.

Se è il diritto ad essere qualificato ora come regola della forza, la giustizia viene di converso ridotta ad «astuzia»⁵⁸. Essa è un'«evidenza apparente»⁵⁹ che può essere brandita alla stregua di un'«arma»⁶⁰. Da un lato, è impossibile ricavarne un contenuto utile, in quanto essa è bieca «espressione emotiva»⁶¹ e «opinione soggettiva»⁶²; dall'altro lato, chi la invoca adotta un «atteggiamento militante di tipo biologico-emotivo»⁶³, che «eccita alla difesa implacabile» delle proprie percezioni o «esigenze» al fine di tradurle «in postulato assoluto»⁶⁴. Con parole celebri, «invocare la giustizia è la stessa cosa che picchiare il pugno sul tavolo. [...] È impossibile tenere una discussione razionale con una persona che mobilita la "giustizia", perché egli non dice nulla per cui possano essere adottati argomenti a favore o contro»⁶⁵. Mediante l'adozione di una metaetica emotivistica⁶⁶ e non cognitivista⁶⁷, la giustizia viene così ridotta a mera tecnica strumentale alla persuasione, congegno finalizzato alla conquista di una posizione, non solo discorsiva, di forza. «Timore e rispetto, validità e forza» paiono, inoltre, connessi e si condizionano reciprocamente nel sostenere la capacità vincolante del diritto⁶⁸.

2.3. Riduzione della giustizia al relativismo morale

A ben guardare⁶⁹, entrambe le precedenti critiche sono comprese nella più ampia riduzione della giustizia a una forma scettica di relativismo

⁵⁸ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 259.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, 260.

⁶¹ *Ivi*, 259.

⁶² *Ivi*, 272. La stessa «legge naturale» è appellata come «una squaldrina a disposizione di tutti», là dove il fondamento del diritto naturale risiede in una «percezione privata»: cfr. *ivi*, 246.

⁶³ *Ivi*, 259.

⁶⁴ *Ibidem*. In proposito, si veda anche C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), Morcelliana, Brescia, 2008, in part. 54, 59.

⁶⁵ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 259.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ A. ROSS, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, cit., 149.

⁶⁸ D. TAFANI, *Distinguere uno Stato da una banda di ladri. Etica e diritto nel XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 2014, 50. Si veda anche A. ROSS, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, cit., 155.

⁶⁹ Cfr. P.P. PORTINARO, *La giustizia introvabile. Lezioni di filosofia politica*, cit., 71, nonché H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1948), Einaudi, Torino, 2009, 632.

morale⁷⁰. In diversi suoi scritti, com'è noto, Hans Kelsen ha sostenuto con parole particolarmente chiare e lineari che l'«eterna»⁷¹ ed insolubile⁷² questione della giustizia rimanda a «giudizi di valore puramente soggettivi e perciò relativi»⁷³. Per questa ragione, essa non può essere oggetto di alcuna scienza, né tantomeno della scienza giuridica, dal momento che quest'ultima presuppone un «giudizio sperimentalmente verificabile»⁷⁴. In tal senso, «il concetto di giustizia deve essere distinto da quello di diritto»⁷⁵. La «giustizia assoluta» sarebbe pertanto un'«illusione»⁷⁶, un «ideale irrazionale»⁷⁷. Al contrario, sempre «relativa»⁷⁸, qualunque ambizione di giustizia pare piuttosto una semplice «esigenza della morale»⁷⁹ soggettiva, costretta a postulare l'impossibilità di una gerarchia oggettiva tra valori diversi⁸⁰ e ad accettare l'incapacità della ragione di «giustificare la validità di valori assoluti»⁸¹.

Nonostante queste premesse, negli scritti sul processo di Norimberga e il diritto internazionale⁸², il relativismo e l'irrazionalismo della metaetica

⁷⁰ Come ha scritto Massimo la Torre, vi è una forma di relativismo che implica «una posizione scettica incapace di produrre ragioni giustificative (universalizzabili), e dunque condannato alla contraddizione e alla paralisi permanente»: cfr. M. LA TORRE, *Presentazione*, in M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, biotica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, XI-XIV, in part. XIII.

⁷¹ H. KELSEN, *Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, cit., in part. 94. Cfr. anche H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 77.

⁷² H. KELSEN, *Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, cit., 94.

⁷³ *Ivi*, 99. Per un commento, cfr. F. RICCOBONO, *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milano, 1989.

⁷⁴ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 82. A questo proposito, cfr. M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni Comunità, Milano, 1981; A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica (1910-1935)*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1987.

⁷⁵ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., 68.

⁷⁶ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 96.

⁷⁷ H. KELSEN, *Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, cit., 103.

⁷⁸ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 98.

⁷⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M. Losano, Einaudi, Torino, 2021, 85.

⁸⁰ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 83-84.

⁸¹ *Ivi*, 87. Per un commento, si veda N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. GRECO, Torino, Giappichelli, 2014.

⁸² In part. H. KELSEN, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale* (1947), in *Nuovi Studi Politici*, 4/1989, 99-115. Sul tema della giustizia dei vincitori si veda anche il più recente D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

kelseniana sembrano temperati⁸³ dal rifiuto di riconoscere l'innocenza morale di «coloro i quali erano moralmente responsabili per il crimine internazionale della seconda guerra mondiale»⁸⁴. Davanti al male assoluto, Kelsen riconobbe che «la giustizia richiede la punizione di questi uomini»⁸⁵. Si trattava di un'opzione resa praticabile dall'introduzione, nel diritto positivo, di sanzioni retroattive, giustificabili nella misura in cui, nel caso di «due postulati di giustizia in conflitto l'uno con l'altro», «prevale il più alto»⁸⁶. La scelta di introdurre per legge reati *ex post facto* confermava, del resto, sia la tesi giuspositivistica secondo la quale il diritto può avere qualunque contenuto, sia l'interpretazione relativistica in forza della quale «il giuspositivismo metodologico separa il concetto di diritto da quello di una morale corretta» ma non da qualunque morale, essendo la «purezza»⁸⁷ invocata dal giurista austriaco caratteristica della dottrina e non del diritto in sé⁸⁸. Ciononostante, proprio la varietà e la pluralità delle «norme di giustizia»⁸⁹ esclude che queste ultime possano costituire, nell'ambito di una concezione monistica, giuspositivistica e «antignostica»⁹⁰, un qualunque «fondamento della validità» dell'ordinamento⁹¹.

Seguendo una recente analisi⁹², si può affermare che le tre “riduzioni” qui ricordate conducano a un modello di giustizia «dell'indifferenza

⁸³ Per una più ampia discussione, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016 e F. RICCOBONO, F. ROMEO (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; cfr. anche B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1990.

⁸⁴ H. KELSEN, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, cit., 110.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 11.

⁸⁸ Come nota, *ex multis*, FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG in *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, a cura di M. LALATTA COSTERBOSA, Giappichelli, Torino, 2020, 56, 63.

⁸⁹ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., 15.

⁹⁰ M. LA TORRE, *Il festino di pietra. Carl Schmitt come ammonitore*, in A. BALLARINI (a cura di), *Novecento del diritto*, cit., 87-124, in part 98.

⁹¹ Si veda il contributo di Lorenzo Milazzo in questo focus, nonché H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., 70. Kelsen aggiunge che «una dottrina positivista [...] del diritto non sostiene [...] che non c'è alcuna giustizia, bensì che di fatto si presuppongano molte norme di giustizia differenti ed in contrasto l'una con l'altra» e anche «ogni ordinamento giuridico positivo può essere conforme ad una qualsiasi delle molte norme di giustizia, su cui si fondano valori soltanto relativi, senza che questa conformità possa considerarsi fondamento della sua validità».

⁹² M. LALATTA COSTERBOSA, *La combinazione giusta*, in F.J. ANSUÁTEGUI ROIG in *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., 197-207.

morale»⁹³ il quale, portato alle sue estreme conseguenze, produce una nichilistica⁹⁴ *impasse* nella scelta⁹⁵. Una via alternativa è quella, differente, del «modello della giustizia come equità»⁹⁶ che, pur nella sfaccettata varietà delle sue articolazioni, da un lato condivide con il modello relativista l'impossibilità di definire contenuti di giustizia assoluti ma, dall'altro lato, ambisce a far emergere dal «fuoco degli argomenti»⁹⁷ specifiche istanze di giustizia a partire da giustificazioni razionali⁹⁸. In tal senso, «le questioni di giustizia sono propriamente questioni di giustificazione»⁹⁹ nella misura in cui, come ricorda Robert Alexy, «chi asserisce che qualcosa è giusto» afferma che ciò sia «corretto», vale a dire «fondato mediante ragioni»¹⁰⁰.

3. Un'«utopia ragionevole». Un percorso di indagine dinnanzi ad alcune sfide del tempo presente

Il presente focus monografico, che raccoglie alcune delle relazioni presentate nell'ambito di un ciclo seminariale tenuto presso l'Università di Bologna nel febbraio 2022¹⁰¹, prova a collocarsi nell'ambito di quest'ultima tradizione discorsiva, presentando argomenti a favore della rivendicazione

⁹³ *Ivi*, 199.

⁹⁴ Cfr. P.P. PORTINARO, *La giustizia introvabile. Lezioni di filosofia politica*, cit., 32.

⁹⁵ Ciononostante, quanto a Kelsen, si veda H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, 41-152, in part. 149, dove l'autore afferma che «il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone».

⁹⁶ Nel significato indicato da M. LALATTA COSTERBOSA, *La combinazione giusta*, cit., 201. Per un esempio, tra tutti, si vedano i lavori di JOHN RAWLS, in part. *Justice as Fairness*, in *The Philosophical Review*, 2/1958, 164-194; *Una teoria della giustizia* (1971), a cura di S. MAFFETONE, Feltrinelli, Milano, 2009; *Liberalismo politico* (1993), Edizioni Comunità, Milano, 1994; *Giustizia come equità. Una riformulazione* (2001), Feltrinelli, Milano, 2002.

⁹⁷ R. ALEXY, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion pratica*, 9/1997, 103-113, in part. 110.

⁹⁸ Puntualizza ROBERT ALEXY in *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997, 82, che la pretesa di giustezza implica una «pretesa di *fondabilità* [...] non solo nel senso di una qualche morale» ma anche «nel senso di una *morale fondabile*». A tal proposito, l'autore nota che persino Adolf Hitler sollevava una pretesa di giustezza nel primo senso, ma certo non poteva sostenerla alla luce del secondo significato.

⁹⁹ S. MAFFETONE, S. VECA (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, cit., VIII.

¹⁰⁰ R. ALEXY, *Giustizia come correttezza*, cit., 105. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Laterza, Roma-Bari, 1996.

¹⁰¹ Al ciclo seminariale, dal titolo «Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto», hanno partecipato anche altri studiosi e studiose, che ringrazio: Thomas Casadei, Gianfrancesco Zanetti, Lucia Re, Tommaso Greco, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Fernando H. Llano Alonso, Carlotta Cossutta.

di una qualche concezione della giustizia, intesa quale «utopia ragionevole»¹⁰², senza perdere di vista la problematicità del suo rapporto con il diritto.

Invero, osservando il diritto vigente, ci si può trovare talvolta costretti ad ammettere l'esistenza di un diritto ingiusto¹⁰³ ovvero incapace di operare come «pratica di giustizia»¹⁰⁴. Su questo crinale si snoda la riflessione offerta da Alessandra Sciurba, che prende in esame il fenomeno delle migrazioni nel contesto sovranazionale, affiancando a considerazioni teoriche generali valutazioni specifiche in merito all'attualità del tempo presente. Se la cavillosa ampollosità del diritto moderno aveva garantito a Porzia, ne *Il mercante di Venezia*, uno spazio vuoto nel quale far valere le proprie pretese di giustizia¹⁰⁵, l'oscura ambiguità di alcune norme di diritto interno ed europeo sembra oggi prestare il fianco a possibili abusi e strumentalizzazioni, culminanti in quella «privazione» di fatto dei diritti fondamentali che «si manifesta soprattutto nella mancanza di un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto»¹⁰⁶.

In questo scenario, lo stesso artificio dei diritti umani può apparire vuoto, meramente retorico ed «escludente»¹⁰⁷, rendendo addirittura doverosa la ricerca di un «nuovo modello contemporaneo» più inclusivo, al

¹⁰² S. VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2002, 8. JOHN RAWLS parla di «utopia realistica» ne *Il diritto dei popoli*, cit., 11.

¹⁰³ Si pensi, in particolare, alla prima parte della formula resa celebre da Gustav Radbruch: G. RADBRUCH, *Cinque minuti di filosofia di diritto*, in G. RADBRUCH, *Diritto e no. Tre scritti*, a cura di M. LALATTA COSTERBOSA, Mimesis, Milano-Udine, 2021, 117-121, in part. 120; G. RADBRUCH, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, *ivi*, 123-148, in part. 137-138. Per un commento: G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001; R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, cit., 25-32.

¹⁰⁴ A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo. Un diritto di confine*, Giappichelli, Torino, 2021, XI.

¹⁰⁵ W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia* (1600), in ID., *Il teatro*, Einaudi, Torino, 1960, vol. 2, 3-73, in part. 59. Si veda anche il famoso commento contenuto in R. VON JHERING, *La lotta per il diritto* (1872), Giuffrè, Milano, 1989, 133, che valorizza invece il personaggio di Shylock.

¹⁰⁶ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 410.

¹⁰⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Condición humana y derechos humanos. Algunas Claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, Dykinson, Madrid, 2016, 19. Per una risposta alla critica contro i diritti umani, si veda, tra tanti altri, J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Scritti di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano, 1998, in part. 216-232. Per un commento, si rimanda a T. MAZZARESE, *Ripensare la cultura dei diritti?*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, 126, dove si individua la «fallacia» del ragionamento che pretende «di inferire l'(in)giustizia di un principio dalla sua eventuale (in)effettività».

fine di promuovere una visione meno «restrittiva» della giustizia¹⁰⁸, in grado di contrastare l'ingiustizia non soltanto sul fronte della distribuzione e del riconoscimento¹⁰⁹ ma anche, esplicitamente, sul versante dell'oppressione e del dominio¹¹⁰. È questa la via percorsa da María del Carmen Barranco Avilés, che nel suo contributo fa uso della nozione di 'vulnerabilità' per giustificare un ampliamento della «concezione umana» presupposta alla titolarità dei diritti¹¹¹.

Una tale estensione, operata in termini soggettivi, chiama in causa una questione ulteriore, sulla quale si concentra lo studio di Andrea Porciello, vale a dire quella che riguarda l'etica ecologica profonda intesa come possibile specificazione dell'etica del diritto. La riflessione dell'autore giunge, infatti, non solo a individuare un nuovo paradigma ontologico sulla base del quale ripensare l'uomo, la natura e l'ambiente ma anche a fondare ulteriori responsabilità e doveri per una «transizione ecologica del diritto»¹¹² nel contesto di una giustizia storica e globale¹¹³.

Sebbene proprio quest'ultima dimensione sia uno dei punti forse più dolenti delle teorie della giustizia novecentesche di ispirazione *liberal*¹¹⁴, dove la domanda di una società giusta sembra cedere il passo alla richiesta meno esigente di una «società decente»¹¹⁵, l'analisi di Nicola Riva delinea puntualmente i tratti salienti del modello della giustizia politica liberale¹¹⁶,

¹⁰⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Condición humana y derechos humanos. Algunas Claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, cit., 135-137.

¹⁰⁹ Cfr. N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disegualanze economiche* (2003), Meltemi, Milano, 2020.

¹¹⁰ Cfr. I.M. YOUNG, *La politica delle differenze* (1990), Feltrinelli, Milano, 1996.

¹¹¹ Si vedano in proposito almeno E. KITTAI, *La cura dell'amore. Donne, uguaglianza, dipendenza* (1999), Vita e pensiero, Milano, 2010; M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. FINEMAN, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, New Press, New York, 2004 e, per un commento, L. RE, *Democrazie vulnerabili. L'Europa dall'identità alla cura*, Pacini, Pisa, 2020, in part. 95-111.

¹¹² A. PORCIELLO, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci, Roma, 2022, 153.

¹¹³ Cfr. almeno I. TRUJILLO, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2007, in part. i tre modelli proposti a 120-123: del mutuo vantaggio, della reciprocità e dell'imparzialità. Si rimanda anche al pionieristico C. BEITZ, *Political Theory and International Relations* (1979), Princeton University Press, Princeton, 1999.

¹¹⁴ Si veda, su questo, la critica di Alessandra Sciarba a Rawls in questo focus, nonché, *inter alia*, almeno T. NAGEL, *È possibile una giustizia globale?*, Laterza, Roma-Bari, 2009 e T. POGGE, *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* (2002), Laterza, Roma-Bari, 2010.

¹¹⁵ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli* (1999), Edizioni Comunità, Milano, 2001, 3-5.

¹¹⁶ A questo proposito, si veda anche N. RIVA, *Egalitarismi*, Giappichelli, Torino, 2016, in part. 115-148.

mettendone in luce alcuni principi fondamentali assiologici (pluralismo assiologico, valore della persona, eguale valore delle persone, valore della libertà individuale) e normativi (diritto all'eguale considerazione, sovranità personale, tolleranza, competizione aperta e meritocratica).

In stretto dialogo con il contributo di Riva si colloca la riflessione offerta da Orsetta Giolo sulle distorsioni del «paradigma neoliberale». Quest'ultimo, proprio tradendo i principi del liberalismo, giunge a una dissoluzione della logica redistributiva a vantaggio di una «giustizia retributiva/correttiva» marcatamente quanto draconianamente sanzionatoria¹¹⁷, sostituendo alla visione di una «comunità morale» quella di un fascio di relazioni individuali e facendo un uso strumentale di un «diritto restitutivo»¹¹⁸, di derivazione privatistica, la cui efficienza esibita celerebbe processi di gerarchizzazione.

Infine, il contributo di Lorenzo Milazzo indaga alcuni nodi che incrociano trasversalmente tutte le precedenti considerazioni, accostando a quella sulla giustizia una più ampia riflessione su diritto e potere politico, coercizione e consenso¹¹⁹. Sfumando i confini della relazione tra questi elementi, e facendo emergere quella norma fondamentale dell'ordinamento coercitivo che prescrive di imporre la violenza legittima, l'autore conferma, peraltro, che la prudenza che abbiamo cercato di usare accostandoci al nostro tema in questa Introduzione è necessaria, e forse consustanziale, a qualunque discussione seria e aperta sull'argomento.

¹¹⁷ O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020, 22, 84.

¹¹⁸ A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 2012, 32, 91.

¹¹⁹ Su questi temi, cfr. anche L. MILAZZO, *Appunti per una riflessione "discronica" su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 1/2021, 45-80.

ALESSANDRA SCIURBA*

Giustizia sovranazionale e migrazioni.

Disvelando le ambiguità dell'Europa dei diritti, a partire da una critica a *Il diritto dei popoli di John Rawls* **

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Gli impliciti delle politiche migratorie contemporanee* - 2. *Gli assunti fallaci de Il diritto dei popoli di John Rawls* - 3. *Diritto di migrare e diritto d'asilo: disvelare l'ipocrisia di fondo* - 4. *Le politiche europee dei confini e la doppiezza dell'Occidente dei diritti* - 5. *Conclusioni.*

*Ciò che noi chiamiamo umanesimo,
attenzione per la vita o compassione
può fiorire in cerchie sociali limitate
che si disinteressano di ciò che avviene
appena fuori dei loro piccoli orizzonti.*

*Oppure, può esercitarsi su esempi clamorosi
che acquistano per qualsiasi motivo valore simbolico o politico,
ma essere indifferente a casi analoghi
ben più rilevanti numericamente o socialmente
A. Dal Lago, Carnefici e spettatori*

1. *Introduzione. Gli impliciti delle politiche migratorie contemporanee*

La storia dell'umanità è una storia di migrazioni individuali come di esodi collettivi che hanno definito il mondo per quello che è oggi. Gli esseri umani si sono sempre spostati per migliorare la propria condizione di vita, trovando ambienti più favorevoli al loro sviluppo, oppure per fuggire da persecuzioni e conflitti. Ciò che ci muove ad andare in cerca di un posto in qualche modo migliore è descritto da Michael Walzer, nel saggio in cui assume «l'Esodo come il paradigma della teoria rivoluzionaria»¹, quando scrive che «senza questo senso di possibilità l'oppressione sarebbe sentita come una condizione inevitabile, una questione di destino personale o collettivo, un rovescio di fortuna»².

A molto più che a un semplice spostamento fisico si riferiva ovviamente il filosofo statunitense. Cionondimeno, utilizzo le sue parole nella convinzione che la possibilità di non cedere alla fatalità dell'essere nati

* Università di Palermo.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ M. WALZER, *Esodo e rivoluzione* (1985), Feltrinelli, Milano, 2004, 13.

² *Ivi*, 21.

in un dato luogo, specie a fronte di miseria e guerra, faccia parte di ciò che sostanzia l'idea, tanto vaga quanto irrinunciabile, di dignità umana.

Non è quindi un caso se le tracce della storia da cui discendiamo siano costellate di riferimenti all'ospitalità di chi viene da un altrove; ospitalità come legge ancestrale che poi diventa, fondendosi con l'obbligo di offrire protezione ai supplici, l'incunabulo del diritto d'asilo per come lo conosciamo oggi nel diritto internazionale e nel dettato costituzionale della maggior parte dei paesi del mondo³.

Nonostante questa onnipresenza storica della migrazione, però, è possibile identificare, come hanno fatto già anni fa Stephen Castles e Mark J. Miller, alcune caratteristiche peculiari che portano a identificare l'epoca contemporanea come l'Età delle migrazioni⁴.

Innanzitutto, ci dicono i due autori, le migrazioni pongono oggi una sfida inedita alla sovranità nazionale, tanto che appaiono senza precedenti gli sforzi messi in campo dai governi per regolarle, anche e soprattutto attraverso un'intensa diplomazia bilaterale, regionale e internazionale. In secondo luogo, nell'epoca della comunicazione globalizzata e della globalizzazione economica, anche oggi che essa appare nelle sue declinazioni più decadenti, le migrazioni sono segnate da un forte transazionalismo, insito nella capacità delle persone migranti di vivere contemporaneamente in due società, quella di origine e quella di arrivo, alimentando relazioni sociali ed economiche che, proprio per questo, sfidano le logiche di comunità nazionali che appaiono sempre più "immaginate"⁵. A fronte di ciò, assistiamo a una crescente politicizzazione delle migrazioni, nel senso di una loro sempre maggiore rilevanza politica, sia in ambito domestico che sull'arena internazionale, tanto che la loro gestione diventa centrale anche nell'orientare molti processi geopolitici.

Di conseguenza, la mobilità umana è descrivibile ad oggi come la prerogativa più stratificata e differenziata tra categorie di persone⁶ che hanno diverse origini nazionali e sociali; basti pensare alla suggestiva distinzione elaborata già nel 1998 da Zygmunt Bauman tra "turisti" e

³ Su questo mi permetto di rimandare a A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo. Un diritto di confine*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁴ S. CASTLES, M.J. MILLER, *L'era delle migrazioni. Popoli in movimento nel mondo contemporaneo* (2003), Odoya, Bologna, 2012.

⁵ Il riferimento è a B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origini e diffusione dei nazionalismi* (1983), Manifestolibri, Roma, 1996.

⁶ Si vedano i contributi di Andrea Porciello e di Orsetta Giolo in questo focus.

“vagabondi”⁷ che vivono in maniera completamente diversa l’esperienza del confine, o all’implicito che il termine “migrante” porta con sé nell’intenzione di chi lo adopera per identificare un ben definito gruppo umano. Banalmente, non definiremmo mai come “migrante” un uomo d’affari italiano che si trasferisse in un altro continente per gestire un’azienda, o una studentessa statunitense che si recasse in Europa per perfezionare i suoi studi *post lauream*.

Comunemente, invece, la definizione massificante e svilente di “migranti” si applica in maniera indistinta a chi dai Sud del mondo, intesi come i paesi maggiormente impoveriti o segnati da violenze e conflitti, si muove verso i Nord del pianeta, dove si trovano gli stati che nei secoli si sono arricchiti e che vantano condizioni politiche relativamente stabili.

Questo differenziale di ricchezza e stabilità, peraltro, come verrà approfondito a breve, è da valutare all’interno di un rapporto che, sebbene non sempre semplice da definire nel dettaglio delle relazioni di causa ed effetto, ha visto i paesi più potenti e ricchi diventare tali proprio a discapito di quelli che oggi sono più instabili e poveri.

L’altro implicito, quando si parla di “migranti” e “migrazioni”, è che ci si stia riferendo a un fenomeno pericoloso e problematico, che minaccia strutturalmente la sicurezza nazionale. Anche questa idea, accettata indiscriminatamente nel discorso pubblico e mediatico contemporaneo, non è affatto un universale storico, ma affonda le sue radici solo nel XVIII secolo, per poi consolidarsi nel tempo e trovare la sua esasperazione nell’epoca attuale: il controllo dei confini e la ricerca di una omogeneità nazionale sono prerogative proprie dello stato nazionale che, come spiega Michel Foucault, ha trovato nel “razzismo di stato” un fondamentale strumento di governo della popolazione il cui contraltare è necessariamente il confinamento della cittadinanza⁸.

L’equazione migrazione/pericolo, la costante connessione delle migrazioni all’immaginario della crisi, dell’emergenza, dell’insicurezza, ha portato a una concezione criminalizzante del semplice atto di “migrare” (definendo come tale, lo si è detto, solo lo spostamento in certe direzioni di determinate categorie di persone). Come scrivevano già venti anni fa i sociologi Alessandro Dal Lago ed Emilio Quadrelli, del resto, un atto non urta la coscienza comune perché è criminale, ma è criminale perché urta la

⁷ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. La conseguenza sulle persone* (1998), Laterza, Roma-Bari, 2003.

⁸ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France* (1976), Gallimard, Paris, 1997.

coscienza comune: «La criminalità è definita a geometria variabile – varia a seconda delle scelte di chi ha il potere di dare definizioni a cose e persone»⁹. Si pensi al linguaggio bellico che utilizza, per parlare dell'arrivo delle persone in migrazione, termini come “assalto”, “sbarco”, “invasione”, o a quello idraulico, altrettanto ansiogeno, che le descrive come “maree umane”, “ondate”, “flussi”.

Questo processo di costruzione sociale ha condotto alla legittimazione di politiche migratorie improntate a una gestione dichiaratamente punitiva e securitaria del fenomeno, che hanno avuto come diretta conseguenza l'indebolimento dei diritti, anche fondamentali, delle persone definite come “migranti”, ma anche la violazione costante di principi del diritto internazionale formalmente inderogabili, a cominciare da quello di *non-refoulement*, di cui parlerò estesamente.

Come la politica delle guerre condotte negli ultimi trent'anni, anche la politica migratoria ha con costanza lavorato per aggirare o apertamente trasgredire quelle norme di *ius cogens* che dovrebbero orientare e coordinare in una data direzione le relazioni tra stati limitandone le scelte e le conseguenziali azioni possibili.

A fronte di tutto questo, la cosiddetta “forza lavoro migrante” resta però indispensabile per garantire la tenuta economica di alcuni settori produttivi dei paesi più ricchi, anche a fronte della crisi demografica che investe la maggior parte dei cosiddetti paesi di arrivo.

E, infatti, lo scopo ultimo non dichiarato delle politiche migratorie, che mai hanno limitato, ma anzi incentivato, la presenza massiccia di persone in posizione di irregolarità sul territorio, quindi facilmente ricattabili e soggette a sfruttamento, sembra essere proprio quello di averle a diritti ridotti, o inesistenti. È di forte impatto, a questo proposito, guardare allo stato delle ratifiche della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, firmata a Durban nel 1990, alla quale non ha aderito alcun paese dell'Unione europea, né gli Stati Uniti, né altri Stati del mondo ad economia avanzata.

È a partire da queste brevi riflessioni che i prossimi paragrafi affronteranno la domanda di fondo che pongo al centro di questo scritto, ben esposta in un articolo di Enrico Diciotti, le cui parole prendo qui in prestito: «dal punto di vista morale, si deve ritenere che agli Stati spetti un potere pieno e incondizionato di regolare a proprio piacimento l'immigrazione nel proprio territorio, oppure solo un potere limitato o

⁹ A. DAL LAGO, E. QUADRELLI, *La città e le ombre, Crimini, criminali, cittadini*, Feltrinelli, Milano, 2003.

condizionato dal verificarsi di determinate circostanze, oppure nessun potere, perché gli Stati dovrebbero unicamente riconoscere e garantire i diritti dei migranti?¹⁰».

Non cercherò di trovare una risposta univoca, ma di articolare un ragionamento che evidenzi le contraddizioni, le ipocrisie e le omissioni che segnano tanto la gestione dell'immigrazione da parte degli Stati quanto alcune teorie, come quella delineata ne *Il diritto dei popoli* di John Rawls, che questa gestione legittimano più o meno direttamente¹¹. Sottolineerò quindi il perpetrarsi dell'ingiustizia sull'arena internazionale e delle violazioni del diritto e dei diritti che da essa discendono, prendendo ad esempio le ipocrisie connesse all'applicazione del diritto internazionale dei rifugiati, anche alla luce delle recenti terribili evoluzioni cui ha portato la crisi ucraina.

A questo proposito, mi permetto una piccola nota. Questo contributo doveva riportare, con i dovuti approfondimenti, i contenuti della relazione tenuta il 7 febbraio 2022 nell'ambito del ciclo seminariale intitolato *Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto*, coordinato dalla Professoressa Serena Vantin dell'Università di Bologna. Sarà così solo in parte, perché il tema che è oggetto di queste pagine, al pari di molti altri, è ad oggi attraversato da accadimenti che obbligano a una sua riattualizzazione, a meno che non si consideri la produzione scientifica come qualcosa di avulso dal mondo circostante e non uno strumento per avanzare nella sua comprensione.

La realtà attuale ci sta abituando al susseguirsi di eventi cosiddetti epocali, appunto perché dovrebbero, da soli, segnare e circoscrivere l'epoca precisa in cui si inscrivono, e che invece si stanno avvicinando senza lasciare tregua, sfidando quella capacità di analisi che necessita sempre della possibilità di una distanza. Non è quindi cosa semplice, per chi fa ricerca, trovare la lucidità, in questo contesto, per includere in tempo reale trasformazioni così significative all'interno delle proprie riflessioni. Ed è però una responsabilità dalla quale non ritengo sia possibile esimersi. Per questa ragione, la crisi in atto in Ucraina, dopo l'invasione del 24 febbraio da parte della Russia, con i suoi milioni di profughi costretti ad abbandonare il paese e varcare i confini dell'Unione europea, entra appieno in questo breve scritto, diventando anzi una prospettiva tanto terribile quanto proficua, per valutare ulteriormente la relazione tra migrazioni e giustizia nel mondo contemporaneo.

¹⁰ E. DICOTTI, *L'immigrazione e lo stato: una questione morale*, in *Ragion pratica*, 47/ 2016, 577.

¹¹ Per una riflessione sulla filosofia della giustizia politica liberale, si veda il contributo di Nicola Riva in questo focus.

2. *Gli assunti fallaci de Il diritto dei popoli di John Rawls*

Com'è noto, nel suo *Il diritto dei popoli*¹², John Rawls opera il tentativo di trasporre la declinazione del contratto sociale, delineata nel suo celeberrimo volume intitolato *Una teoria della giustizia*, dal piano delle persone morali a quello degli Stati.

Come le persone morali sono chiamate a definire i principi di giustizia per la struttura di base della società, dopo essere state poste sotto un velo d'ignoranza, ovvero nulla conoscendo della posizione sociale che occuperanno e dei vantaggi o degli svantaggi che la lotteria naturale assegnerà loro, così i popoli sono chiamati, nel rinnovato patto immaginario di Rawls, a coordinarsi sull'arena internazionale stabilendo principi di giustizia da mettere in campo a questo livello superiore, non conoscendo i fattori che determinano le loro condizioni contingenti e che potrebbero porli in disaccordo.

Se tante critiche, pur riconoscendo l'importanza dell'opera, sono state mosse a *Una teoria della giustizia*, a partire da quelle che evidenziano come, rispetto alle persone morali, Rawls abbia presupposto un'astrazione solo apparentemente neutrale, poiché delineata sul modello liberale del soggetto di diritti¹³, alcune problematicità di fondo emergono ancora più chiaramente quando la stessa teoria viene dal suo autore trasposta sul piano dei "popoli".

Per evidenziarle, parto da una delle più significative affermazioni contenute nel suo testo. Secondo Rawls, «un popolo deve riconoscere che non può compensare l'incapacità di regolare le dimensioni della propria popolazione o di prendersi cura della propria terra con la conquista bellica o immigrando nel territorio di un altro popolo senza avere il suo consenso»¹⁴. Al contempo, in questa prospettiva, se esiste un dovere di assistere le società svantaggiate da parte di quelli che lui definisce i popoli ben ordinati, non si tratta in alcun modo di un obbligo di riequilibrare la ricchezza e il benessere tra le società.

In tale quadro, ribadendo senza nominarla la teoria classica della sovranità territoriale dello Stato nazione, Rawls ritiene che sia sufficiente

¹² J. RAWLS, *Il diritto dei popoli* (1999), Edizioni di Comunità, Torino, 2001.

¹³ Tra le tante critiche mosse a questo aspetto della teoria rawlsiana, si veda in particolare S. M. OKIN, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989.

¹⁴ J. RAWLS, *op. cit.*, 10.

attuare un principio di redistribuzione che dia a ciascuna società un'equa opportunità di sviluppare istituzioni politiche giuste e un'economia in grado di soddisfare i bisogni fondamentali dei suoi membri. Una volta fatto questo, per lui, «le cause della ricchezza di un popolo e le forme che assumono risiedono nella sua cultura politica e nelle tradizioni religiose, filosofiche e morali su cui si poggia la struttura di base delle istituzioni politiche e sociali nonché nell'industrialità e nella capacità di cooperare dei suoi membri, il tutto sorretto dalle loro virtù politiche».

Si tratta, chiaramente, dell'attribuzione di una diretta e univoca responsabilità dei popoli cosiddetti svantaggiati rispetto alle proprie condizioni, che comporta una altrettanto diretta e univoca deresponsabilizzazione dei popoli avvantaggiati rispetto alle ingiustizie transnazionali di cui è segnato il mondo. Una siffatta teoria, del tutto astratta, ignora alcuni elementi fondamentali e implica una serie di assunti di fondo che mi accingo a evidenziare, muovendo dalla stessa definizione di "popoli" già ampiamente criticata da Seyla Benhabib alle cui osservazioni farò costante riferimento¹⁵.

Questi ultimi sono infatti descritti da Rawls come entità assolutamente monolitiche, omogenee, che nell'arena internazionale possano essere rappresentate in quanto tali, non considerando, innanzitutto, le divisioni interne alle società, né i conflitti intorno alla loro comune «natura morale». Si tratta di un'operazione che rientra tra quelle che Amartya Sen ha definito di «riduzionismo culturale»¹⁶, perché si basano sulla narrazione che classifica individui e gruppi a partire da un'identità unica, univoca e isolata, senza mai prendere in considerazione la possibilità di affiliazioni multiple, il valore delle scelte e delle responsabilità personali, i fattori di costrizione e di libertà, le relazioni materiali e concrete, che partecipano alla costruzione delle identità individuali e sociali.

Nella visione rawlsiana, inoltre, manca inevitabilmente la dimensione dei diritti individuali, che viene assorbita dalla finzione della persona morale del popolo, mentre il diritto internazionale ci insegna la necessità, e risponde ad essa, di offrire strumenti individuali di tutela nei confronti degli Stati.

Soprattutto, però, quello che scompare nella teoria di Rawls è il ruolo dei fattori storici e geopolitici che hanno portato gli stati nelle condizioni in cui versano. Su questo punto, la corrente di pensiero e produzione letteraria

¹⁵ Cfr. S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano, 2006, Cap. 3.

¹⁶ A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

definita come *Post-Colonial Studies*, inaugurata dai celeberrimi scritti di Franz Fanon ed Edward Said, ha avuto tra gli altri meriti anche quello fondamentale di mettere in luce, da una prospettiva specifica, le interdipendenze tra le condizioni vantaggiose di cui godono alcuni paesi del mondo e le condizioni di svantaggio che subiscono gli altri. Questi studi critici portano avanti tale analisi assumendo le forme di subordinazione generate dal colonialismo come paradigma per osservare criticamente la ridefinizione internazionale dei rapporti politici, economici, ma anche socioculturali, per come essi si sono storicamente evoluti negli ultimi decenni.

Secondo questi studi, la conclusione formale della dominazione diretta che ha contraddistinto l'esperienza coloniale, con l'affermazione dell'autodeterminazione come diritto fondamentale di ogni popolo, tanto da aprire, all'articolo 1, entrambi i Patti internazionali del 1966 sui diritti umani, ha solo portato a un mutamento delle forme di subordinazione, sfruttamento e ingerenza politica dei paesi colonizzatori su quelli colonizzati¹⁷. In questo senso, il prefisso "post-" di post-coloniale sottolinea «nel presente le tracce ancora vive di un passato di dominazione e sfruttamento che non passa», anche se si sono esauriti gli avvenimenti e le contingenze storiche in questione, «senza però ricondurle linearmente a quella geografia polarizzata, a quel confine assoluto»¹⁸.

Da questa prospettiva, la definizione minima fornita da Rawls del dovere di assistenza da parte dei popoli avvantaggiati (che coincidono nella sua tassonomia con "i popoli liberali") rispetto a quelli svantaggiati, anche volendo accettare questa rigida distinzione, è sostanzialmente fondata su un'enorme omissione, nulla dicendo della relazione che lega le condizioni dei secondi a quelle dei primi, essendo questi ultimi «sostenitori, e

¹⁷ Un esempio per tutti, ma innumerevoli altri potrebbero farsene, è rappresentato dagli accordi economici ancora vigenti per cui la Tunisia continua a vendere il sale alla Francia allo stesso prezzo stabilito in un accordo del 1949, quando era una sua colonia.

¹⁸ F. RAHOLA, *La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti Globali*, 4/2007, 23. Da una prospettiva simile, i cosiddetti *Border studies* sono stati in grado di dimostrare fino a che punto i confini (interni ed esterni agli Stati nazionali) siano spazi di conflitto e di ridefinizione antagonista delle identità, oltre che della mappa geopolitica. Per una descrizione dettagliata delle teorie critiche del diritto tra cui si inseriscono in parte anche i *Border studies*, cfr. TH. CASADEI, *Postfazione. Le teorie critiche del diritto tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017, 379-410.

beneficiari, di un ordine istituzionale globale che contribuisce in maniera sostanziale alla loro [dei popoli svantaggiati] situazione di miseria»¹⁹.

Nonostante questo, è da teorie come quella di Rawls che traggono legittimazione le politiche che promuovono un rigido controllo dell'immigrazione, usandone gli argomenti essenziali e, necessariamente, escludendo la libertà di circolazione dall'elenco dei diritti umani incondizionati. La visione politica delineata ne *Il diritto dei popoli* rinnova ad esempio le basi per continuare a porre in capo agli Stati il potere di chiudere le frontiere in ingresso, salvo che in alcune circostanze ben specificate, al fine di rispondere agli interessi, ritenuti fondamentali, di controllare la crescita della popolazione, anche e soprattutto rispetto alla necessità di ripartire le risorse economiche e le prestazioni sociali, e di proteggere la propria "cultura pubblica".

Procedo ad individuare alcuni dati di realtà che dimostrano l'astrattezza e la non neutralità anche dei presupposti di fondo appena citati.

Rispetto alle ripercussioni socioeconomiche che sarebbero legate all'ingresso e alla permanenza di persone migranti sul territorio dello Stato, l'equazione migrazione/impovertimento, a fronte di una presunta scarsità di risorse, non può in alcun modo essere data per scontata. La maggior parte dei paesi di arrivo, oggi, presenta invece caratteristiche tali per cui l'ingresso di persone straniere dovrebbe essere considerato un fattore benefico e non problematico. In paesi come l'Italia, inoltre, al contempo stato di emigrazione e di immigrazione, il tasso migratorio rimane negativo: emigrano molte più persone di quante non ne immigrino, a fronte di una crisi demografica che sta portando alla continua riduzione della popolazione²⁰. Non a caso, come accennato precedentemente, a dispetto delle retoriche pubbliche, le politiche attuali appaiono volte a garantire la produzione di posizioni irregolari sul territorio particolarmente atte a favorire lo sfruttamento della forza lavoro delle persone "migranti", piuttosto che a tenerle davvero al di fuori dei confini nazionali. Come ha scritto ancora Michael Walzer (non certo un fautore dell'apertura delle frontiere), nella sua opera più famosa e risalente al 1983, «spesso lo stato controlla rigidamente la naturalizzazione, ma molto meno l'immigrazione. Gli immigrati diventano stranieri residenti e niente di più». E allora, si chiedeva il filosofo, «perché essi sono ammessi?», avanzando una risposta

¹⁹ T. POGGE, *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1989, 50.

²⁰ ISTAT, Indicatori demografici. Anno 2020, Statistiche Report, 3 maggio 2021, https://www.istat.it/it/files/2021/05/REPORT_INDICATORI-DEMOGRAFICI-2020.pdf

semplice e ancora molto attuale: «per liberare i cittadini dai lavori più duri e spiacevoli». In tal modo, concludeva Walzer, «lo stato è come una famiglia con i servi domestici»²¹.

Rispetto all'impatto sulla "cultura pubblica", invece, ancora una volta, il vizio di fondo è dare per scontata l'omogeneità e la monoliticità delle "culture", tanto in relazione alle comunità dei paesi di arrivo quanto in relazione al "portato culturale" delle persone che immigrano, senza tener conto di come, se "nel mondo reale dipende sempre dalla casualità storica e dalla attualità degli eventi stabilire a chi tocca il potere di tracciare i confini della comunità politica"²², altrettanto si potrebbe forse dire di ogni "comunità culturale".

La cultura è infatti il prodotto di azioni che si relazionano con elementi ambientali contingenti in contesti specifici: elementi e contesti che, in particolar modo nelle società contemporanee investite dalla globalizzazione, presentano confini sfumati e si modificano incontrando diverse forme di resistenza da cui refluiscono differenze nei prodotti dell'azione culturale. L'utilizzo categoriale del concetto di cultura, invece, presta il fianco a processi di naturalizzazione delle differenze – intese come "diversità"²³ rispetto a un'identità immaginata e data come neutra e parametrica –, che comportano, nel migliore dei casi, forme di eterorappresentazione folklorica delle tradizioni che accomunano le origini di determinati gruppi e, nel peggiore, avallano vere e proprie forme di "razzismi senza più razze"²⁴ – una volta divenuta inaccettabile (almeno in

²¹ M. WALZER, *Sphere of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983, 52 (trad. mia).

²² J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano, 2002, 129.

²³ La distinzione tra diversità e differenza, spesso usati come sinonimi, non è questione da poco: il verbo latino *divergere* presuppone un'identità centrale da cui ci si allontana più o meno gradualmente, ovvero un parametro assunto come neutrale rispetto al quale si segnala una più o meno accentuata distanza. Il verbo *differire*, invece, è equidistante: indica semplicemente non omogeneità tra due oggetti o soggetti, senza assumerne uno come parametro.

²⁴ Sulle evoluzioni del razzismo postbellico nel mondo occidentale e sul parallelo rapporto tra razzismo e governo della popolazione si rimanda tra gli altri, oltre che ai testi già citati di Michel Foucault, anche a È. BALIBAR, I. WALLERSTEIN, *Razza, nazione e classe. Le identità ambigue* (1997), Edizioni Associate, Roma 1996; T. VAN DIJK, *Il discorso razzista. La riproduzione del pregiudizio nei discorsi quotidiani*, Rubbettino Editore, 1994; A. ONG., *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America* (2003), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005 e, rispetto alla letteratura italiana, N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Nuove Pratiche Editrice, Milano 1998, 108; A. RIVERA, *Estranei e nemici*.

tempi recenti e fino a oggi) l'idea stessa di razze umane –, fondati su presunte “inassimilabilità di determinate culture”.

Contro visioni riduzioniste *à la* Rawls, sono allora decisamente più adeguate ad affrontare la realtà contemporanea teorie come quella del “pluralismo comprensivo” elaborata da Michel Rosenfeld, quando afferma che «i conflitti che hanno luogo all'interno di una società pluralista di fatto devono essere affrontati in modo da mantenere e favorire il pluralismo»²⁵, mentre «le effettive tensioni che si possono riscontrare in una comunità politica pluralista contemporanea sono più probabilmente il riflesso della tendenza degli individui ad affiliarsi a numerosi gruppi distinti, che possono essere in conflitto gli uni con gli altri»²⁶. E accade allora, sempre più spesso, che gli “scontri culturali”, specie in materia di diritti fondamentali, non siano tanto identificabili in uno scontro tra “culture” in quanto portato storico di “popoli” differenti, ma siano piuttosto “intraculturali”, utilizzando una definizione che potrebbe essere accettata dagli ideologi della cultura come appartenenza nazionale, religiosa, o “etnica”.

Nonostante ciò, sono proprio le teorie del riduzionismo culturale a fare da sfondo alle politiche adottate dai governi dei paesi di arrivo delle persone migranti, legittimando trattamenti differenziati per categorie prese di volta in volta di mira, all'interno di un circolo vizioso in cui le discriminazioni si auto-alimentano proprio per «effetto delle oppressioni e delle violazioni istituzionali dei diritti umani, che esso vale a confortare con la tacita raffigurazione delle persone oppresse o discriminate giuridicamente come inferiori naturalmente»²⁷. E, paradossalmente, di fronte alle loro richieste di accesso ai diritti e alle garanzie democratiche, sono invece le stesse democrazie occidentali a balbettare, coi loro cittadini e rappresentanti istituzionali d'improvviso dimentichi della storia giuridica e sociale che hanno narrato come propria, ovvero di quella che hanno affermato essere la loro “cultura”. In questo senso, il trattamento riservato al diritto d'asilo dagli Stati membri dell'Unione europea appare davvero emblematico. Prima di entrare nel merito di questo tema, però, occorrono ancora alcune premesse.

Discriminazione e violenza razzista in Italia, Deriveapprodi, Roma 2003; A. BURGIO, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Il Manifestolibri, Roma, 1998.

²⁵ M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), Il Mulino, Bologna, 2000, 324.

²⁶ *Ivi*, 328.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. II, 547.

3. *Diritto di migrare e diritto d'asilo: disvelare l'ipocrisia di fondo*

Tra le circostanze che pongono un limite alla prerogativa della sovranità statale di controllare a piacimento i confini nazionali, impedendo l'ingresso a categorie di persone che non soddisfano determinati requisiti, la più significativa è certamente il rispetto degli obblighi internazionali vigenti in materia di protezione dei rifugiati.

Se il diritto a migrare è un «diritto individuale monco»²⁸, in quanto al diritto di lasciare qualunque paese incluso il proprio (già sancito all'art. 13.2 della Dichiarazione Universale dei diritti umani) non corrisponde alcun diritto di fare ingresso nel territorio di un altro stato²⁹, il diritto d'asilo è invece un diritto soggettivo perfetto affermato come fondamentale e che crea precisi obblighi in capo agli Stati che hanno aderito ai principi del diritto internazionale dei diritti umani. Ogni individuo, si legge infatti già nella DUDU all'art. 14, «ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni», e questo diritto si traduce nell'obbligo degli Stati di non respingere ai propri confini nessuno che a seguito di questo respingimento rischierebbe la vita o rischierebbe di subire trattamenti inumani e degradanti.

Va rilevato come, all'indomani della Seconda guerra mondiale, il primo atto di quello che Norberto Bobbio ha definito «il processo di specificazione dei diritti umani»³⁰ sia stata proprio la stipula della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, nel 1951, prendendo in qualche modo sul serio i moniti di chi, come Hannah Arendt, aveva visto nella scelta politica di non proteggere i milioni di apolidi resi tali dal crollo dei grandi imperi tra le due guerre mondiali, e di trattarli come «schiuma

²⁸ F. BELVISI, *Il diritto d'asilo tra garanzia dei diritti dell'uomo ed immigrazione nell'Europa comunitaria*, in *Sociologia del diritto*, 1/1995, 53-76.

²⁹ Questa lacuna giuridica è uno dei segni della tensione tra il piano internazionale della tutela dei diritti degli individui, e le prerogative dello stato nazionale che continuano a basarsi principalmente sul controllo del territorio e dei suoi confini, ed è emblematica, nelle parole di Seyla Benhabib, di «una serie di contraddizioni interne tra diritti universali e sovranità territoriale» che «appare quindi incorporata nella logica di uno dei più esaustivi documenti giuridici internazionali del mondo»²⁹: cfr. S. BENHABIB, *op. cit.*, 19.

³⁰ N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1988), in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. BOVERO, Einaudi, Torino, 1999, 439.

della terra», la «fine dei diritti umani»³¹ e l'inizio della discesa nel baratro dei totalitarismi.

Mentre l'articolo 1 della suddetta Convenzione definisce colui al quale si applicherà il termine "rifugiato", l'articolo 33 definisce il principio di *non-refoulement* che, come anticipato, vieta il respingimento di quelle persone che, nel paese di transito o di provenienza, rischierebbero di subire trattamenti inumani e degradanti o minacce alla vita e alla libertà. Questo principio, che va letto in stretta connessione con tutte le norme del diritto internazionale e regionale (si pensi agli art. 2 e 3 della CEDU) che tutelano il diritto alla vita e impongono il divieto di tortura, comporta direttamente anche il divieto di espulsioni collettive da parte degli Stati (sancito, tra gli altri, dall'art. 4 del protocollo 4 alla CEDU e dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in quanto queste non permettono la necessaria valutazione *ad personam* delle condizioni di pericolo in caso di allontanamento dal territorio.

Si tratta della positivizzazione di un principio estremamente antico, direi fondativo. È possibile affermare, infatti, che da Eschilo³² a Platone³³, da Grozio³⁴ a Pufendorf³⁵, per arrivare a Kant, il divieto di respingimento delle persone in pericolo sostanzia la parte migliore della nostra civiltà giuridica, fin dai suoi albori.

Mi soffermo in particolare su Kant, perché egli è stato il primo a elevare l'ospitalità a una «categoria del giuridico»³⁶, nell'articolo III di *Per la pace perpetua*, del 1795. Se il suo "diritto di visita" appare soprattutto volto a bilanciare la condizione inevitabile di prossimità potenziale o attuale con lo straniero con il diritto di autoconservazione della comunità che lo straniero incontra, e ogni obbligo di ospitalità è per Kant derogabile quando

³¹ H. ARENDT, *Le Origini del Totalitarismo* (1948), Einaudi, Torino, 2004, 372.

³² Nella tragedia *Le Supplici*, il tragediografo greco mette in scena la storia delle Danaidi, fanciulle in fuga da un matrimonio forzato, proprio come tante richiedenti asilo del nostro tempo, che, dopo essere sbarcate ad Argo, chiedono protezione al re Pelasgo appellandosi a ciò che la giustizia richiede di fronte a delle persone innocenti che scappano dalla violenza.

³³ Mi riferisco al V libro delle *Leggi* di Platone, in cui il supplice viene definito come il più sacro degli stranieri, poiché più degli altri è in cerca di protezione: Zeus Xenio, non ne perdonerebbe mai la cacciata.

³⁴ H. GROTIUS, *De Jure belli ac pacis* (1625), Marci Michaelis Bousquet, Lausanne, 1751, Libro II, cap. XVI, 69.

³⁵ S. PUFENDORF, *De Jure naturae et gentium*, Joannem Wolters, Amsterdam, 1704, Libro III, capitolo III, 245-247.

³⁶ T. MARCI, *Accoglienza e inclusione: il diritto ospitale nelle società multietniche*, in *Sociologia*, 3/2012, 22.

possa comportare una minaccia alla sopravvivenza della comunità stessa, non esiste invece alcuna deroga possibile al divieto di allontanare uno straniero «se ciò mette a repentaglio la sua vita»³⁷. È una vera e propria enunciazione *ante litteram* del principio di *non-refoulement* che inoltre, nella Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, si accompagna agli altri due principi fondamentali che sanciscono l'obbligo di non discriminazione rispetto a chi chiede asilo, affermando quindi la portata universale di questo diritto, e il divieto di perseguire penalmente l'ingresso illegale quando finalizzato alla richiesta di protezione.

C'è un aspetto centrale che accomuna tutti questi principi che oggi sostanziano il diritto internazionale dei rifugiati, e che è centrale rispetto al tema di questo contributo. Logicamente, infatti, essi non possono che applicarsi già al richiedente asilo, ovvero a colui il quale non è stato ancora riconosciuto come rifugiato, essendo prodromici e indispensabili affinché un'istanza di asilo possa essere inoltrata.

È per questa semplice ragione che l'asilo, come formulato nel secondo dopoguerra, include, «come minimo, il diritto di ingresso, il diritto di restare, il diritto di non essere allontanati dal territorio con la forza», oltre che «il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona»³⁸.

Ed è qui che si rivela l'astrattezza di tutte quelle teorie che ammettono la legittimità anche della più rigida gestione dei confini come fosse compatibile con il dovere di tutelare il diritto d'asilo. Quando gli stati "chiudono" le frontiere, come avvenuto di fatto in tutta Europa dal 2012 in poi, adducendo come giustificazione, soprattutto, le conseguenze della crisi economica e le istanze securitarie³⁹, anche i richiedenti asilo ne restano ovviamente al di fuori e, senza mezzi termini, si vanificano i principi del diritto internazionale dei rifugiati.

Essendo strutturalmente l'asilo l'unico diritto umano positivo e universale a implicare l'attraversamento di un confine territoriale come condizione preliminare del suo esercizio, la difesa dei confini nazionali, quando implica la possibilità di chiuderli incondizionatamente ad ogni "straniero" o a categorie intere di "stranieri", ad esempio tutti quelli che

³⁷ I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), Feltrinelli, Milano, 2003, 65.

³⁸ M.T. GIL-BAZO, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law*, in *New Issues in Refugee Research*, 136/2006, 8.

³⁹ È da quell'anno che in Italia, ad esempio, non viene più emanato il cosiddetto "decreto flussi" (eccezione fatta per singoli settori del mercato del lavoro e numeri ridottissimi di lavoratori e lavoratrici) che, seppure nel contesto delle rigidità imposta dal Testo Unico sull'immigrazione, consentiva l'ingresso a fini di lavoro a centinaia di migliaia di persone l'anno.

non possono ottenere un visto d'ingresso nel paese d'origine, è semplicemente incompatibile con la sua tutela.

Mi soffermo sul tema dell'asilo non perché ritenga che le uniche persone che dovrebbero avere diritto di spostarsi sono quelle che lo fanno perché la loro vita è direttamente in pericolo, ma perché la costante violazione di questo diritto, nell'epoca contemporanea, evidenzia, come direbbe Ronald Dworkin, quanto l'intero sistema dei diritti umani non possa essere "preso sul serio", se non è rispettata la distinzione tra diritti – individuati da principi come quelli contenuti nelle dichiarazioni internazionali del diritto dei diritti umani – e scopi – individuati da *policies* che poggiano a loro volta su «un fine politico come giustificazione politica generale»⁴⁰, quale può essere la proclamata necessità di "difendere i confini nazionali dagli stranieri". Gli obblighi connessi con l'asilo come "diritto politico individuato", invece, continuano a soggiacere, anche nell'Età dei diritti, ad una forte condizionalità che appare fondata su «un fine politico non individuato, cioè uno stato di cose la cui specificazione non richiede una particolare opportunità, risorsa o libertà per individui particolari»⁴¹.

Sulla scorta di queste riflessioni, guardiamo ora alle politiche europee dei confini per come si sono evolute negli ultimi anni.

4. *Le politiche europee dei confini e la doppiezza dell'Occidente dei diritti*

La chiusura dei canali di ingresso legali, eccezion fatta per quote residuali riservate ai cosiddetti *high-skilled migrants* e per i pochi ricongiungimenti familiari che si riescono a effettuare superando i criteri stabiliti dalla legge⁴², ha portato negli ultimi anni ad alcune specifiche conseguenze che pure vanno in direzione diametralmente opposta agli intenti dichiarati dei decisori politici dei paesi d'arrivo, a cominciare da quelli europei.

È aumentata, innanzitutto, la pericolosità dei viaggi, poiché le persone costrette comunque a spostarsi sono obbligate ad allungare la rotta per evitare le frontiere maggiormente militarizzate e a sfruttare rotte sempre

⁴⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010, 143.

⁴¹ *Ivi*, 143.

⁴² È infatti possibile affermare che anche il diritto all'unità familiare, sancito come diritto umano fondamentale in molti testi del diritto internazionale, sia in realtà un diritto stratificato poiché subordinato, in paesi come l'Italia, al possesso di determinati requisiti legati all'alloggio e al reddito.

più mortifere, come quella del Mediterraneo. Se fino al 2013 l'attraversamento di questo mare era parte del percorso di una minoranza delle persone in viaggio verso l'Europa, negli ultimi nove anni abbiamo assistito a un aumento esponenziale dei profughi che lo hanno tentato. Ciò non significa che in assoluto sia aumentato il numero degli ingressi: si pensi che in Italia, quando il decreto flussi veniva emanato annualmente, in anni come il 2006 più di 550.000 persone attraversavano legalmente i confini, mentre nel 2016, l'anno di maggiori arrivi dal Mediterraneo, a fronte della chiusura degli ingressi via terra, il loro numero è rimasto inferiore alle 200.000 unità.

Ad aumentare sono quindi solo i rischi di morte per migrazione, insieme ai profitti di chi organizza il passaggio irregolare dei confini, il cui lucro sarebbe impossibile da realizzare se le persone potessero scegliere di entrare regolarmente con un visto di viaggio, impiegando qualche giorno invece che alcuni anni costellati da violenze e sfruttamento per raggiungere la meta, in maniera sicura per se stesse e per il paese di arrivo che potrebbe effettuare tutti i controlli del caso. Questo tipo di percorsi obbligati, inoltre, e questa è la terza conseguenza della chiusura delle vie legali di accesso, implica la spettacolarizzazione delle migrazioni, con la diffusione di immagini di barchette sovraffollate che approdano sulle coste, o di file interminabili di profughi alle frontiere terrestri, cosa che acuisce la conflittualità politica intorno a questo tema, nonché la percezione dell'insicurezza e del pericolo legato alle migrazioni. Altra conseguenza, ovviamente, è l'incremento delle violazioni dei diritti fondamentali delle persone in migrazione.

Queste evidenze, invece che portare i decisori istituzionali a modificare le loro scelte, sono state da essi strumentalizzate per implementare le politiche di cosiddetta "esternalizzazione" dei confini, usando esattamente il pretesto di fermare i "viaggi della speranza" e combattere il traffico di esseri umani. Sono ragioni prettamente "umanitarie", ad esempio, quelle addotte per sancire l'accordo tra gli Stati dell'Ue e la Turchia, nel 2016, che prevede, come primo obiettivo, il respingimento indistinto "di tutti i nuovi migranti irregolari e richiedenti asilo" nel paese di Recep Tayyip Erdoğan, che poco ha da invidiare a quello russo Vladimir Vladimirovič Putin in termini di violazioni dei diritti fondamentali e politiche repressive, ribattezzato per l'occasione "paese terzo sicuro", e inserito ben presto come tale nel primo degli Annex⁴³ alla

⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *Annex 1. Annex to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the*

proposta di trasformazione della Direttiva Procedure (sull'asilo) in un Regolamento.

In questo testo, l'obiettivo meramente repressivo di «riportare indietro tutti i nuovi migranti irregolari e richiedenti asilo dalla Grecia alla Turchia» è messo in campo con lo scopo 'umanitario' di «spezzare il modello per cui rifugiati e migranti pagano i trafficanti e mettono a rischio le loro vite»⁴⁴, stavolta attraverso quella che viene definita come una «misura temporanea e straordinaria necessaria per mettere fine alla sofferenza umana e restaurare l'ordine pubblico»⁴⁵.

Inequivocabilmente, questa decisione viola tutte le garanzie connesse allo status giuridico del richiedente asilo, a partire dal principio di *non-refoulement*, che, come detto, per essere attuato deve includere la valutazione individuale di ogni singola posizione, considerando anche la prassi turca di rimandare nel paese d'origine, in modo sbrigativo, i richiedenti asilo provenienti da paesi ancora più insicuri come l'Afghanistan e l'Iraq.

Da questo accordo discende tutto quello che è in seguito accaduto sulla cosiddetta "rotta balcanica", ovvero quella attraversata soprattutto dai profughi in fuga dalle guerre del Medio Oriente a partire dal 2015, costretti quindi a modificare la loro rotta, allungandola, verso la Serbia, e poi la Bosnia, e la Bielorussia, e pagando tanti più trafficanti e poliziotti corrotti quante più sono diventate le frontiere da attraversare.

Grazie all'accordo con gli stati dell'Ue, inoltre, nell'autunno del 2019 il presidente turco si è trovato nelle condizioni di ricattare apertamente gli stati europei, di fronte alla loro timida opposizione agli eccidi del popolo curdo al confine con la Siria, minacciando di riversare oltre i confini, se contrastato, milioni di profughi che era stato pagato per trattenere. Esseri umani trattati come strumenti di ricatto per distruggere altri esseri umani. Confini usati come minacce per costruire nuovi confini, peraltro legittimando regimi pericolosamente autoritari. Si tratta di un movimento inarrestabile, una volta avviato, che, al pari delle dinamiche complesse che

Union and repealing Directive 2013/32/EU, Brussels, 13/07/2016 COM(2016) 467 final. Tale proposta è interamente incentrata sull'attivazione di dispositivi atti a ridurre drasticamente la possibilità stessa di chiedere asilo in Europa, fondando "l'ammissibilità" delle richieste di protezione sul fatto che il richiedente provenga o meno da un paese di origine o di transito ritenuto sicuro.

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Next Operational Steps in Eu-Turkey Cooperation in the Field of Migration*, Brussels, 16/03/2016 COM(2016) 166 final, 2.

⁴⁵ *Ibidem*.

hanno portato all'invasione dell'Iraq nel 2003 o alla recente destabilizzazione della Siria, dovrebbe interrogare chi oggi di fronte alla guerra in Ucraina e alle ingiustificabili violazioni attuate dal governo di Putin racconta di una dicotomica divisione tra quell'orrore e un Occidente che protegge i diritti umani e i principi democratici.

L'altra tappa fondamentale del processo di esternalizzazione dei confini europei, costruita esattamente sul modello dell'accordo con la Turchia, è stata poi, nel 2017, il Memorandum di intesa tra l'Italia (col pieno supporto dell'Unione europea) e la Libia, o meglio uno dei governi libici in quel momento in carica. Sulla base di questo accordo è stata addestrata ed equipaggiata la cosiddetta guardia costiera libica, deputata a catturare nel Mediterraneo le persone in fuga dalla Libia stessa, e a riportarle indietro, nonostante migliaia di pagine di rapporti internazionali, decine di filmati inequivocabili, centinaia di testimonianze dirette, abbiano in questi ultimi anni ampiamente raccontato degli «inimmaginabili orrori»⁴⁶ consumati ogni giorno su donne, uomini e bambini nei centri di detenzione libici di fatto finanziati dai contribuenti italiani attraverso il Memorandum di intesa.

Il pretesto ufficiale, ancora una volta, è stato quello della “lotta ai trafficanti di esseri umani”, mentre nessun accenno veniva fatto alla necessità di proteggere i profughi rispettando i principi del diritto internazionale, a partire da quello di *non-refoulement*⁴⁷. Questa assoluta rimozione del tema dei rifugiati, dei diritti di chi fugge da violenza e guerra, dei corrispettivi obblighi di diritto internazionale in capo agli Stati, ha del resto portato al rifinanziamento del Memorandum nel 2020 e al suo rinnovo nel 2021, nonostante la Libia fosse nel frattempo sprofondata in una guerra civile che non si può dire ancora conclusa.

Nel frattempo, chi in terra e soprattutto in mare, come la società civile costituita in ONG, si è mobilitato per provare a tutelare i diritti delle

⁴⁶ UNITED NATIONS, Human Rights Office of the High Commissioner, *Migrants and refugees crossing Libya subjected to unimaginable horrors*, Geneva-Tripoli, 2018, [https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24037&LangID=E&fbclid=IwAR2-](https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24037&LangID=E&fbclid=IwAR2-QsMuQwqesH0NCIIRkmBDkRA5BDWJthJxCUwpIATHktTg8Xx83ia0mI_)

[QsMuQwqesH0NCIIRkmBDkRA5BDWJthJxCUwpIATHktTg8Xx83ia0mI_](https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24037&LangID=E&fbclid=IwAR2-QsMuQwqesH0NCIIRkmBDkRA5BDWJthJxCUwpIATHktTg8Xx83ia0mI_).

⁴⁷ Già in un documento dell'aprile del 2016, inviato alla Commissione UE dall'allora Premier italiano Matteo Renzi, si prendevano a modello i processi di Khartoum e di Rabat e l'accordo con la Turchia per promuovere anche nel Mediterraneo centrale strategie altrettanto “innovative”, e vi veniva scritto, senza fornire alcuna argomentazione a questa affermazione, che «i flussi che attraversano la rotta del Mediterraneo centrale e occidentale sono composti principalmente da migranti economici»: cfr. Italian Government, *Italian Non-Paper. Migration Compact. Contribution to an EU Strategy for External Action on Migration*, 2016.

persone in migrazione, a partire da quello alla vita, ha subito un processo di criminalizzazione mediatica e giudiziaria senza precedenti⁴⁸, venendo accusato, ad ogni piè sospinto, di favoreggiamento della cosiddetta immigrazione clandestina e di altri reati collaterali.

A fronte di tutto questo, non si può che provare almeno un momento di smarrimento di fronte alla gara di solidarietà messa in atto dai paesi europei e dalle istituzioni dell'Ue per accogliere i profughi della guerra in Ucraina. Per loro, si è ad esempio finalmente data applicazione, per la prima volta, alla Direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001, che ha lo scopo di istituire norme minime per la concessione della protezione temporanea, garantendo immediata tutela in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi, e promuovendo la solidarietà tra gli Stati membri.

Sia chiaro, non si può che essere felici del fatto che finalmente l'Europa si dimostri capace di accogliere, e non si può che sperare che questo sia l'inizio di una nuova fase di politiche di migrazione e asilo che, superando le strumentalizzazioni, mettano finalmente al centro la tutela dei diritti fondamentali delle persone e il rispetto delle norme internazionali. Ma è lecito chiedersi perché, per proseguire nell'esempio prima citato, la Direttiva europea in questione non sia stata applicata anche a fronte di altre crisi, come quella recentissima in Afghanistan, nel 2021, col ritorno al potere del regime talebano, verso la quale l'Occidente dovrebbe peraltro sentire una qualche forma di responsabilità. Ed è lecito stupirsi, a fronte della capacità europea di accogliere più di 3 milioni di profughi ucraini in poche settimane, della reazione che la stessa Europa ha avuto di fronte a ben altri numeri di profughi provenienti da altre guerre, come è accaduto ancora nell'autunno del 2021 al confine tra Bielorussia e Polonia. Poche migliaia di persone, in quel caso, sono state descritte, da un portavoce della Commissione Ue, come un "tentativo disperato", da parte della Bielorussia, "di sfruttare le persone per destabilizzare l'Ue e i valori che sosteniamo", senza dire che nello stralcio costante del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale, attuato in quello come in altri frangenti da alcuni Stati membri attraverso i respingimenti di massa diretti o delegati,

⁴⁸ Si veda, a questo proposito, tra gli altri, I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2017, 1-29; L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare. Dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, 225-238; F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 12/2018, 443-452; P. ROSSI, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch3*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6/2019, 48-70.

perpetrati spesso con la violenza, è la vera fonte di destabilizzazione di tutto quello su cui l'Unione europea ha dichiarato di fondarsi.

E ancora adesso, guardando alla Polonia, non può che rilevarsi come sia in atto una sorta di schizofrenia della frontiera: da un lato, al confine con l'Ucraina, chi soccorre i profughi in fuga da quel paese è accolto giustamente come qualcuno che sta facendo qualcosa di encomiabile; dall'altro, al confine con la Bielorussia, gli attivisti continuano a dovere agire "in clandestinità" per non essere arrestati solo per avere portato cibo e coperte ad altri profughi (ma con la pelle più scura) in fuga da altre guerre (ma ben più lontane dall'Europa e meno facili da raccontare dicotomicamente) che stanno continuando a morire di freddo e stenti nelle foreste⁴⁹.

Come nel caso unico del piccolo Aylan Kurdi, bambino di pochi anni, curdo-siriano, il cui corpo chiaro, ben vestito e composto, è stato trovato nel 2015 sulla spiaggia di Bodrum, in Turchia, l'immagine dei profughi ucraini, così europei, così simili ai cittadini dei paesi di accoglienza, non può semplicemente essere accolta nel luogo comune del discorso sulle migrazioni e sui profughi, perché provoca lo sconcerto che emerge nella «prossimità degli estremi, o anche semplicemente nella vicinanza improvvisa delle cose senza rapporto»⁵⁰: ogni spettatore ha saputo, fin dal primo sguardo posato su quella fotografia di Aylan, come sulle immagini dei bambini ucraini con le loro mamme, che né l'uno né gli altri potevano rientrare nell'immaginario che si accompagna da tempo al cosiddetto "fenomeno migratorio", quello narrato come un'invasione da arginare. Se dopo Aylan l'accoglienza europea si è manifestata solo estemporaneamente, qualche mese prima di arrivare all'accordo con la Turchia⁵¹, vedremo cosa succederà adesso coi profughi di questa nuova

⁴⁹ Come è noto, anche rispetto alle persone in fuga dall'Ucraina si sono denunciate numerose discriminazioni dei profughi di origine africana, tanto da portare, già il 28 febbraio del 2022, l'Unione africana a diramare un comunicato stampa in cui si dichiarava preoccupata per il trattamento riservato ai cittadini dei suoi Stati che pure erano in fuga dalle bombe russe esattamente come i cittadini ucraini.

⁵⁰ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane* (1966), Rizzoli, Milano, 1967, 6.

⁵¹ Su questo veloce passaggio dalla reazione emotiva a quella foto, e le consequenziali azioni di accoglienza a livello europeo, e l'assoluta inversione di rotta con la stipula dell'accordo con la Turchia, mi permetto di rimandare a A. SCIURBA, *Aylan e Colonia. Dalla guerra ai migranti al respingimento dei refugees*, in *Governare la paura. Journal of Interdisciplinary Studies*, 1/2017, 55-73.

guerra, una volta esaurita la reazione emotiva, e con quelli che verranno dopo.

Certo è però che i fatti hanno dimostrato la pretestuosità delle “crisi dei rifugiati” definite come tali in precedenza, se oggi è stato possibile attivare strumenti giuridici e risorse economiche tali da accogliere milioni di persone in pochi giorni. Senza che l’Europa implodesse ma, al contrario, per una volta rinsaldando la sua fragilissima identità sulla base del rispetto dello stesso diritto e dei medesimi diritti che pure aveva fino a quel momento costantemente violato.

5. Conclusioni

La realtà appena descritta contribuisce a mettere in crisi i presupposti su cui dovrebbe fondarsi il diritto internazionale contemporaneo per come si è strutturato a partire dal secondo dopoguerra, in quella che Norberto Bobbio ha definito l’Età dei diritti⁵². Da quel momento in poi, i diritti umani avrebbero dovuto essere la salienza intorno alla quale costruire, usando altre parole di Dworkin, «una concezione attraente della legittimità politica con una concezione convincente della speciale virtù politica della giustizia»⁵³, spingendo «di volta in volta a chiedersi quale metodo interpretativo possa meglio servire le cause della democrazia e della giustizia»⁵⁴ stessa. La legittimità di ogni governo coercitivo, insomma avrebbe dovuto fondarsi, a livello interno, sul rispetto dei diritti fondamentali delle persone che ricadono sotto la sua sfera di potere, favorendo al contempo, come in una relazione riflessa, un ordinamento internazionale che prevenisse violazioni dei diritti e crimini contro l’umanità anche nei confronti di cittadini di altri stati⁵⁵. Per tutto questo, e anche per garantire una qualche forma di partecipazione democratica di ogni persona alle decisioni che hanno comunque un impatto sulla sua vita in un sistema globale segnato dalle interdipendenze, sarebbe dunque

⁵² N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁵³ R. DWORKIN, *A new Philosophy for International Law*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1/2013, 2-30, 12 (trad. mia).

⁵⁴ *Ivi*, 13 (trad. mia).

⁵⁵ In questa visione del diritto internazionale come argine alla tirannia interna ed esterna, ogni stato ha una ragione per lavorare per un ordine internazionale che garantisca che la comunità delle nazioni possa aiutarlo a resistere a un’invasione o ad altre pressioni, e ha al contempo la responsabilità morale di evitare violazioni dei diritti umani anche di persone che si trovano in altri stati. Cfr. *Ibidem*.

servita una forma di coordinazione nell'agire degli stati, che comportasse necessariamente una sorta di "mitigazione" della sovranità nazionale propria del sistema vestfaliano.

Le politiche migratorie contemporanee, insieme a tutte le guerre che hanno continuato a segnare i decenni dell'Età dei diritti, sono da tempo la prova dell'idealismo insito in questa visione del diritto internazionale. Tra l'attuale destabilizzazione del precario equilibrio mondiale raggiunto col contenimento della Guerra fredda e la strumentalizzazione del fenomeno delle migrazioni si può peraltro delineare un qualche legame significativo.

L'approccio verso il tema delle migrazioni è oggi più che mai uno spartiacque tra le posizioni politiche dei partiti a livello nazionale, e degli Stati sull'arena internazionale, anche se, nella realtà, la differenza tra i posizionamenti sia poi soprattutto nei toni e nelle retoriche usate, più che nella sostanza delle azioni intraprese. I sovranismi che si stanno con prepotenza affermando utilizzano da decenni lo spauracchio delle migrazioni e la conseguenziale necessità di difendere i confini per rafforzare il loro consenso, assecondati, legittimati e in molti casi finanziati direttamente dalle istituzioni dell'Unione europea; gli accordi bilaterali e i patti internazionali volti al contenimento delle migrazioni, dei quali abbiamo citato solo i più emblematici tra i tanti, hanno contribuito a rafforzare regimi tendenzialmente autarchici ed esplicitamente autoritari, senza alcuna condizione posta sul rispetto dei diritti umani, ma anzi finanziandone la diretta violazione e contribuendo all'indebolimento dei diritti anche delle persone sottoposte a quei regimi. Senza offrire alcuna prova del fatto che l'apertura delle frontiere metterebbe in crisi il sistema politico e sociale degli Stati democratici, tutto questo ha contribuito quindi, più o meno direttamente, al grave impoverimento delle possibilità di una libera affermazione della democrazia nel mondo. Ciò è avvenuto, peraltro, sopportando costi economici che risultano assolutamente più ingenti di quelli che comporterebbero delle politiche di accoglienza e non di respingimento ed esternalizzazione della frontiera⁵⁶.

Allo stesso modo, senza guardare alla potenziale capacità dei "migranti" di arricchire la cultura politica e articolare i principi

⁵⁶ Si pensi ai 6 miliardi di euro dati a Erdogan solo nel 2016 per contenere i profughi, e li si paragoni ai 2,5 milioni di euro spesi per portare in Italia 1000 persone dal Libano coi corridoi umanitari della Chiesa Valdese e della Comunità di S. Egidio, e garantire loro un anno di accoglienza e inserimento sociale: facendo una debita proporzione, con gli stessi soldi con cui si è finanziato l'accordo tra i governi dell'Ue e la Turchia 2,4 milioni di persone sarebbero potute essere accolte in Europa con risorse redistribuite all'interno del continente per tutti i servizi e le prestazioni necessarie all'accoglienza.

costituzionali di quelle che Rawls definisce “società bene ordinate”, si asserisce la loro inassimilabilità culturale; e si ignora che anzi, sempre di più, le persone in migrazione non sono portatrici di una cultura “altra”, ma sono le prime rappresentanti della cultura sincretica dell’epoca della globalizzazione e, in maniera ancora più significativa, della cultura dei diritti che si è affermata nei paesi cosiddetti occidentali dopo la seconda guerra mondiale: sono persone che si spostano proprio in cerca di democrazia e rispetto dei diritti fondamentali. Se “cultura” è semplicemente «l’insieme di categorie di senso e di valore, vigenti in una società», atte a creare un «orizzonte di attesa culturale» rispetto «all’interpretazione e alla comprensione dei medesimi fatti»⁵⁷, le persone che chiedono protezione internazionale contro governi non democratici, o che non rispettano i diritti fondamentali, si inseriscono pienamente nell’orizzonte di attese culturali delle democrazie europee: chi sopravvive al regime delle frontiere, ci chiede oggi di rispettare esattamente i principi fondamentali protetti dalle convenzioni internazionali e dal diritto costituzionale che dovrebbero conformare la nostra dichiarata identità comune.

E ancora, mentre la chiusura dei confini alimenta la possibilità e i proventi dal traffico e della tratta di esseri umani, le politiche che limitano i diritti delle persone in migrazione anche una volta che queste hanno fatto ingresso sui territori degli stati di arrivo favoriscono il loro sfruttamento lavorativo che, rideclinando la marxiana definizione dell’esercito industriale di riserva, contribuisce a sua volta a fragilizzare i diritti sociali anche per i cittadini.

Più in generale, e soprattutto, le prassi securitarie e le violazioni dei diritti attuate nell’ambito delle politiche migratorie hanno dirette conseguenze in termini di indebolimento delle libertà e delle garanzie poste a tutela di ogni persona, del valore dei principi costituzionali che le garantiscono, ma anche della tenuta dello stato di diritto in quanto tale.

Nel momento in cui scrivo, a un mese dall’invasione dell’Ucraina da parte della Russia di Putin, forte è il rischio di un pericolosissimo ritorno alla retorica dello scontro di civiltà tra i paesi definiti democratici che si dicono fondati sul rispetto dei diritti umani e quelli che hanno regimi più o meno dichiaratamente autoritari e che della loro violazione fanno strumento quotidiano di dominio.

Ma il confine che separa l’umanità dalla barbarie, la pensabilità dei diritti umani dalla loro fine, come scriveva Arendt guardando a quello che

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2017, 199-200.

è accaduto tra le due guerre mondiali e ha preparato la possibilità del nazifascismo, passa innanzitutto per la capacità degli Stati e dei popoli di proteggere coloro i quali hanno perduto «tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana»⁵⁸, interrogando quindi il significato da attribuire all'aggettivo "umano" se posto dopo "diritto", e portando «a riflettere da questa angolazione sui criteri ultimi di ciò che noi moderni o postmoderni chiamiamo umanità»⁵⁹.

⁵⁸ H. ARENDT, *op. cit.*, 415.

⁵⁹A. DAL LAGO, *Carnefici e Spettatori*, Raffaello Cortina, Milano, 2012, 65.

M. CARMEN BARRANCO AVILÉS*

Justicia, vulnerabilidad y derechos humanos**

SUMARIO: 1. *La justicia y los derechos humanos: individualismo, igualitarismo y universalismo* – 2. *Vulnerabilidad y especificación en la historia de los derechos* – 3. *Vulnerabilidad como condición y vulnerabilidad como opresión.*

1. La justicia y los derechos humanos: individualismo igualitarismo y universalismo

En nuestro contexto existe la creencia de que el poder político para ser legítimo y el Derecho para ser justo deben estar comprometidos con el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Y así se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de Naciones Unidas, que contienen el consenso internacional sobre la idea de que el poder político únicamente se justifica desde su servicio a la dignidad humana. En este marco, los derechos humanos, que pueden ser definidos como instrumentos para salvaguardar la dignidad, constituyen, junto con la democracia y el Estado de Derecho, los criterios aceptados de legitimidad del poder.

Si bien en el plano de la comunidad internacional parece que hay un acuerdo para aceptar, conforme se ha señalado, que los derechos, la democracia y el Estado de Derecho son las condiciones que deben cumplirse por una organización política, existen mayores dificultades para rastrear este consenso cuando se pregunta por qué. Es clásica en este punto la referencia a Jacques Maritain y la anécdota en la que relata cómo «Durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos.

* Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba y Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. El trabajo se ha desarrollado las ayudas del PID2019-108918GB-I00 Proyecto de I+D+I financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y del Proyecto 'Nuevos Desafíos del Derecho', Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

“Claro – replicaron ellos – estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué”¹.

Efectivamente, y dejando de lado el hecho de que el aparente acuerdo internacional no es coherente con la efectiva garantía de los derechos para todas las personas en todas partes, las teorías de la justicia basadas en derechos son contestadas también desde planteamientos teóricos que aceptarían sin embargo la Declaración Universal de Naciones Unidas y la Carta de Naciones Unidas.

Si es posible entender por teoría de la justicia aquella que tiene como objetivo la justificación de criterios de corrección para las normas y las instituciones que organizan la convivencia colectiva, son teorías basadas en derechos las que establecen como criterios precisamente los derechos. Existen diversas propuestas en este sentido, pero todas comparten como características el individualismo, el igualitarismo y el universalismo².

En lo que en este momento interesa, el individualismo implica atribuir la titularidad de los derechos a las personas que son reconocidas como agentes morales racionales, es decir, aquellas que se representan como provistas de sentido de la justicia y capaces de elaborar planes de vida. En definitiva, como seres autónomos e independientes. El rechazo del individualismo significa el rechazo de una teoría de la justicia basada en derechos, y también el determinismo conduce a esta negación³. A partir del individualismo, las teorías basadas en derechos adquieren además un carácter distributivo que es rechazado por el utilitarismo, por otro lado, consecuencialista.

Los planteamientos comunitaristas, además de por defender la prioridad de lo bueno sobre lo justo, tampoco serían coherentes con la defensa de una teoría basada en derechos porque anteponen la autenticidad frente a la autonomía, de manera que se consideran que los fines no se eligen, se descubren como parte de la propia identidad⁴.

¹ J. MARITAIN, *El hombre y el Estado*, trad. M. GUERRA, 3ª edición, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952. Transcripción parcial del Cap. IV disponible en https://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/10_FP_DerHum.pdf (última consulta 14-03-2022).

² J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 83.

³ Renovado con el auge de la Neurociencia. Ver R. de ASÍS ROIG, *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2022.

⁴ Al respecto, CH. TAYLOR, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991 y M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

Una crítica al individualismo, tal y como ha sido incorporado a las teorías de los derechos, es la que se refiere a la despersonalización del individuo que se encuentra en la base de la caracterización del agente moral como el hombre abstracto. Efectivamente, los sistemas de protección de los derechos han tendido a construirse sobre una representación de la titularidad que en buena medida coincide en el imaginario colectivo con el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica y socialmente independiente, socialmente independiente y 'normodotado'.

La cuestión, en este caso, es si el individualismo necesariamente conlleva la abstracción con respecto a las condiciones reales en las que se desenvuelve la existencia humana, porque, si así fuera, los derechos sólo servirían como salvaguardas de la dignidad de quienes impulsaron el modelo. Efectivamente, conforme se verá en el siguiente apartado, la desatención a las condiciones materiales de la existencia, y a cuestiones como el sexo o los vínculos que se establecen con otros sujetos, no sólo ha llevado consigo el carácter excluyente de las teorías y de los derechos, sino que también ha supuesto que se legitime jurídicamente la situación de poder de quienes sí son identificados como 'titulares abstractos' sobre el resto, sin que por el contrario se hayan establecido las garantías necesarias para limitar esos poderes⁵.

Asimismo, el individualismo supone considerar que los individuos son la unidad moral básica. Una vez más se trata de una asunción directamente rechazada por el comunitarismo, en cuyo marco los individuos son un producto de la comunidad en la que se insertan. Sólo el ser humano contextualizado puede ser un sujeto moral, por lo que estas teorías, llevadas a sus últimas consecuencias, dan prioridad como objeto de protección al grupo generador de los rasgos identitarios, sobre el individuo. En palabras de MacIntyre, «yo no soy capaz de buscar el bien o de ejercer las virtudes en tanto que individuo [...]. Lo que concretamente sea vivir la vida buena variará con las circunstancias [...]. Nos relacionamos con nuestras circunstancias en tanto que portadores de una identidad social concreta. Soy hijo o hija de alguien, [...] miembro de este o aquel gremio o profesión; pertenezco a este clan, esta tribu, esta nación [...]. Heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de

⁵ L. FERRAJOLI, *Contra los poderes salvajes de mercado: para un constitucionalismo de derecho privado*, trad. M. CARBONELL en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México DF, 2001, 99-110.

deberes, legados, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos a mi vida, mi punto de partida moral»⁶.

Por supuesto, una concepción comunitarista se sitúa en las antípodas de las teorías basadas en derechos, pero el comunitarismo permite ver las relaciones que se establecen entre los seres humanos y los grupos de los que forman parte y que en determinadas ocasiones es importante proteger estas relaciones para proteger la dignidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los supuestos en los que se reconocen derechos colectivos en relación con los pueblos indígenas⁷, pero también es lo que se reclama cuando se llama la atención sobre la importancia del cuidado.

Tampoco es universalmente aceptado el igualitarismo, que cabe entender como una consecuencia del reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos y supone que la teoría de la justicia basada en derechos es incompatible con planteamientos desiguales. El concepto entronca con una de las dimensiones del universalismo, precisamente aquella desde la que se justifica que la titularidad de los derechos es universal. Además, el universalismo se refiere a la validez de la teoría, aspecto en el que una vez más las teorías de la justicia basadas en derechos se contraponen a las propuestas sobre cómo justificar las normas y las instituciones que proceden del comunitarismo y cuyo punto de partida es el relativismo. El universalismo en este sentido genera el riesgo de olvidar que también los derechos son un concepto cultural e histórico, pero, al mismo tiempo, el relativismo como un planteamiento normativo, o bien hace imposible la justificación de normas comunes, o bien justifica la imposición de una cultura sobre otra.

Uno de los principales problemas del universalismo en relación con la teoría, es que ha pretendido conseguirse mediante la abstracción y la neutralidad, lo que ha conducido al fracaso del universalismo en relación con la titularidad, que se aprecia ya en el modo en que se enuncia un texto tan emblemático en la historia de los derechos como la Declaración de

⁶ A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, trad. A. VALCÁRCEL, Crítica, Barcelona, 1987, 271.

⁷ Resulta de interés, al respecto, el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, en el que se planteaba una disputa entre la comunidad y el Estado por el territorio. En la decisión por la que lo resuelve, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abre el concepto de derechos para considerar que la relación entre el territorio y la comunidad está amparada por el derecho de propiedad. La Sentencia, de 31 de agosto de 2001, está disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (última consulta 08-03-2022).

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Precisamente este texto sirve para ilustrar la idea de que los sistemas de derechos no han protegido por igual a todos los seres humanos, sino que en muchas ocasiones han servido para reforzar el estigma socialmente asociado a algunos de ellos. Efectivamente, la Declaración de 1789 es aprobada en un contexto en el que ‘hombres’ excluye a las mujeres, por un lado, y, por otro, en el que la ciudadanía requiere de ciertos requisitos que no cumplen todos los hombres y que se refieren a la nacionalidad, la raza, la edad, las condiciones económicas, y el modo en que las personas desarrollan y despliegan sus capacidades.

La construcción que permite justificar la compatibilidad entre estas exclusiones y la igualdad la encontramos en las que podemos denominar las ‘teorías tradicionales’. En ellas los derechos se atribuyen a quienes son reconocidos como agentes morales, esto es, a quienes se presupone libertad de elegir y de responsabilizarse por la opción efectuada. No obstante, no todos los seres humanos, ni siquiera todos los hombres, son considerados agentes libres y responsables en los siglos XVIII y XIX en Europa y en América.

Otra asunción de las ‘teorías tradicionales’, es que el titular de derechos es el sujeto abstracto, cuya reflexión, en coherencia con el modo en el que se entiende la universalidad, es ajena a las circunstancias concretas.

El resultado de esta construcción es, conforme se ha mencionado, que los derechos se predicen como universales, pero resultan excluyentes tanto en lo relativo a la titularidad, como en lo relativo al contenido. Con respecto a la titularidad, porque los derechos se atribuyen únicamente a quien en la sociedad se puede equiparar a la imagen del titular abstracto; en cuanto al contenido, porque los derechos constituyen garantías frente a las situaciones en las que el titular abstracto puede ser instrumentalizado, y no sirven en otro caso.

2. Vulnerabilidad y especificación en la historia de los derechos

Conforme se ha señalado, en el modelo inicial de derechos la universalidad frecuentemente se ha reconducido a la uniformidad en la imagen del titular y a su representación como un sujeto abstracto y, por lo

tanto, descontextualizado⁸. Estas premisas filosóficas, han llevado a confundir la autonomía moral con la autonomía económica, social y física⁹ y ha significado que aquellos seres humanos que, por sus condiciones económicas, su posición social o por tener ciertas características físicas, no pudieran desenvolverse autónomamente, tampoco fueran considerados titulares de los derechos en el plano moral. Al contrario, como sucede en la actualidad con los animales o con ciertos bienes que se consideran valiosos, estos otros sujetos son considerados por las teorías de los derechos que se mantienen en ese modelo inicial como destinatarios de las obligaciones que los agentes morales tienen para con ellos. En ocasiones, incluso, se les ha considerado prescindibles o, en todo caso, sólo valiosos en la medida en que pudieran superar esos condicionantes¹⁰.

De cualquier forma, esa consideración se ha traducido en que cuando las normas jurídicas han tomado en cuenta a esos seres humanos no lo han hecho como normas justificadas en los derechos. A veces porque la sociedad se ha intentado proteger de ellos, como ha sucedido, y sigue sucediendo en algunos lugares del mundo en mayor o menor medida, por ejemplo, en relación con las personas que viven con VIH/sida, con las personas con enfermedades mentales o con las personas migrantes. Podemos tomar por ejemplo el tratamiento que desde el Derecho han recibido las personas con VIH. Cuando comenzaron los primeros diagnósticos de la enfermedad, la lucha contra ésta se convierte en lucha contra las personas y la necesidad de tranquilizar a la opinión pública llevó a graves vulneraciones de derechos. Pero también las personas con determinados tipos de discapacidades han sido y son esterilizadas sin su consentimiento e internadas forzosamente.

En otras ocasiones, las normas han tratado de proteger a estas otras personas que se consideran vulnerables. Muchas de las políticas que se justifican en los derechos en coherencia con el proceso de especificación han adoptado esta fisonomía. No obstante, una política de protección que no tenga en cuenta la capacidad de agencia de las personas a las que se dirige no puede considerarse respetuosa, ni mucho menos, fundamentada en los derechos humanos. De nuevo el ejemplo de las personas con discapacidad,

⁸ Un desarrollo de las ideas contenidas en este apartado se encuentra en M.C. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁹ J. ROMANACH CABRERO, *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Santiago de Compostela, 2009, 196.

¹⁰ A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2010, identifica, en este sentido, un modelo de la 'prescindencia' y un modelo 'rehabilitador'.

pero también el de los niños y niñas, o el de las mujeres o las personas mayores, sirven para ilustrar esta actitud.

Esta perspectiva olvida que el carácter vulnerable de los seres humanos no depende, o al menos no lo hace totalmente, de las condiciones personales de éstos, sino que la articulación de la sociedad es la que puede convertir en vulnerables a las personas. Es decir, y en lo que ahora nos interesa, la construcción de sistemas de derechos que no tienen en cuenta que los seres humanos se encuentran en distintas situaciones en las que su dignidad puede ponerse en peligro de modos también diferentes, es el problema a resolver. Algunas de esas situaciones pueden resultar indeseables (como la condición de pobreza extrema), pero en otras ocasiones son inevitables (como la condición de mujer), o incluso deseables (podemos repetir el ejemplo de las mujeres). En definitiva, que el titular abstracto se haya hecho corresponder con el tantas veces mencionado hombre, blanco, burgués...sólo puede ser interpretado en el sentido de que desde esos modelos que ser hombre, blanco, burgués...es lo normal y valioso frente a cualquier otra condición posible.

Así pues, los derechos sólo sirven en la medida en que el ser humano real se aproxime a la imagen del titular abstracto. Históricamente, además, recordemos que no todos los seres humanos han sido titulares de todos los derechos, pero incluso una vez que se eliminan las restricciones formales, los derechos sólo sirven – por ejemplo, para las mujeres – en la medida en que socialmente actúen como ‘hombres’; sólo sirven a las personas con discapacidad en la medida en que se comporten como las personas ‘normales’. Sin embargo, en los ejemplos resulta patente que la normalidad es una cuestión de poder, no ya de número, puesto que las mujeres representan a la mitad de la humanidad.

El problema desde la perspectiva de la universalidad se agudiza porque cuando aquella perspectiva es trasladada al Derecho. En este plano, las personas que no se consideran ‘normales’ encuentran restricciones a la capacidad de ejercer sus derechos, capacidad que debe ser complementada mediante la intervención de un ser humano ‘normal’ que se hace responsable. La dependencia se convierte de este modo en oficial y se generan espacios de dominación arbitraria. Por ejemplo, la mujer casada, en España, necesitaba el consentimiento de su marido para realizar actos de disposición patrimonial, pero también de disposición del propio cuerpo, como someterse a una intervención quirúrgica. Incluso, hasta 1970, el padre podía dar a los hijos en adopción sin consentimiento de la madre; además, si el marido era extranjero, la mujer perdía la nacionalidad española. Hasta

1981 no se eliminó la prohibición que establecía el Código civil a la mujer casada de disponer de los bienes de la sociedad de gananciales más allá de la mera administración doméstica y no se logró introducir la patria potestad compartida¹¹.

Otro ejemplo lo encontramos en la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad. Por primera vez, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduce, en su artículo 12.2, la obligación de los Estados Parte de reconocer a las personas con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Esta determinación supondrá la necesidad de reformar los sistemas tradicionales de capacidad basados en modelos de sustitución y establecer sistemas de apoyo en la toma de decisiones¹². Todavía en numerosos Estados las personas con discapacidad que son incapacitadas o en relación con las cuáles se prorroga la patria potestad, son privadas también de la posibilidad de disponer de su patrimonio y de sus personas sin la intervención del tutor o, en su caso, de los padres¹³.

Esta es la trampa que encierra la neutralidad, en la que los sistemas de derechos permanecen en buena medida atrapados. Frente al punto de partida de estas regulaciones, la universalidad en el sentido relevante en este trabajo exige considerar que todos los seres humanos tienen igual valor, que la autonomía moral debe ser reconocida en la medida en que exista y que el objetivo de los derechos es potenciarla.

Los procesos de generalización y especificación en la historia de los derechos surgen de reflexiones atentas a las exclusiones. La propuesta de generalización arranca de la necesidad de incluir otros seres humanos en la representación del hombre abstracto (trabajadores asalariados, mujeres en los aspectos en los que son equiparadas a los hombres); sin embargo, cuando se ha prestado atención a la situación de las personas que se alejan del parámetro de la normalidad desde los derechos, se ha hecho en el marco del proceso de especificación.

¹¹ M. TELO, *Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer*, Aranzadi, Madrid, 2009.

¹² Ver P. CUENCA, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, en *Derechos y Libertades*, 24/2011, 221-257.

¹³ No es así ya en España desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el 3 de septiembre de 2021.

Tanto en el origen del proceso de generalización como del proceso de especificación está la reflexión de que los derechos no son una herramienta adecuada para la dignidad si en su configuración no se considera que existen situaciones en las que pueden encontrarse los seres humanos que favorecen que puedan ser instrumentalizados o que deben tenerse en cuenta para que no lo sean. Esta reflexión guarda una clara relación con la crítica a la igualdad proclamada en las primeras declaraciones, que se suele entender como la igualdad formal. De algún modo, lo que se persigue en el modelo liberal es que el Estado y el Derecho traten a los seres humanos como si fueran iguales en los aspectos relevantes. El proceso de generalización y el proceso de especificación muestran dos grandes déficits de este modelo con respecto a la igualdad.

En primer lugar, las primeras declaraciones de derechos no consideran aspectos relevantes que tienen que ver con las condiciones reales en las que se desenvuelve la existencia humana, porque pretenden referirse al hombre abstracto. Esta situación genera desigualdad en el modo en el que los derechos operan como garantías de la dignidad, puesto que sólo funcionan contra los obstáculos a los que se enfrenta ese sujeto real con el que, como se ha señalado, termina haciéndose coincidir el hombre abstracto: el propietario socio-físicamente independiente.

Además, en las primeras declaraciones de derechos se establecen, incluso formalmente, exclusiones. Para comenzar, se traza una diferenciación entre hombres y ciudadanos, sólo los ciudadanos son titulares de todos los derechos reconocidos. Pero hay que añadir que no todos los seres humanos, aun considerándose titulares de los, en este momento, derechos del hombre, disponen de capacidad suficiente para ejercerlos por sí mismos.

La generalización arranca de la consideración de ciertas circunstancias que pueden afectar a todos los seres humanos (y, por ejemplo, hacer que el propietario socio-físicamente independiente deje de serlo) y que suponen que la dignidad se pueda poner en peligro. Desde este punto de vista, los derechos económicos, sociales y culturales, que suelen denominarse derechos de segunda generación, se consideran el resultado del proceso de generalización.

Por otro lado, el proceso de generalización implica también la ampliación de la titularidad de los derechos, que se manifiesta, de modo muy claro, en la extensión de la ciudadanía. En relación con este aspecto, puede observarse de forma evidente que se trata de procesos, y no de momentos, y es que todavía en la actualidad la ciudadanía puede

considerarse como un 'privilegio' desde aquellos planteamientos que critican su estrecha vinculación con la nacionalidad.

La especificación, por su parte, implica considerar que existen circunstancias cuyo olvido puede producir problemas para la dignidad, y que, por tanto, son relevantes a los efectos de la articulación de un sistema de derechos, pero que no afectan por igual a todos los seres humanos, o, al menos, no afectan a todos los seres humanos a lo largo de toda la vida. Como consecuencia de este proceso, surgen derechos cuyo objetivo es la igual dignidad, pero cuyos titulares son únicamente los seres humanos en la medida en que se encuentran en estas circunstancias. Para algunos críticos de este proceso la especificación supone dejar de lado la universalidad, sin embargo, también es posible pensar que la especificación arranca de la idea ya mencionada de que la universalidad no se corresponde con la uniformidad del titular, sino con que los derechos sirven para salvaguardar la dignidad de la que todos los seres humanos son portadores.

Si tomamos como punto de partida los textos de Derecho positivo, podemos encontrarnos con derechos específicos que se construyen a partir de la necesidad de compensar una concreta situación que se considera 'negativa' desde el punto de vista de la dignidad. De algún modo, se piensa que estas situaciones deberían ser eliminadas. En determinadas ocasiones, este punto de vista implica estigmatizar a las personas que se encuentran en esa situación, por cuanto la valoración negativa de la circunstancia se extiende al sujeto que se encuentra en ella. Por otro lado, a veces, esta persona es considerada como un objeto de protección por parte de los derechos y su autonomía, también en ocasiones, es desconsiderada. Es posible citar como ejemplo el modo en el que se conciben los derechos de las mujeres, los derechos de los niños, de las personas mayores y los derechos de las personas con discapacidad. A veces, tras la atribución de derechos específicos, encontramos una minusvaloración de lo que significa ser mujer, niño, mayor, o persona con discapacidad. Cuando se ha adoptado este punto de vista, se ha tratado de compensar esas 'deficiencias' para que las personas que las 'padecen' puedan aproximarse al titular abstracto. De algún modo, quienes comparten las características que sirven para la atribución de derechos específicos tienen un 'menor valor'; tanto menor, cuanto menor sea el número de características compartidas.

Otras veces, se reivindicán derechos específicos para poner en valor determinadas diferencias, esto es lo que sucede con los derechos de las minorías culturales. En este sentido, en las reivindicaciones de la igualdad, existen dos líneas de tendencia, la redistribución y el reconocimiento. En

opinión de Nancy Fraser, es posible identificar dos tipos de injusticias, la injusticia socioeconómica y la injusticia cultural¹⁴. Mientras la primera tiene que ver con la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, la segunda se manifiesta en comportamientos tales como la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto. Ambas injusticias generan desigualdades, al situar a unos grupos de personas en desventaja en relación con otros. Es posible que las personas las sufran simultáneamente, sin embargo, las soluciones para una y otra suelen ser diferentes y a veces no coordinadas. La redistribución opera como compensación de la injusticia socioeconómica, y el reconocimiento se dirige contra la injusticia cultural. Fraser muestra cómo tanto la redistribución, como reconocimiento pueden plantar soluciones afirmativas y transformativas. Las soluciones afirmativas se orientan «a corregir los resultados inequitativos de los acuerdos sociales», mientras las transformativas se dirigen «a corregir los resultados inequitativos [...] mediante la reestructuración del marco general implícito que los origina»¹⁵. La redistribución afirmativa podemos encontrarla en el “Estado liberal benefactor” y la transformativa en el “socialismo”; por su parte, el reconocimiento afirmativo se manifiesta en el “multiculturalismo central”, y el transformativo en la “deconstrucción”. En el diagnóstico de la autora «podemos ver qué desencaminada está la escena política norteamericana. Estamos atrapados en círculos viciosos de subordinaciones culturales y económicas que se refuerzan mutuamente. Nuestros mejores esfuerzos por reparar estas injusticias mediante la combinación del estado liberal benefactor y el multiculturalismo central, están generando efectos perversos»¹⁶, su propuesta pasa por generar políticas transformativas en ambos niveles, que, conviene añadir, habrían de tener en cuenta que las demandas de reconocimiento aparecen estrechamente entrelazadas con las demandas de redistribución¹⁷.

¹⁴ Ver las contribuciones de Alessandra Sciarba y Andrea Porciello en este focus.

¹⁵ N. FRASER, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas sobre la condición “postsocialista”*, trad. M. Hoguín e I.C. Jaramillo, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, 19-54, 38.

¹⁶ N. FRASER, *Iustitia Interrupta*, cit., 54.

¹⁷ S. FREDMAN, *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities*, in *South African Journal on Human Rights*, 2/2007, 214-234, muestra cómo las intervenciones relacionadas con el reconocimiento (*status-based*) tienden a articularse en el marco de las normas anti-discriminatorias, y, por tanto, de derechos justiciables, mientras las cuestiones relacionadas con la redistribución (*socio-economic*), se articulan en términos de políticas públicas.

De algún modo, las políticas redistributivas a las que se refiere Fraser pueden fundamentarse en la misma reflexión en la que encuentra origen el proceso de generalización, mientras que la fundamentación de las políticas de reconocimiento coincide con la fundamentación del proceso de especificación que han orientado a esta a la salvaguarda de la diferencia. La cuestión es, por tanto, que la generalización sin especificación conduce a la uniformidad, en tanto en cuanto se consideran generales las características de quien socialmente es definido como normal, y el resto de los sujetos se adaptan a estos patrones o continúan conformando lo 'anormal'. Sin embargo, la especificación sin generalización, conduce a la estigmatización.

Recordemos una vez más que la universalidad de los derechos exige que éstos se configuren como instrumentos de salvaguarda de la dignidad de todos los seres humanos, lo cual, a su vez, supone dejar de lado la representación unívoca del titular. El caso de los obstáculos a los que nos enfrentamos para considerar los problemas de los derechos de las mujeres como una cuestión de derechos humanos, permite ilustrar esta reflexión. Y es que los sistemas de derechos se han diseñado para proteger al hombre. Cuando los movimientos a favor de los derechos de las mujeres han presionado sobre las instituciones para reivindicar una mayor justicia, la respuesta ha ido, de forma predominante, orientada a incorporar a las mujeres como titulares de derechos que sólo sirven en la medida en que éstas se asimilen a los hombres. En consecuencia, para favorecer el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres, en lugar de propugnar una diversificación de la titularidad, se requiere la 'masculinización' de éstas.

Plantear el problema desde el punto de vista de las identidades, nos permite describir la operación como orientada a la asimilación. Pero, además, en determinadas ocasiones, el formar parte de un cierto colectivo puede suponer ocupar una situación económicamente desventajosa, lo que, a su vez, implica una mayor dificultad para participar en sociedad en condiciones de igualdad.

Si volvemos al ejemplo de las mujeres, la prohibición de la discriminación en el empleo y cláusulas tales como las de la igualdad salarial han sido muy importantes, sin embargo, hasta hace poco tiempo, no se ha considerado en la normativa laboral que biológicamente el embarazo y el parto afectan a la mujer, y no al hombre, y que socialmente la mujer tiene atribuida una serie de tareas fuera del mercado formal de trabajo. El resultado ha sido que se ha atrasado la edad en la que se tiene el primer hijo, se ha disminuido el número de hijos, las mujeres se han visto sometidas a una doble jornada y, con todo, su actividad laboral sigue siendo

inferior y más precaria que la de los hombres – con la consiguiente brecha de género en el salario y en las pensiones –, además de que continúan ocupando puestos peor remunerados enfrentándose a la segregación horizontal y vertical y al techo de cristal.

Y es que, en numerosas situaciones, las políticas que tienen en cuenta las diferencias siguen partiendo de la prioridad de un determinado modelo de ser humano. En este sentido, MacKinnon se preguntaba «¿Por qué tendría que ser igual a los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, puesto que, para tenerlo los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?»; mientras que, por su parte, el discurso de la identidad, no elimina, sino que puede llegar a consolidar, las etiquetas y las generalizaciones. Además de que estas etiquetas pueden no coincidir con las opciones individuales, suelen implicar una distribución del poder social que desencadena situaciones de dominación. Por citar una categorización muy trabajada, podemos pensar en el reparto de roles y de poder que se realiza sobre la base del sistema sexo género.

La falta de reconocimiento y los problemas de distribución de recursos se unen, pues, a que las personas que no comparten la identidad del ‘titular abstracto’ suelen ocupar una posición de subordinación social. En este sentido, Young cuestiona que se pueda hacer referencia a distribución en relación con valores tales como derechos, oportunidades y autorrespeto. Los derechos, para esta autora, no son posesiones, sino que más bien se refieren al establecimiento de condiciones que hacen posibles la acción en las relaciones sociales, por lo que – a diferencia de lo que proponen las teorías distributivas de la justicia, como la de Rawls – no se pueden distribuir como si fueran posesiones: “los derechos son relaciones, no cosas”.

3. Vulnerabilidad como condición y vulnerabilidad como opresión

Frente al planeamiento desde el que la vulnerabilidad se representa como excepcional, el impulso de las distintas teorías críticas ha conseguido la articulación de un modelo alternativo de derechos que arranca de una representación diferente de la condición humana¹⁸. Este modelo ha logrado trasladarse al sistema universal de derechos humanos y está presente en buena medida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

¹⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, Dykinson, Madrid, 2016.

y decididamente en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

Efectivamente, el concepto de persona con discapacidad que se incorpora en este texto, y en el que la discapacidad se presenta como el resultado de la interacción entre una condición personal y el modo en el que el entorno está construido, implica una respuesta diferente de los derechos a la vulnerabilidad.

La Convención se separa de la idea de que la homogeneidad constituye un presupuesto de la universalidad. Como se ha señalado, el universalismo y el individualismo que se sitúan históricamente en la base de la filosofía de los derechos humanos han permitido justificar que los derechos y la capacidad para ejercerlos se atribuya únicamente aquellas personas que en las relaciones sociales son autónomas y racionales. Puesto que abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos implica aceptar que la instrumentalización de las personas con discapacidad representa un atentado contra la dignidad humana, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad representa el abandono por parte de la comunidad internacional de un esquema en el que los auténticos derechos son los adecuados para salvaguardar la dignidad del hombre, blanco, burgués, heterosexual y socio-físicamente independiente.

Como he señalado, la Convención introduce un enfoque que nos obliga a revisar el sentido de lo especial y lo vulnerable frente a lo normal. Se trata del modelo social de discapacidad, que se refleja en la definición de persona con discapacidad: la discapacidad como resultado de una interacción.

Esta conceptualización de la discapacidad que ofrece la Convención, es coherente con el denominado modelo social. Este modelo, a diferencia de otros enfoques, supone tratar las vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad como vulneraciones de los derechos humanos. Además, por lo que se refiere al concepto mismo de discapacidad, el modelo social deja de ver la discapacidad en su dimensión exclusivamente individual y se interesa por el modo en el que el entorno contribuye a que la discapacidad se genere.

Lo anterior implica una modificación en el tipo de políticas públicas desde las que se aborda la diversidad. Las políticas a favor de determinados colectivos que han venido considerándose en situación de vulnerabilidad, se han adecuado históricamente a tres modelos posibles, en función de los principios que las inspiran y del agente de la intervención: conservador,

tecnocrático y social. Estos modelos han estado y están presentes también en el modo de afrontar la discapacidad.

Las políticas conservadoras, que en el caso de la discapacidad han recibido el nombre de modelo de la prescindencia, se caracterizan porque dejan en manos de la sociedad el tratamiento de personas que, como las que viven con discapacidad forman parte de colectivos que no tienen las mismas posibilidades que las consideradas 'normales' de ejercer los derechos. Desde este punto de vista, las políticas conservadoras suponen la no intervención del poder político. En el caso concreto de la discapacidad, desde este modelo, se considera que se trata de consecuencias de acciones pasadas de las personas o de sus progenitores que resultan moralmente reprobables. Además, las personas con discapacidad resultan una carga para la sociedad, por lo que sería mejor que no existieran. Durante muchos momentos en la historia, y todavía hoy en algunos lugares del mundo y en relación con algunas cuestiones, el modelo de tratamiento que predominó fue, precisamente, este enfoque. Se pretendió afrontar la situación mediante la eliminación o la separación de las personas con discapacidad: la esterilización, el aborto selectivo, la 'eutanasia', la ocultación, la reclusión o el internamiento. Como consecuencia de esta perspectiva, las personas con discapacidad sufren graves vulneraciones de sus derechos.

Las políticas tecnocráticas – en el caso de la discapacidad se habla de modelo rehabilitador – suponen la adquisición de protagonismo por parte del poder público, tanto en la definición como en la implementación de la política. Se basan en argumentos utilitaristas, de forma que la intervención se orienta a recuperar a las personas para la sociedad o a evitar un mal mayor. El objetivo principal de las políticas no es la protección de los derechos de las personas a las que se dirigen, sino mejorar el bienestar global de la sociedad sobre la que se interviene. La discapacidad se medicaliza y el objetivo es la rehabilitación. De algún modo, se trata de convertir en 'normales' a las personas con discapacidad incidiendo sobre la condición individual.

Por último, el modelo social se orienta a la realización de derechos de las personas en cuyo favor se interviene. Además, tanto la definición de la intervención, como la implementación de la misma, se articulan con participación de estas personas. Como señalaba con anterioridad, es en el contexto de este modelo, en el que la discriminación sufrida por las personas con discapacidad se considera una cuestión de derechos humanos. Y es también en el contexto de este modelo en el que se pone de manifiesto que la 'normalidad' es una cuestión de poder y que, en buena medida, el

modo en el que una característica individual influye en la capacidad de funcionar de las personas, tiene que ver con el entorno. En este sentido, es fácil darse cuenta de la diferente situación con respecto a la participación plena y efectiva en la sociedad, de una persona miope que viven en un entorno en el que es sencillo el acceso a las lentes graduadas, y de otra persona con el mismo grado de miopía, que no tiene acceso a este tipo de ayuda.

En este modelo se inserta la definición de persona con discapacidad que lleva a cabo la Convención. De este modo, se introduce en el tratamiento de la vulnerabilidad el enfoque basado en derechos: el objetivo son los derechos, la participación es el medio y el resultado es el empoderamiento. Es importante considerar, además, que si las intervenciones se justifican en derechos pasan a ser obligatorias.

No obstante, la comprensión de la vulnerabilidad como una situación, no debe oscurecer el hecho de que la vulnerabilidad es también una condición universalmente compartida por todos los seres humanos. También desde este punto de vista, el modelo tradicional de derechos ha sido revisado.

Y es que la representación de la condición humana desde la abstracción ha significado además la exclusión del cuidado de la agenda pública, en coherencia con la idea de que sólo algunas personas, que por otro lado no se corresponden con el ideal de la condición humana, son consideradas dependientes. Así pues, desde el modelo liberal las situaciones de vulnerabilidad se consideran especiales y se tratan como excepcionales; ciertos seres humanos son representados como vulnerables y, en la medida en que necesitan cuidado de otras, también se les niega la autonomía. Por otra parte, y aun cuando se considera que se trata de una opción libremente aceptada, tampoco son consideradas autónomas las personas que asumen el cuidado de las dependientes, puesto que esta actividad impide que puedan proveerse de medios para su existencia, es decir, es un obstáculo para su autosuficiencia. El resultado es que tanto quienes reciben el cuidado, como quienes cuidan (como se ha señalado, mayoritariamente mujeres) quedan estigmatizadas.

Finalmente, en la medida en que el cuidado se desarrolla en la esfera privada y es asumido por mujeres, los valores que se desarrollan en torno a esta actividad también se consideran propios de mujeres y no susceptibles de ser integrados en la ética pública. Como consecuencia de la construcción que acaba de describirse, las actividades de cuidado se han visto devaluadas con respecto a otras tareas sociales. Sin embargo, si se desmonta

la ideología que subyace a esta marginación, es posible entender el carácter fundamental del cuidado en la vida de los seres humanos y con ello reclamar el lugar que se merece en la sociedad y en política. En esta línea, la crítica al modelo liberal insiste en la dependencia como una característica de todos los seres humanos y permite ver cómo el mercado y el Estado se han sostenido gracias al trabajo de cuidado a veces ni siquiera reconocido y en todo caso mal remunerado¹⁹.

Como se desprende de las páginas anteriores, el problema de los derechos no es sólo protegerlos, que también lo es, la reflexión en el plano del fundamento resulta fundamental para comprender los sistemas de protección de los derechos y, en algunos casos, las incoherencias que en la práctica se han derivado del proyecto pretendidamente universalista que encierran las teorías de la justicia que en ellos se basan.

¹⁹ E.F. KITTAY, *Equality, Dignity and Disability*, in M. LYONS, F. WALDRON (eds.), *Perspectives on Equality: The Second Seamus Heaney Lectures*, The Liffey Press, Dublin, 2005, 93-119 y J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, Routledge, New York, 1993.

ANDREA PORCIELLO*

(In)giustizie ambientali: la maschera verde del capitalismo ecologista**

SOMMARIO: 1. *Due universi, due giustizie: al di qua e al di là della linea* - 2. *Violenze ambientali e responsabilità giuridiche* - 3. *Land Grabbing e nuovo colonialismo* - 4. *Carbon Market e Biodiversity Offset* - 5. *Conclusioni*.

1. *Due universi, due giustizie: al di qua e al di là della linea*

Il problema distributivo costituisce il cuore del concetto di giustizia, «consiste nella ripartizione degli onori, delle ricchezze, e di tutte le altre cose divisibili per chi fa parte della cittadinanza»¹. Già in quest'antica definizione di giustizia (distributiva) è presente un'ombra che accompagnerà il concetto in tutta la sua millenaria evoluzione. «Si pensa che il giusto sia eguaglianza, – continua Aristotele – e lo è, ma non per tutti, bensì per gli uguali; anche l'ineguaglianza si pensa sia giusta, e lo è, in realtà, ma non per tutti, bensì per i diseguali»². È questa l'ombra che l'idea di giustizia proietta più o meno inconsapevolmente da così tanto tempo: gli *eguali* credono di comportarsi *giustamente* quando distribuiscono i beni (materiali o immateriali che siano) all'interno del loro stesso gruppo secondo criteri che appaiono, quantomeno ai loro occhi, equi e giusti. Fin dalla sua origine, il problema della giustizia distributiva è stato ridotto alla questione procedurale dell'individuazione dei criteri attraverso cui operare la distribuzione. Essa assume le sembianze della meritocrazia, cosa che non è di per sé necessariamente sbagliata, ma quantomeno evidentemente problematica, vista la vacuità e l'astrattezza delle sue formule: a ciascuno il suo, a ciascuno ciò che merita. Problematica, innanzitutto, perché così facendo si rischia di eludere una questione ben più importante, quella relativa all'individuazione dei contenuti di quelle formule: chi sono gli *eguali* che meritano un'equa distribuzione e chi sono, invece, i *diseguali* che subiscono distribuzioni differenti? È questo il problema prioritario relativo all'idea di giustizia che precede anche dal punto di vista logico quello della distribuzione e delle procedure attraverso cui realizzarla. Prima di pensare a *come* distribuire è necessario chiedersi a *chi* distribuire. E il richiamo ad un non ben definito concetto di uguaglianza formale non semplifica granché le

* Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1130b.

² ARISTOTELE, *Politica*, 1280a.

cose visto che, come Orwell ha notoriamente rilevato nella sua amara favola distopica, «*all animals are equal, but some animals are more equal than the others*»³. Nella pratica, sembra suggerirci Orwell, l'uguaglianza procede per cerchi concentrici e la vera uguaglianza, quella con la U maiuscola, a quanto pare la si trova solo nei cerchi più piccoli e centrali. È lì che i *più uguali* si rifugiano ed è da lì che stabiliscono arbitrariamente i criteri distributivi in virtù di una qualche forma di primazia che nel corso del tempo ha trovato le più svariate e fantasiose giustificazioni.

Da sempre il pensiero occidentale ha diviso l'umanità attraverso vere e proprie geometrie artificiali, consistano esse in cerchi concentrici o linee, che finiscono per creare più differenze rispetto alle differenze determinate dai confini politici reali. Si tratta di geometrie invisibili che «vengono poste attraverso linee radicali – sottolinea de Sousa Santos – che dividono la realtà sociale in due universi, l'universo “al di qua della linea” e l'universo “al di là della linea”. La divisione fa sì che ciò che si trova “dall'altro lato della linea” sparisca in quanto realtà, trasformandosi in qualcosa di non esistente»⁴.

La storia occidentale, e quella dell'Europa colonialista in modo particolare, dimostrano chiaramente questo assunto, essendo entrambe radicate nell'idea per cui ciò che è impensabile “al di qua della linea” diventa del tutto pensabile, e soprattutto realizzabile, “al di là della stessa”, nell'universo di ciò che non esiste. Pensiamo alla dicotomia tra regolazione ed emancipazione, ad esempio, che era «impensabile all'interno dei territori coloniali, (...) dove, invece, fu utilizzata una dicotomia differente, quella tra appropriazione e violenza che, viceversa, risulterebbe del tutto inconcepibile se applicata al di qua della linea»⁵. E benché, almeno in teoria, tutti i maggiori filosofi occidentali della politica e dell'etica sono d'accordo nell'idea di attribuire alla giustizia il carattere dell'universalità, o quantomeno dell'universalizzabilità dei suoi principi e dei suoi diritti, di fatto lo svolgimento pratico dell'idea di giustizia sembra smentire l'assunto che tali filosofi hanno posto come premessa dei loro ragionamenti. La giustizia, per come l'Occidente l'ha praticata e continua a praticarla non è realmente “una” e soprattutto non segue un “unico” binario. Ciononostante, siccome l'universo alieno collocato al di là della linea di fatto rappresenta l'inesistente, tutte le ingiustizie e le immoralità lì

³ Cfr. G. ORWELL, *La fattoria degli animali* (1945), Mondadori, Milano, 1976.

⁴ B. DE SOUSA SANTOS, *Para descolonizar Occidente. Mas alla del pensamiento abismal*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, 14 (Trad. mia).

⁵ *Ibidem* (Trad. mia).

commesse, che peraltro molto spesso hanno trovato nelle forme del diritto (o forse sarebbe meglio dire dell'infra-diritto⁶) un solido appoggio, non hanno indotto i colonizzatori a negare il paradigma teorico dell'universalità, facendola coincidere con l'estensione o con la diffusione che una certa idea o una certa pratica ha all'interno dell'universo che conta, nell'unico universo che realmente esiste, il "proprio".

Tutto ciò non ha riguardato solo i governi, gli eserciti e i ricchi commercianti del Vecchio Continente, ha riguardato innanzitutto la sua *intelligentia*, dove questa mentalità duale, questa giustizia a doppio binario ha trovato la sua origine. La filosofia politica occidentale, anche quella più illuminata, sebbene spesso attraverso forme implicite, ha rafforzato e perpetuato il *cliché* dei due universi creando categorie di pensiero che ancora oggi caratterizzano la *forma mentis* occidentale (e anche quella occidentalizzata di chi ha fatto proprie le sue logiche). Il contrattualismo illuministico, ad esempio, ha individuato una stretta correlazione tra lo stato di natura, la premessa dell'argomento giustificativo dello Stato moderno, e "i popoli selvaggi dell'America" in quanto portatori inconsapevoli di una *wildness*, di una inciviltà che facevano da contraltare al progresso civile e illuminato degli europei. In particolare, Hobbes, ad esempio, nel descrivere la condizione della guerra, afferma che «non vi è posto per l'operosità ingegnosa, essendone incerto il frutto: e di conseguenza, non vi è né coltivazione della terra, né navigazione, né uso dei prodotti che si possono importare via mare, né costruzioni adeguate, né strumenti per spostare e rimuovere le cose che richiedono molta forza, né conoscenza della superficie terrestre, né misurazione del tempo, né arti, né lettere, né società; e, ciò che è peggio, v'è il continuo timore e pericolo di una morte violenta; e la vita dell'uomo è solitaria, misera, ostile, animalesca e breve». Infine, conclude con questo infelice paragone: «si può forse pensare che non vi sia mai stato un tempo e uno stato di guerra come questo, ed io credo che nel mondo non sia mai stato così in generale; *ma vi sono molti luoghi ove attualmente si vive in tal modo. Infatti, in molti luoghi d'America, i selvaggi, se si esclude il governo di piccole famiglie la cui concordia dipende dalla concupiscenza naturale, non hanno affatto un governo e vivono attualmente in quella maniera animalesca di cui ho prima parlato*»⁷. E Kant, in sintonia con Hobbes, ha affermato che i nativi americani sono «incapaci di

⁶ Con riferimento alla letteratura italiana, tra i contributi più recenti sul concetto foucaultiano di infra-diritto rimando il lettore a L. MILAZZO, *Infradiritto, controdiritto e regressione del giuridico*, in *Etica e politica*, xxii, 3/2020, 303-21.

⁷ T. HOBBS, *Leviatano* (1651), Laterza, Roma-Bari, 2010, 102-103 (*Corsivo mio*).

civilizzazione, (...) privi di impulsi perché non provano né affetti né passioni. Non sono attratti l'uno verso l'altro e sono quindi sterili. (...) Non parlano quasi mai, non si accarezzano quasi mai, non si curano di nulla e sono oziosi. (...) Sono incapaci di governare e sono destinati allo sterminio»⁸.

Sottoscrivo senza remore quanto sostenuto ancora una volta da de Sousa Santos quando scrive che «le teorie del contratto sociale dei secoli XVII e XVIII sono molto importanti sia per quello che sostengono, sia per quello che invece occultano. Sostengono che gli individui moderni, i cittadini metropolitani, hanno siglato il contratto sociale al fine di abbandonare lo stato di natura e di costituire la società civile. Quello su cui tacciono è che così facendo hanno creato uno stato di natura che comprende un'enorme regione mondiale, uno stato di natura a cui milioni di essere umani sono condannati e senza possibilità alcuna di fuggire o di creare una società civile»⁹.

Spesso si dimentica che questa percezione della diversità che ha fatto da sfondo alla nascita dello Stato moderno, oltre a creare i confini di un impero, ha creato anche e soprattutto il perimetro di una mentalità, una forma di etnocentrismo che ha lasciato pesanti tracce sul modo in cui gli occidentali si sono sempre rapportati, e per molti versi continuano a rapportarsi, ai *diseguali* dell'universo al di là della linea. Tutti gli atti di oppressione, di violenza e di umiliazione di cui gli europei si sono resi protagonisti nei "nuovi" universi hanno trovato fondamento e giustificazione in una chiara tendenza, che è innanzitutto teorica, a disumanizzare il selvaggio. Fu giusto espropriare, deportare, uccidere o semplicemente umiliare i nativi americani, gli indios, gli africani banalmente perché essi non erano realmente umani, mancava loro una componente essenziale dell'umanità, l'anima. Erano *anima nullius*. E lo stesso accadde alle loro immense e ricchissime terre, il vero obiettivo di qualunque espansionismo coloniale, terre che poterono essere occupate con la forza e saccheggiate delle loro risorse perché, ancora una volta, non appartenevano a nessuno¹⁰, perché secondo l'imperituro diritto dei romani

⁸ I. KANT, *Delle diverse razze di uomini*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 205 e ss.

⁹ B. DE SOUSA SANTOS, *Para descolonizar Occidente*, cit., 16. (*Trad. mia*).

¹⁰ Sono molti gli argomenti partoriti dalla filosofia del tempo finalizzati a dare fondamento e giustificazione all'impossessamento delle terre delle colonie. Grozio e Pufendorf, ad esempio, parlavano di un consenso implicito della comunità, Locke, com'è noto, proponeva la teoria della proprietà basata sul lavoro e Hume quella della reciprocità, nel senso che una certa comunità riconosce il diritto di proprietà dell'occupante perché a sua

erano *res nullius*. Ed effettivamente lo erano, perché per quelle culture, per quelle cosmovisioni condivise da tutti i popoli nativi delle Americhe, essere padrone di un cavallo o proprietario della terra costituiva un non senso: «questo noi sappiamo – per usare le parole di Capo Seattle¹¹ – la terra non appartiene all’uomo, è l’uomo che appartiene alla terra. Tutte le cose sono collegate, come il sangue che unisce una famiglia. Non è stato l’uomo a tessere la tela della vita, egli ne è soltanto un filo. Qualunque cosa egli faccia alla tela lo ha fatto a sé stesso». E Toro seduto¹², uno dei grandi capi tribù delle popolazioni native del nord America, in un altrettanto celebre discorso, ha anticipato quella spinta anticapitalista che si collocherà alla base dell’ecologismo attuale e delle varie economie della decrescita contemporanee: solo quando l’ultimo fiume sarà prosciugato, quando l’ultimo albero sarà abbattuto, quando l’ultimo animale sarà ucciso, allora capirete che il denaro non si mangia.

I nativi delle Americhe hanno incarnato *ante litteram* l’idea centrale dell’ecologia profonda, la sua propulsione interna, l’idea del *Sé ecologico*, epilogo di quel processo di autorealizzazione che secondo Arne Naess dovrebbe precedere qualunque svolta individuale e sociale in senso ambientalista. Questi popoli sono nati ecologisti, il loro stile di vita presupponeva naturalmente quella concezione del *Sé* che oggi appare a molti come una conquista lontana, se non addirittura impossibile da realizzare. Uno stile di vita, un modo di guardare al mondo e di agire su di esso che, soprattutto, è apparso del tutto indecifrabile agli occhi dei colonizzatori cristiani e assetati di terre e di denaro che sbarcarono in quel “mondo” senza padroni: quando gli europei arrivarono nelle Americhe quello che videro, o meglio quello che poterono vedere dal loro punto di vista, fu semplice natura incontaminata in cui popolazioni selvagge del tutto prive di alcuna cognizione tecnica in ambito agricolo sopravvivevano in condizioni di vita arretrate e dissolute, in una condizione prossima all’animalesco stato di natura descritto da Hobbes. E ciò, a quanto pare, fu sufficiente per dare ai colonizzatori il diritto di realizzare uno dei più

volta potrà occupare terre altrove. Si tratta di argomenti e teorie che nel loro complesso fornirono un solido contributo alle condizioni idonee al saccheggio F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Arezzo, 2017, 109.

¹¹ Capo Seattle, noto anche come *Sealth*, *Seathl* o *See-ahth* è stato il valoroso capo delle tribù *Duwamish* e *Suquamish*.

¹² Toro Seduto è stato il capo della tribù di nativi americani dei *Sioux Hunkpapa*. È ricordato, oltre che per la sua saggezza, anche per aver sconfitto a capo di 3.500 guerrieri il Colonnello Custer nella battaglia di Little Bighorn. Una delle poche vittorie dei nativi sui conquistatori bianchi.

terribili genocidi che la storia umana abbia sperimentato (e al contempo uno dei più grandi affari economici). I libri di storia, soprattutto i libri statunitensi, parlano molto di ciò che gli europei videro al loro arrivo e molto poco, invece, di quello che non riuscirono a vedere: davanti ai loro occhi non c'era semplicemente natura incontaminata e, quindi, spreco, vista l'apparente imperizia agricola delle popolazioni native, ma una delle forme più intelligenti e sofisticate di gestione sostenibile del territorio mai praticata da essere umano. «Molti di quei paesaggi, infatti, non erano selvaggi come apparivano, ma erano attentamente progettati e realizzati utilizzando una vasta gamma di tecniche indigene di gestione del territorio. Solo oggi gli esperti di agricoltura sostenibile stanno cercando di far rivivere la conoscenza che è andata in gran parte persa, scoprendo che le tecniche di permacultura di oggi, ovvero la progettazione integrata del territorio per farne un ambiente ecologicamente bilanciato e autosufficiente, erano già patrimonio dei nativi americani»¹³.

Mentre gli europei vedevano (e vedono tuttora) nella terra, negli animali che la abitavano e nel suo sottosuolo semplicemente oggetti da sfruttare, cose che possiedono valore soltanto nella misura in cui riescano a produrre beneficio per lo sfruttatore, i nativi americani avevano già capito che qualunque forma di sfruttamento dell'ambiente doveva necessariamente svolgersi secondo le leggi immanenti in natura, e quindi nel rispetto delle relazioni interne ai suoi ecosistemi. Nella loro ottica l'azione dell'uomo non rappresentava un momento di frattura in quel flusso spontaneo che la natura utilizza per pervenire ad una qualche forma di equilibrio, inserendosi, bensì, in quel flusso e contribuendo come e più degli altri esseri viventi al mantenimento dell'equilibrio naturale dell'intero. «Questa loro integrazione perfetta e bilanciata con l'ambiente in cui vivevano, che non richiedeva il disboscamento per farne campi per monocolture, è andata in gran parte persa con l'arrivo dei coloni e i metodi dell'agricoltura intensiva europea»¹⁴. E dal canto loro, gli europei, come d'altronde hanno fatto in tutte le terre che hanno conquistato durante i

¹³ G. CACCIOLA, *La permacultura dei nativi americani può salvarci*, in *Decrescita*, <https://www.dolcevitaaonline.it/la-permacultura-dei-nativiamericani-puo-salvarci/>, 2017 (ultimo accesso luglio 2021).

¹⁴ *Ibidem*. Questo antico modello di coltivazione, che presuppone la medesima concezione relazionale della natura che Naess ha posto a fondamento della sua Ecosofia, altro non era che l'odierna permacultura, la *permanent culture*, ossia la convinzione che applicando in maniera etica e responsabile i metodi ecologici in ambito agricolo, si possa ricreare quell'equilibrio perfetto tra essere umano e natura che i nativi americani davano per scontato, *in primis* per ragioni spirituali.

secoli delle grandi colonizzazioni, anziché sforzarsi di comprendere, magari per imparare, hanno scelto di sterminare quelle popolazioni e di cancellare le loro tecniche, la loro filosofia, la loro spiritualità e la loro storia, costringendo i pochi superstiti in riserve che ancora oggi si collocano ai margini della società statunitense¹⁵.

Chi oggi crede che sia possibile essere ecologisti conservando la *forma mentis* dei colonizzatori dovrebbe ricordare questa triste storia. Dovrebbe ricordare che l'antropocentrismo, che in astratto potrebbe anche essere condivisibile quando concepito come l'inevitabilità di guardare al mondo da un punto di vista situato, quando impiegato nel concreto si traduce spesso in etnocentrismo e, quindi, in prevaricazione, innanzitutto su ciò, umano o non umano che sia, che si pone come ostacolo, nella maggior parte dei casi inconsapevole, ad un pieno sfruttamento delle risorse naturali. E contro ogni idea ontologica olistica, questa mentalità riduce i fiumi a fonti di energia, le foreste a fonti di legname, il sottosuolo al carbone e al petrolio che contiene e gli animali alla carne che possono fornirci: la natura per gli occidentali è un ammasso informe di *cose* che ha valore nella misura in cui può essere convertito in denaro. E gli altri esseri umani, manifestando un differente modo di essere e di pensare, divengono essi stessi delle *cose* che possono essere *utilizzate* senza ritegno o eliminate quando ostacolano le logiche del guadagno. È superfluo ricordare che quando le braccia dei nativi americani iniziarono a scarseggiare, gli europei costruirono l'America usando quelle di milioni di Africani¹⁶.

Sono queste le ragioni che oggi mi spingono a ritenere che diventare ecologista sia ancora possibile, ma che non esistono scorciatoie, perché diventarlo richiede un lavoro introspettivo profondo e accurato, un autoesame di coscienza individuale e collettivo attraverso il quale poter fare i conti con i grandi tabù della storia occidentale, spesso occultati da ormai sedimentati processi di rimozione e di mistificazione dietro i quali potremo ritrovare, forse ancora intatte, le ragioni per le quali abbiamo commesso così tanti errori e soprattutto le ragioni che potrebbero spingerci a rimediare. Non si tratta solo di rileggere la storia e di prendere coscienza del fatto che essa è stata scritta dagli occidentali ad uso e consumo dell'Occidente, come

¹⁵ Benché oggi la popolazione dei nativi costituisca l'1% della popolazione statunitense, essa presenta il numero più alto di suicidi e di alcolisti tra gli adolescenti.

¹⁶ Molti autori di matrice marxista ritengono, io credo a ragione, che furono proprio le ricchezze dell'America e la tratta degli schiavi africani ad originare quell'accumulo di ricchezza iniziale che diede vita al capitalismo, cfr. A. LOOMBA, *Colonialismo/Postcolonialismo*, Meltemi, Roma, 2006.

Jack Goody ha brillantemente suggerito¹⁷. Si tratta di prendere atto che in molti casi la prepotenza europea ha influenzato direttamente il corso delle “storie” altrui, e non soltanto la loro narrazione, negando ad altri popoli il diritto di avere una storia e scrivendo sulle ceneri di una storia mancata, quella propria. Se Goody sostiene che abbiamo letteralmente *rubato la storia*, impossessandoci indebitamente di tradizioni, usanze, pratiche e valori che sono divenuti improvvisamente proprietà esclusiva della civiltà e della cultura europee, io sto cercando di evidenziare che, come nel caso dei nativi americani, la storia dei nostri colonizzati non è stata semplicemente alterata e riscritta, è stata impedita, inibita e in molti casi cancellata. E con questa è stata cancellata la voce di quei popoli, il loro punto di vista sul mondo, il loro modo di concepire l’essere umano, nonché il loro modo di rapportarsi con la natura. Per cui, come suggerisce Goody, è necessario guardare con sguardo critico a buona parte della nostra narrazione dei fatti, quantomeno per ciò che riguarda quella lunga fase, mai del tutto sopita, in cui gli europei hanno assolutizzato il loro punto di vista spacciando l’eurocentrismo per antropocentrismo e creando così le condizioni politiche, economiche e sociali che hanno determinato l’ingresso dell’umanità intera nell’Antropocene¹⁸.

¹⁷ J. GOODY, *Il furto della storia*, Feltrinelli, Milano, 2008, 23: «Dall’inizio del diciannovesimo secolo, grazie alla presenza europea in tutto il mondo a seguito delle conquiste coloniali e della Rivoluzione industriale, la costruzione della storia mondiale è stata dominata dall’Europa occidentale. (...) Per contrastare l’inevitabile carattere etnocentrico di qualunque tentativo di descrizione del mondo, passato o presente, occorre porsi in una prospettiva più critica. Questo significa innanzitutto assumere un atteggiamento di scetticismo riguardo alla pretesa occidentale (...) di aver inventato pratiche e valori come la democrazia o la libertà».

¹⁸ Così stando le cose, lo stesso termine Antropocene mi sembra contenga in verità un elemento di mistificazione: a guardar bene, infatti, non ci troviamo nell’era geologica dominata dall’impronta dell’azione degli esseri umani, di tutti gli esseri umani, ma nell’era dominata dall’impronta di una loro minoranza, quella ricca, tecnologicamente all’avanguardia e, forse proprio per tali ragioni (benché sia difficile distinguere la causa dall’effetto), annebbiata da una cultura del dominio e della sopraffazione. Sarebbe, dunque, più corretto parlare (provocatoriamente) di *Arguriocene* (dal greco ἀργυρίουον – ricchezza). In effetti, la ricchezza entra in gioco due volte: è il presupposto che consente ad una fetta di umanità di imporre un modello economico su scala planetaria ed è il fine di questa azione egemonica. In effetti, per come esso viene utilizzato in ambito mediatico e politico il termine Antropocene non ha soltanto una valenza descrittiva, viene quasi sempre impiegato nei termini di un’attribuzione di responsabilità. Appare, quindi, profondamente ingiusto attribuire tale pesante responsabilità anche ai miliardi di persone che sono solo vittime, al pari dell’ambiente, delle pratiche commerciali egemoniche imposte loro dalla parte ricca del pianeta.

Il punto su cui vorrei adesso porre l'attenzione è che questa mentalità, questo modo di concepire l'umanità e di dividerla geometricamente attraverso linee invisibili e cerchi concentrici non riguarda solo il nostro passato, il nostro vecchio colonialismo, caratterizza, bensì, molte pratiche egemoniche contemporanee che nel loro insieme finiscono per perpetuare e rafforzare il medesimo modello, nonché la medesima mentalità prevaricatrice. «Oggi come allora, la creazione e la negazione dell'altro lato della linea sono costitutive dei principi e delle pratiche egemoniche. (...) Oggi come allora la civiltà giuridica e politica di questo lato della linea si contrappone (...) all'inciviltà dell'altro lato»¹⁹. E l'antropocentrismo occidentale, veicolato attraverso le pratiche economico-giuridiche del neoliberismo capitalista²⁰, altro non è che una "nuova" manifestazione di quella "vecchia" *forma mentis*.

Molti dei fenomeni che caratterizzano la nostra storia più recente, a cominciare dai fenomeni migratori africani, possono, anzi devono essere compresi e, a mio avviso anche gestiti, inquadrandoli nella dimensione politico-economica a cui con ogni evidenza appartengono, senza la quale diviene molto facile per i *nuovi* detentori della *vecchia* mentalità del doppio universo alterare i fatti e la loro percezione generando così pericolose narrazioni che ricordano molto da vicino le menzogne che colorivano quelle del vecchio colonialismo.

Ma c'è di più. Perché le pratiche neocoloniali cui alludo, del tutto simili per tasso di violenza a quelle dei secoli passati, presentano oggi un'importante novità: oggi come allora compromettono l'ambiente, depauperano risorse essenziali, producono ingiustizia sociale e discriminazione ecologica, ma in più fanno tutto ciò, paradossalmente, in nome dell'*ecologia*. I colonizzatori di oggi, Europa, Stati Uniti, Russia, Cina, Giappone, Arabia Saudita e incredibilmente anche l'India²¹, direttamente attraverso i loro governi o, più di sovente, attraverso ricche multinazionali che per forza economica e per capacità di penetrazione nel tessuto sociale hanno poco da invidiare ad alcuni stati nazionali, pongono in essere le loro pratiche egemoniche, ovviamente sempre al di là della linea, secondo uno schema d'azione che si pone in rapporto di evidente continuità rispetto al

¹⁹ B. DE SOUSA SANTOS, *Para descolonizar Occidente*, cit., 19. (Trad. mia).

²⁰ Si veda il contributo di Orsetta Giolo in questo focus.

²¹ "Incredibilmente", perché dopo una lunga esperienza da colonia, e pur essendo ancora vittima di pratiche egemoniche di questo tipo, da qualche anno l'India ha anch'essa intrapreso una politica chiaramente neoliberista, soprattutto per quanto riguarda l'espansionismo agricolo (cfr. K.D. MISHRA, P. NAJAK [eds.], *Land and Livelihoods in Neoliberal India*, Palgrave Macmillan, London, 2020).

tradizionale schema capitalistico dell'Occidente ai tempi del colonialismo. Si tratta dello schema che potremmo definire "neoliberismo ecologista", la più raffinata e pericolosa variante del capitalismo tradizionale.

La sua più grande "virtù" (e ovviamente due sole virgolette non bastano) è quella di riuscire a rendere attraente e desiderabile ciò che obiettivamente la storia ha dimostrato essere ingiusto e distruttivo, il capitalismo dei regimi coloniali. Come quel capitalismo espansionista, anche questa nuova forma di imperialismo ha come fine ultimo il guadagno, ma a differenza del primo riesce in questo intento attraverso una piccola grande magia, quella «di mantenere intatta, in barba alla realtà, l'immagine di un ambientalismo senza fini di lucro, anzi generoso, disinteressato, quasi eroico a dispetto della realtà di una piena integrazione nelle strutture e nelle strategie del capitalismo predatorio globale»²². Si tratta di un tipo di capitalismo dotato di una nuova retorica, quella a volte subdola dei diritti, delle libertà, dell'uguaglianza sociale e della sostenibilità ecologica, che riesce ad arrivare, proprio grazie a questa maschera rassicurante, là dove neanche il capitalismo più sfrenato era riuscito a spingersi²³. Ma al di là dell'apparenza, veicolata attraverso le rassicuranti immagini di nature incontaminate e di immacolate simbologie verdi, la sostanza è rimasta invariata, perché le popolazioni con le quali questo nuovo capitalismo entra in contatto alla fine ricevono lo stesso identico trattamento che il capitalismo senza maschera riservava ai propri schiavi: espropriazione delle terre che appartengono loro da generazioni, espulsione e trasferimento forzato, impiego di logiche di dominio e di violenza²⁴. L'unica vera differenza attiene all'involucro, all'imballo che, come ricorda Besset, è del tutto capace «di trarre in inganno»²⁵. Un inganno che nasce principalmente dal fatto che il neoliberismo, da *causa* del problema ambientale, quale effettivamente è, riesce a vendere sé stesso come sua *cura*, una cura che inevitabilmente esige la mercificazione della natura, ossia l'idea per cui la natura ha valore economico, è essa stessa una merce di scambio. In quest'ottica, «il mercato dovrebbe internalizzare i costi derivanti dalla scarsità delle risorse e dalla perdita di biodiversità, in modo

²² M. CORTI, *Ambientalismo, neocolonialismo, capitalismo: violenza contro gli ultimi, diritti calpestati, ecoingiustizia*, in Ruralpini, <http://www.ruralpini.it/Ambientalismo-neocolonialismo-capitalismo.html>, 2019 (ultimo accesso luglio 2021).

²³ Per una ricostruzione critica del neoliberalismo cfr. in modo particolare D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2005.

²⁴ Nel prossimo paragrafo entreremo nel dettaglio di queste dinamiche.

²⁵ J.P. BESSET, *La scelta difficile. Come salvarsi dal progresso senza essere reazionari*, Dedalo, Bari, 2007, 195.

da rendere profittevole la sua tutela. Il neoliberalismo, lungi dal ridurre i profitti trae vantaggio dai danni inferti dal capitalismo industriale trasformando in nuove merci le risorse divenute scarse e proponendosi per la “riparazione” dei danni ecologici»²⁶.

Com'è evidente, ci troviamo dalla parte opposta della barricata rispetto alla concezione della natura olistica e all'ecologia che a partire da essa prende forma, quella che potremmo definire *ecologia profonda degli ecologisti*. Se nel paradigma culturale schiettamente anticapitalista dell'ecologia profonda, la tutela e il rispetto della dimensione naturale deriva direttamente dall'ontologia della natura, da ciò che la natura è e dai suoi meccanismi di funzionamento, diversamente nel caso dell'ontologia neoliberista e dell' “ecologia” che su di essa viene eretta, quella che potremmo simmetricamente definire *ecologia superficiale degli economisti*, il rispetto della natura dipende unicamente dal valore economico che il mercato attribuisce alle sue risorse, quindi un valore che è puramente strumentale al capitale, e quindi al benessere (sarebbe meglio dire benessere) di ristrette fette di umanità.

In alcuni casi, e sul piano più strettamente pratico, è possibile che le “due ecologie” possano pervenire a conclusioni in parte sovrapponibili, ma si tratterà comunque di soluzioni che, anche quando coincidono, possiedono, però, significati, innanzitutto simbolici, completamente differenti. L'ecologia tutela l'ambiente ed eventualmente gli interessi economici, quando compatibili. Le politiche ecologiche neoliberali tutelano il mercato ed eventualmente l'ambiente.

2. *Violenze ambientali e responsabilità giuridiche*

Con ogni evidenza il momento giuridico costituisce un passaggio chiave, l'ago della bilancia che può decretare la frustrazione o di converso la realizzazione di una rivoluzione culturale di stampo ambientalista. Perché se i cambiamenti di prospettiva ontologici e etici propedeutici ad una trasformazione in senso ecologista dei nostri modelli di pensiero non troveranno una incisiva e quanto più è possibile fedele traduzione in corrispondenti diritti, doveri e soprattutto divieti giuridici espressamente sanciti, essi saranno inevitabilmente destinati a fare bella mostra di sé sugli striscioni dei giovani ambientalisti seguaci di Greta Thunberg o sulle

²⁶ M. CORTI, *Ambientalismo, neocolonialismo, capitalismo: violenza contro gli ultimi, diritti calpestati, ecoingiustizia*, cit.

copertine dei libri dei pochi autori sensibili alla causa, nella pressoché totale non curanza di chi intanto disbosca, inquina e saccheggia il pianeta indisturbato. Beninteso, con questo non voglio dire che l'attivismo e la divulgazione culturale in ambito ambientalista non siano utili, voglio casomai dire che costituiscono una condizione che è necessaria, perché indispensabile ad avviare un processo che quantomeno in una prima fase è certamente culturale, ma non anche sufficiente, costituendo soltanto la premessa di ciò che poi la politica e soprattutto il diritto dovranno necessariamente tradurre in *azione* attraverso la *co-azione*.

Il problema che qui s'intende sottolineare è che il diritto che regola le nostre vite, che fa da sfondo al modo in cui, *in primis* in quanto consumatori, ci relazioniamo con gli altri esseri viventi e con l'ambiente circostante, il diritto che viene insegnato nelle nostre università, è inequivocabilmente espressione di un paradigma culturale che appare essere in gran parte incompatibile con le esigenze dell'ecologia. Il che sembra determinare una situazione paradossale, perché lo strumento che in ultima istanza avrebbe il compito di salvarci dal disastro ambientale è stato di fatto concepito e strutturato per un fine molto diverso, quello di preservare il benessere degli esseri umani, e non quello dell'ambiente in quanto tale. Benché la percezione dei fenomeni climatici, nonché l'influenza dei movimenti ambientalisti abbiano certamente creato le basi culturali per un reale cambiamento in campo ambientale, il diritto, dal canto suo, sembra essere rimasto ancorato a un modello culturale di matrice antropocentrica che, non solo non favorisce il cambiamento, ma addirittura lo ostacola, in alcuni casi veicolando il messaggio precisamente contrario a quello che la tutela della biosfera esigerebbe. Come ormai più di trent'anni fa notava giustamente Gambaro, «l'ordinamento giuridico si pone come disciplina della libertà umana e non come ordinamento degli esseri viventi in generale e meno che mai della materia inanimata»²⁷. E il fatto che il diritto, per come si è evoluto e stratificato in Occidente, sia pensato in funzione (soltanto) degli esseri umani (e come a breve vedremo neanche di tutti), comporta a cascata inevitabili conseguenze, soprattutto in termini di violenza e ingiustizia nei confronti di chi o di cosa intralci questo obiettivo fondamentale, ossia la tutela del benessere di una certa umanità. Una violenza "giuridica" capace di assumere forme più o meno esplicite.

In alcuni casi, come la storia più o meno recente ci ha mostrato, il diritto può essere esplicitamente utilizzato al fine di compiere violenza, divenendo un'arma, uno strumento esplicito di oppressione. Quando la

²⁷ A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano, 1990, 82.

realizzazione di determinati obiettivi politici ed economici ha richiesto l'utilizzo di violenza, il diritto si è prestato senza particolari riserve a tale "ingrato" ruolo²⁸. Violenze di questo tipo hanno trovato piena manifestazione nelle discipline giuridiche che, ad esempio, hanno consentito, e che consentono ancora oggi, l'allevamento intensivo di bestiame, l'uccisione e la macellazione degli animali, il disboscamento delle foreste o, con esclusivo riferimento ai rapporti interumani, nelle leggi che in passato, anche nel cuore dell'Occidente, hanno consentito la segregazione razziale, l'internamento o addirittura lo sterminio di determinate minoranze.

In altri casi, invece, la situazione è più sfumata, perché il diritto, pur non facendosi strumento esplicito di violenza, si limita a tollerarla o, comunque, a non impedirgliela, sulla carta restando tutto sommato fedele ai principi di giustizia retoricamente sanciti nelle Carte fondamentali. Il tipo di violenza che, ad esempio, viene esercitato un po' ovunque sui migranti nelle strutture di accoglienza e di espulsione. In casi come questo, il fine esplicito del diritto è la tutela dei diritti umani, non di certo la violenza, eppure questa accompagna immancabilmente l'attuazione di tali discipline.

Ebbene, le ingiustizie ambientali del nostro tempo derivano da entrambe queste forme di violenza giuridica. In alcuni casi esse sono espressamente previste e disciplinate da una qualche fonte giuridica ufficiale, come nel caso dell'allevamento intensivo o del disboscamento, altre volte rientrano in quella zona grigia in cui il diritto, benché non autorizzi esplicitamente una determinata pratica violenta, di fatto, non vietandola, la tollera, finendo col renderla possibile. Si consideri che spesso le norme in materia ambientale, anche di livello europeo, si limitano ad autorizzare determinate pratiche economiche, in quanto buone pratiche di salvaguardia ambientale, restando però silenti sulla circostanza che la loro concreta realizzazione potrà determinare un costo in termini di ingiustizia ambientale, un costo che l'ambiente, preservato da un lato, dovrà sopportare dall'altro; oppure un costo che, oltre che sull'ambiente, ricadrà anche su altri esseri umani, percepiti come veri e propri ostacoli alla realizzazione della pratica e al conseguimento del relativo guadagno. In questi casi, il ruolo del diritto diviene particolarmente ambiguo: è come se il diritto guardasse esclusivamente alle ragioni economiche e fosse del tutto incapace di vedere il danno che la realizzazione di quelle ragioni di fatto comporta. Le pratiche del *Land Grabbing* e le discipline del *Carbon Market* e

²⁸ Si veda il contributo di Lorenzo Milazzo in questo focus.

dei *Biodiversity Offsets*, solo per fare qualche esempio, credo esemplifichino in modo nitido il cuore del problema che qui s'intende esaminare.

3. Land Grabbing e nuovo colonialismo

L'espressione *Land Grabbing* viene ormai comunemente utilizzata per designare l'accaparramento delle terre *al di là della linea, in primis* in Africa, in America Latina e nell'Est europeo, realizzato dai Paesi ricchi e dalle loro multinazionali. Come ho già anticipato, non si tratta in verità di una idea nuova, quello che hanno subito i nativi americani, gli aborigeni australiani o le popolazioni africane nel periodo coloniale, adesso lo subiscono nuove fette di umanità, con una sola novità saliente: oggi si espropria, si espelle, si condanna alla miseria (precisamente come allora), ma in nome dello sviluppo sostenibile e dell'ecologia.

La locuzione *Land Grabbing* è stata proposta per la prima volta circa vent'anni fa dalla *International Land Coalition*, un'associazione nata a Bruxelles nel 1995 al fine di promuovere l'accesso equo e sicuro alla terra da parte delle persone più povere, nella convinzione che ciò potesse creare condizioni di vita eque e dignitose. Il problema è che il *Land Grabbing*, che nel giro di poco tempo è divenuta una delle pratiche economiche più utilizzate dai "più ricchi" nella parte "più povera" del pianeta, nel suo svolgimento pratico ha finito col negare in modo netto tali idee di inclusione e di partecipazione agricola producendo, anzi, effetti ad esse contrari.

Trattandosi essenzialmente di pratiche commerciali, il meccanismo si mette in moto grazie ad una consistente richiesta di mercato, e nello specifico grazie alla sempre crescente richiesta, soprattutto in Occidente, di prodotti *Green*, prodotti ecosostenibili come gli ecocarburanti e gli alimenti biologici, un *ecobusiness* da miliardi di dollari. L'entità della richiesta e le conseguenti possibilità di guadagni relativamente veloci sono tali e tante da indurre molti paesi ricchi e altrettante multinazionali a fare imponenti investimenti nell'acquisto di terre su cui poter coltivare il nuovo "oro", prodotti che ci sfamano in maniera sana, che riempiono di cereali i serbatoi delle nostre automobili (e non più di petrolio) e che soprattutto, almeno sulla carta, non inquinano, o comunque inquinano relativamente poco. La fetta più consistente di questo mercato miliardario è costituita dalla produzione di biocarburanti, principalmente ricavati dalla coltivazione di biomasse che, nel caso dei biocarburanti di prima generazione, sono commestibili per l'essere umano, come il mais, il grano, la colza e la canna

da zucchero. Rispetto ai carburanti tradizionali, che utilizzano combustibili fossili, questi offrono quantomeno due innegabili vantaggi dal punto di vista ambientale: sono risorse teoricamente inesauribili, in quanto frutto della coltivazione, e sono risorse che producono tipi di combustione in cui l'emissione di CO₂, di CO, di metalli pesanti, di polveri sottili e di tutti gli altri agenti inquinanti è ridotta in modo drastico.

Il perché di questo improvviso interesse del mercato internazionale per i biocarburanti non deriva, com'è facile intuire, da un reale risveglio della coscienza ecologista, ma principalmente dalla possibilità di nuovi ed un tempo insperati guadagni. Lo sfondo è costituito dalla crisi economica del 2008. Due anni prima, nel 2006, il Governo degli Stati Uniti, sotto l'amministrazione Bush, incrementò in modo esponenziale i finanziamenti in favore dell'industria degli ecocarburanti, con l'obiettivo strategico di aumentare la loro produzione di ben sette volte entro il 2022, ciò principalmente per sottrarsi alla dipendenza dai petrolieri del Medio Oriente, oltre che per finanziare le lobby degli agricoltori del Midwest. In attuazione di tale strategia, gran parte delle terre coltivabili statunitensi fu sottratta alla produzione alimentare e convertita in coltivazioni di cereali per ecocarburanti, il che ebbe quantomeno due importanti conseguenze: la prima è consistita nell'innalzamento dei prezzi del mais per fini alimentari, circostanza che a parere di molti ha contribuito in modo consistente alla crisi alimentare di quegli anni e la seconda, di cui ci occuperemo a breve, nella diffusione del fenomeno del *Land Grabbing*, determinato dal fatto che il fabbisogno di ecocarburanti determinato dalla politica statunitense richiedeva quantità di terre coltivabili che esuberavano di gran lunga la reale disponibilità fondiaria del Paese. E discorso simile può esser fatto anche per l'Unione europea. Per noi europei questa svolta *Green* è avvenuta poco più tardi, nel 2009, quando il governo dell'Unione ha iniziato a farsi promotore di una politica in materia energetica, in parte per far fronte in modo diretto ed efficace al fenomeno dei cambiamenti climatici, fenomeno almeno apparentemente più sentito che in America, e in parte per entrare nel mercato inaugurato dagli Stati Uniti solo tre anni prima.

Tra i vari provvedimenti emanati, in particolare la direttiva *Renewable Energy* richiedeva all'Unione europea «to fulfil at least 20% of its total energy needs with renewables by 2020 – to be achieved through the attainment of individual national targets. All EU countries must also ensure that at least 10% of their transport fuels come from renewable sources by 2020» (2009/28/EC). In sintesi, imponeva che il 20% dell'energia totale impiegata in Europa dovesse provenire da fonti rinnovabili e che almeno il

10% dei carburanti impiegati nei trasporti su gomma dovesse essere di origine biologica. E una successiva Direttiva (2018/2001/EU) ha alzato ulteriormente l'asticella, passando dal 20% al 32% entro il 2030: «A new binding renewable energy target for the EU for 2030 of at least 32%, with a clause for a possible upwards revision by 2023».

Nonostante gli innegabili aspetti positivi di questi recenti provvedimenti giuridici in materia ambientale è al contempo possibile intravedere, però, un primo importante problema di (in)giustizia, un primo effetto indiretto che il diritto si limita a tollerare. I prodotti impiegati per la produzione di biocarburanti, in quanto prodotti agricoli, sono almeno teoricamente inesauribili, lo stesso, però, non si può dire della terra su cui tali prodotti vengono coltivati. Se su un certo appezzamento di terreno si sceglie di coltivare X per produrre Y, tale scelta può essere compensata o attenuata soltanto in parte, banalmente perché la terra disponibile per la coltivazione è limitata. Scegliere d'impiegare milioni e milioni di ettari per una certa produzione significa sottrarre quegli spazi a produzioni alternative. Come giustamente è stato notato «le stime sul consumo di biocarburante per il 2040 attestano in 100 milioni (tre volte l'Italia) gli ettari di terra necessari per soddisfare le necessità di biocarburanti. Ciò si tradurrà in un incremento del 333% della terra oggi impiegato per questo specifico scopo. Detta in altro modo, senza l'utilizzo di biocarburanti, tra il 2000 ed il 2020 si avrebbe a disposizione per l'alimentazione umana 90 milioni di ettari»²⁹.

Teoricamente, i criteri adottati dagli agro-investitori nell'attuazione di tali scelte dovrebbero riguardare prima di ogni altra cosa i bisogni vitali che vengono soddisfatti attraverso i prodotti coltivati. Il che significa, e semplificando, che se sul pianeta non esistesse povertà, se non morissero di fame circa 24.000 persone al giorno, la scelta di acquistare e impiegare immensi appezzamenti di terreno per coltivare "carburanti" anziché cibo non porrebbe particolari problemi in termini di giustizia sociale. Purtroppo, come ben sappiamo, le cose non stanno così, perché quelle persone, ovviamente quasi sempre al di là della linea, muoiono *veramente* e il loro numero aumenta ogni giorno di più. In questo scenario la scelta operata dai paesi ricchi, tesa a incrementare il mercato dei biocarburanti a scapito della produzione alimentare, appare quantomeno discutibile.

È proprio su questo aspetto che si concentra parte della sfiducia di molti critici nei confronti del neoliberismo e del mito del libero mercato, che

²⁹ D. RATTI, *Land Grabbing e questione di genere*, in *Umanità Nova*, <https://umanitanova.org/?p=11038> (ultimo accesso luglio 2021).

costituiscono la base teorica di tali politiche e di tali impostazioni giuridiche che oggi, è bene ricordarlo, non sono solo occidentali: se il mercato anziché essere “libero” (dove “libero” significa, come ho già sottolineato precedentemente, dominato dagli investitori più ricchi e spregiudicati) fosse vincolato al soddisfacimento prioritario di alcuni bisogni fondamentali, come l’accesso al cibo, l’inclusione sociale, la tutela delle minoranze, la vita dignitosa per tutti etc., ciò darebbe voce e spazio anche a investitori, certamente più piccoli, ma realmente attenti alle questioni umanitarie e soprattutto capaci di sviluppare strategie funzionali al soddisfacimento di quei bisogni. In quest’ottica, sarebbe forse ipotizzabile uno scenario, oggi ovviamente utopico, in cui gli investimenti venissero pensati e attuati in maniera realmente equa e solidale, secondo gerarchie di valori non contrattabili e soprattutto per soddisfare le reali esigenze delle persone in carne ed ossa. Come Noam Chomsky ha in più occasioni notato, il più grande problema del libero mercato è proprio questo, quello di restringere le opzioni di scelta dei cittadini, di creare bisogni, e quindi richieste ed offerte di mercato, che sono solo apparenti³⁰. Ma nella realtà economica a vincere è sempre l’investitore più forte, quello che punta i suoi soldi dove il “premio” è più alto e che nella maggior parte dei casi è del tutto disinteressato all’impatto che le sue pratiche avranno sulla qualità della vita e sul benessere collettivo. Come pocanzi ho detto, il neoliberismo è fondamentalmente un *business* e quando il fine dell’agire consiste unicamente nel guadagno appare del tutto normale che i bisogni fondamentali dell’ipotetico mercato equo solidale prima vagheggiato si trasformino immediatamente in ostacoli da dover rimuovere o, cosa più frequente, da dover nascondere. Il che palesa una chiara realtà: l’interesse del neoliberismo per la questione ambientale è del tutto contingente, il “verde” rappresenta solo il prodotto del momento, il cavallo su cui oggi dover puntare.

Tornando al *Land Grabbing* e una volta indicati sia pur sommariamente i suoi presupposti, analizziamo adesso il suo lato realmente oscuro, che fondamentalmente attiene alle modalità attraverso cui gli investitori del *verde* attuano le loro strategie di guadagno, modalità che rinsaldano ancor di più quel legame sinistro con i grandi investitori del periodo coloniale. Nello scenario finora disegnato, dominato com’è da ragioni economico-speculative, è del tutto normale che la *sempre verde* idea dei grandi colonialisti del passato (idea che oggi si tinge doppiamente di *verde*) torni oggi prepotentemente in auge. Si tratta dell’idea di appropriarsi delle terre

³⁰ Cfr. N. CHOMSKY, *Profit over People*, Seven Stories Press, New York, 1998.

necessarie *altrove*, dove ce ne sono in abbondanza, dove i costi di produzione sono più bassi, dov'è facile trattare con i Governi viste le condizioni di povertà e dove il diritto locale non oppone alcuna resistenza.

Il libero mercato, ma soprattutto il diritto su cui esso poggia, consente anche questo, consente, come già detto, al peso massimo di incrociare i guantoni col peso piuma e ovviamente di farlo a pezzi. E se i criteri che sovrintendono alla scelta sono questi, la caccia alle terre non può che svolgersi in un solo luogo, nel Sud Globale del Pianeta, un paradiso per i naturalisti, ma anche per gli speculatori. E l'Africa, quando c'è da prendere, è sempre la prima della lista. Non è affatto un caso che si trovi lì il 47% delle terre oggetto di *Grabbing* e, in base a quanto riferito dal *Centre for International Research*, che siano sempre lì ben 109 progetti di *biofuel* americani ed europei, su una superficie pari a circa 20 milioni di ettari, due terzi della superficie italiana.

A partire da questi presupposti, nei primi anni del 2000 è iniziata una nuova *corsa all'oro*, quella che José Graziano da Silva, direttore della Fao, ha recentemente definito come *una nuova conquista del selvaggio West*. «Al colonialismo è subentrato il *green grabbing* (l'accaparramento espropriativo in nome dell'ambientalismo) ovvero un mascheramento sofisticato che con il presupposto di ridurre le emissioni di carbonio e tutelare la biodiversità si traduce in esproprio di beni comuni, privatizzazioni, nuove disuguaglianze sociali, marginalizzazione, sradicamento di comunità e spinta all'emigrazione interna e intercontinentale»³¹. Gli acquirenti, siano essi direttamente gli Stati o, cosa molto più frequente, le multinazionali, ottengono le terre dai governi locali, nella maggior parte dei casi attraverso contratti di *leasing* che garantiscono il loro utilizzo per un periodo di tempo che mediamente è di quaranta o cinquant'anni, ma che può lambire anche il secolo. Alle trattative, salvo eccezioni, non hanno accesso le parti che più di qualunque altro avrebbero interesse e diritto a contrattare, ossia le comunità di contadini che da generazioni abitano, curano e coltivano quelle terre e che, soprattutto, vivono dei suoi frutti, nel totale rispetto della biodiversità. Com'è avvenuto per tutti i "selvaggi" che l'uomo bianco ha depredato nel periodo dell'espansionismo coloniale, anche questi contadini vengono oggi estromessi dalle trattative fondamentalmente perché non hanno giusto titolo valido a partecipare, ancora una volta perché *anima nullius*.

³¹ M. CORTI, *Ambientalismo, neocolonialismo, capitalismo: violenza contro gli ultimi, diritti calpestati, ecoingiustizia*, cit.

Il diritto occidentale non ha mai visto nei popoli nativi dei veri interlocutori perché, come già si è detto, non ha mai riconosciuto loro alcuna soggettività, tantomeno quella giuridica. Il che ai tempi del vecchio colonialismo esonerava dal dover contrattare con qualcuno, semplicemente perché, non esisteva alcun “soggetto” con cui dover realmente contrattare. Le terre dei colonizzati erano *res nullius*, andavano solo conquistate e restituite all’*umanità*. Ora, invece, nel nuovo colonialismo un interlocutore esiste, perché una volta bypassate le *sub-umanità* che compongono le comunità di contadini che vivono su quelle terre, è il Governo locale ad avere titolo sui fondi, è il soggetto pubblico che “deciderà” il prezzo e che riscuoterà il canone e gli indennizzi e non i privati che su quei fondi vivono da sempre. Il che aggrava ulteriormente la situazione, perché i Governi locali nella maggior parte dei casi non hanno interesse alcuno ad attuare vere trattative, preferiscono giocare al ribasso cedendo vastissime aree a prezzi irrisori, a volte a uno o due dollari ad ettaro, così da attrarre gli investitori stranieri anche in zone particolarmente disagiate e totalmente prive di Infrastrutture. Una volta che le terre sono state cedute, a meno che le comunità locali non le abbandonino spontaneamente, il nuovo titolare, spesso con l’aiuto dell’esercito locale, procede all’esproprio coatto delle zone interessate, procedura, questa, che non di rado richiede buone dosi di violenza istituzionale. Le testimonianze delle famiglie che dall’oggi al domani sono state buttate fuori dalla loro stessa casa sono ormai tantissime e difficilmente contestabili. Ai più “fortunati” viene a volte concesso di lavorare per qualche spicciolo come braccianti nella terra che fino a poco prima credevano ingenuamente di possedere. Ma si tratta di un’evenienza assai rara perché molti investitori, come la Cina ad esempio, preferiscono impiegare direttamente la propria manodopera, negando anche quest’ultima fonte di sostentamento ai contadini locali. È per queste ragioni che, in molti casi, il *Land Grabbing* comporta la morte civile, se non anche quella biologica, delle persone che lo subiscono.

Ai danni in termini di giustizia sociale si aggiungono anche quelli ambientali, posto che tra le due dimensioni non esiste in verità una vera e propria linea di demarcazione. Nelle aree espropriate, molto spesso anche su ricche e rigogliose foreste destinate ad essere abbattute, i conduttori stranieri realizzano gigantesche e intensive monoculture su fondi che, fino a quel momento, o non conoscevano coltivazione alcuna (pensiamo agli immensi appezzamenti di terreno sottratti alla foresta amazzonica) oppure venivano impiegati per tante diverse coltivazioni nel rispetto della biodiversità. E la monocultura, sebbene se ne parli molto poco, rappresenta

il problema nel problema, perché sacrificare vaste zone di territorio per la coltivazione intensiva di un'unica specie vegetale significa nella maggior parte dei casi condannare a morte milioni di creature vegetali e animali e nel lungo periodo, distruggere in modo irreversibile gli ecosistemi.

Come l'ecologia, quella vera, ci insegna, la biodiversità non è semplicemente un modo di essere della natura, rappresenta la sua essenza, il suo significato più profondo. Distruggere la biodiversità significa compromettere la possibilità stessa della vita sul pianeta. Peraltro, tali metodi di coltivazione hanno chiari riflessi anche sulla qualità dei prodotti finali e sulla sicurezza alimentare in generale. La distruzione della biodiversità, infatti, indebolisce il territorio e anche le sue piante, adesso più facilmente attaccabili dagli insetti che, nonostante l'uso intensivo di pesticidi, hanno raddoppiato i danni alle colture. E i pesticidi, a loro volta, oltre ad uccidere milioni di esseri viventi, compresi gli esseri umani coinvolti nel loro spargimento (si stima che ogni anno muoiano a causa dei pesticidi circa 220.000 persone nel mondo), lasciano pesanti tracce di sé sui prodotti coltivati, in special modo quelli ogm. Gli esempi di monoculture imposte dalle multinazionali in aree povere del pianeta sono ormai infiniti, mi limito a ricordare il più noto, la monocultura della soia transgenica in Argentina ad opera della multinazionale Monsanto che ad oggi occupa circa 17 milioni di ettari e produce immensi danni ambientali e sociali: «come la riduzione nella produzione di alimenti per il mercato interno, l'espulsione dei contadini dalle campagne, l'uso massiccio di agrotossici altamente velenosi e la distruzione delle foreste. L'agricoltura argentina è stata completamente sconvolta dalla crescita indiscriminata delle coltivazioni di soia ogm»³². A ciò si aggiunga che tutti i frutti di quelle terre sono sempre destinati al mercato internazionale o a quello domestico dell'investitore, *in loco* non restano neanche le briciole. All'impoverimento delle terre, dei loro frutti e delle comunità locali si aggiunge l'impoverimento dei continenti in cui queste pratiche vengono attuate.

Quello che ai nostri fini è interessante notare è che tale *escalation* di violenza verso l'ambiente e verso le persone, questo modo brutale di gestire i rapporti con l'altro in termini di dominazione e soggezione, trova nell'economia la propria giustificazione e nel diritto il proprio braccio armato. Ovviamente il diritto non autorizza in modo esplicito molte delle pratiche a cui ho fatto riferimento, e né potrebbe farlo, visti i vincoli cui le

³² B. BATTISTI, *La logica perversa delle monoculture*, in *DinamoPress*, <https://www.dinamopress.it/news/la-logica-perversa-delle-monoculture/> (ultimo accesso luglio 2021) 2018.

democrazie occidentali hanno scelto di sottoporsi. Semplicemente tollera che tutto ciò avvenga quotidianamente in nome della tutela ambientale ridotta a mercato, perché i suoi fini dichiarati, come la riduzione delle emissioni o la crescita dei biocarburanti, fanno parte a pieno titolo della rassicurante retorica dell'ecologia degli economisti.

4. Carbon Market e Biodiversity Offsets

Il fenomeno del *Land Grabbing*, diretta conseguenza di discipline giuridiche ossequiose delle logiche economiche del mercato, non costituisce un caso isolato, perché dinamiche simili sono reperibili anche in altre normative di ambito ambientale, a cominciare dai recenti strumenti di eco-incentivazione adottati massicciamente anche dalle istituzioni europee, mi riferisco innanzitutto al *Carbon Market (REDD)* e ai più recenti *Biodiversity Offsets (BO)*.

Il primo strumento si comporta essenzialmente come una borsa finanziaria: detto molto semplicemente, una volta quantificato il limite massimo di emissioni globali e una volta diviso il dato tra tutti i Paesi e tra le varie aziende "inquinanti", ad ognuna di esse viene assegnato un tetto massimo di emissioni. Il sistema è semplice, il Paese o il singolo produttore che sfora la quantità assegnatagli è tenuto ad acquistare il diritto a emettere quell'eccedenza di agenti inquinanti, laddove il Paese o il singolo produttore che hanno emesso meno del previsto, possono vendere il quantum di agenti inquinanti non emessi. Tali mercati delle emissioni si sono espansi del 90% negli ultimi anni per un totale di 38 mercati già implementati o pianificati che scambiano complessivamente 7 GtCO₂, per un giro d'affari di circa 50 miliardi di dollari. Il più importante Carbon Market al mondo è l'*Emission Trading Europeo (EU ETS)*, che oggi comprende 28 Stati Membri, 11.570 mila impianti e circa 1.800 di MtCO₂ emessa ogni anno.

Analogamente, la *Biodiversity Offset* o compensazione della biodiversità consiste in un meccanismo attraverso il quale la distruzione della biodiversità di una determinata area viene considerata "tollerabile", e quindi praticabile, se il Paese o la multinazionale che ha prodotto il danno dimostra di poter ricreare un ecosistema con analoghe caratteristiche nello stesso Paese destinatario dell'intervento o in un'altra parte del pianeta.

La logica di tali *policies* previste dal diritto ambientale europeo, benché qui solo tratteggiata, appare chiara: attraverso tali strumenti si cerca di

scoraggiare gli investitori dal realizzare azioni inquinanti o distruttive dell'ambiente e della sua biodiversità rendendo tali azioni particolarmente gravose dal punto di vista economico. Detto altrimenti, siccome la molla che spinge ad atteggiamenti anti-ecologici è essenzialmente economico-speculativa, tali strategie tendono a colpire i *polluters* in ciò a cui più tengono, il denaro. Il messaggio, in entrambi i casi è, dunque, il medesimo, "se vuoi inquinare, depredare, deforestare, lo puoi fare, ma devi comprare il tuo diritto a fare tutto ciò".

I problemi e i pericoli che questi meccanismi pongono sono tanti, e molto gravi. Innanzitutto, appare criticabile il fondamento culturale che sta alla base di queste nuove tendenze giuridico-economiche votate alla tutela ambientale, ossia l'immagine e il concetto di natura che esse presuppongono e veicolano. Se un atteggiamento schiettamente ecologista, e quindi un atteggiamento che antepone le logiche della giustizia e dell'etica ambientale a quelle economiche, vede nella natura un bene in sé, un valore che va tutelato in quanto tale, a prescindere dai costi e i guadagni che tale tutela possa comportare, al contrario la *Green Economy* e i meccanismi giuridici che la rendono possibile vedono nella natura un ammasso indistinto di entità interscambiabili strumentali al guadagno economico. È fin troppo facile notare che un ecosistema è il frutto di un incessante lavoro della natura che può durare anche milioni di anni, un lavoro che ha richiesto la perfetta interazione tra il clima, il territorio, la flora, la fauna e tutta la biodiversità che quell'area è stata capace di esprimere. Il valore economico di siffatta entità naturale, se proprio dobbiamo attribuirne uno, non può essere quantificato, e altrettanto impraticabile è la quantificazione in denaro del danno derivante dalla sua distruzione. Il valore economicamente non quantificabile che spesso gli umani attribuiscono alle opere frutto del proprio ingegno, soprattutto alle opere intrise di storia e di spiritualità, nel caso delle "opere" prodotte dalla natura dovrebbe valere a maggior ragione. Se una razza aliena distruggesse per ragioni di mero guadagno economico la Cappella Sistina, il Taj Mahal o la Moschea Blu, del tutto comprensibilmente la razza umana vivrebbe un tale affronto nei termini di un'ingiustizia profonda, immotivata, irragionevole e soprattutto non economicamente quantificabile. Quale somma di denaro potrebbe compensare la distruzione di una di quelle formidabili opere? Saremmo soddisfatti di una somma di denaro forfettaria o della promessa di una copia costruita altrove? Direi che tutto ciò, a maggior ragione può esser detto della natura e degli ecosistemi di cui essa si compone e soprattutto del modo in cui gli esseri umani intendono risarcire la natura dei danni

prodotti. Come si può quantificare il danno derivante dalla distruzione di una foresta visto che essa non consiste semplicemente nella somma dei suoi alberi? Che prezzo ha la distruzione di una comunità contadina, improvvisamente condannata a vagare senza meta in cerca di un nuovo posto dove poter ricominciare a vivere? Come poter compensare economicamente la riduzione della biodiversità e l'estinzione di intere specie animali, soprattutto di quelle che contribuiscono in modo diretto alla sopravvivenza dell'ecosistema globale?

Il diritto che sta alla base della *Green Economy*, lo strumento principe dell'ecoliberalismo attuale, riesce a fornire una risposta a queste domande, riesce a giustificare tali pratiche, semplicemente perché parte da un'idea di natura completamente distorta dalla lente antropocentrica e dalle logiche del guadagno, tipiche del più becero capitalismo. Ma se guardiamo al problema al di fuori di quelle logiche, ci si rende agevolmente conto che non esiste somma di denaro che possa compensare l'emissione irragionevole di CO₂ di un determinato Paese o di una determinata multinazionale, non esiste compensazione alla distruzione dell'ecosistema di una determinata area, banalmente perché come e più della Cappella Sistina, del Taj Mahal o della Moschea Blu, si tratta di strutture perfette ed irripetibili e di certo non interscambiabili, biostrutture che hanno valore perché permettono relazioni ricche di vita.

In sintesi, non è questa la direzione, innanzitutto giuridica, che ci salverà dal disastro ambientale. Non è sufficiente deviare leggermente la nostra traiettoria, abbiamo bisogno di un nuovo punto di partenza e di un nuovo traguardo. E in questo nuovo percorso non ci può essere più posto per le idee di crescita o di sviluppo sostenibile che, ad oggi, non hanno risolto nessuno dei problemi ambientali, divenendo essi stessi causa d'ingiustizia sociale e di distruzione. «Nella pratica, il *sustainable development* si dimostra un bluff, che ha la funzione di riaffermare il trionfale primato della crescita. Un abile raggirio destinato a far sopravvivere un concetto di sviluppo ormai obsoleto. (...). Effettivamente, da quando questo nuovo paradigma viene celebrato, non si rileva alcuna significativa inflessione in direzione della sostenibilità. Il "compromesso" è unilaterale»³³.

Spero che i pochi esempi riportati e le relative considerazioni effettuate a margine abbiano fatto comprendere quantomeno una cosa: il diritto contemporaneo, nonostante i vari aggiustamenti "verdi" degli ultimi anni, non può in alcun modo rappresentare lo strumento adatto a tradurre

³³ J.P. BESSET, *La scelta difficile. Come salvarsi dal progresso senza essere reazionari*, cit., 194-195.

le aspirazioni di cambiamento ontologico ed etico in corrispondenti realtà normative che siano in grado di conciliare le pratiche economiche con le esigenze imposte dalla crisi ambientale. Occorre una nuova teoria giuridica, un modo nuovo di concepire il ruolo del diritto che siano funzionali *direttamente* alla tutela della biodiversità e *indirettamente* a quella dell'essere umano, e non viceversa. Occorre un nuovo paradigma giuridico che rinunci in modo radicale all'antropocentrismo: «il paradigma amministrativo dominante è ancora la visione del mondo largamente meccanicista, cartesiana e antropocentrica. In breve, la filosofia dell'ommosfera»³⁴.

5. Conclusioni

Le varie scienze che direttamente o indirettamente si occupano di ambiente (e di crisi ambientale) appaiono concordi nel ritenere che qualunque ecosistema, compreso il sistema terra nel suo complesso, contenga limiti intrinseci e oggettivi, dei *Tipping Points*, punti di non ritorno. Superare questi limiti significa corrompere le strutture fondamentali della natura fino al punto da annientare le relazioni che si svolgono al suo interno, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di giustizia sociale e ambientale. Per cui, fino a quando il diritto non renderà invalicabili tali limiti, ad oggi di fatto estranei ai modelli giuridici e alle loro discipline in materia ambientale, nessun reale progresso potrà essere conseguito in materia ecologica. In effetti, il diritto ambientale odierno, anche quando apparentemente mosso dalle migliori intenzioni, tende ad affrontare la questione ambientale attraverso logiche di mercato, preferisce incentivare anziché obbligare, in una parola preferisce l'economia all'ecologia. La tutela dell'ambiente è, insomma, residuale rispetto alla tutela dei mercati e, quel che è peggio, ad essa funzionale. Ciò risulta evidente nel caso dello strumento ecoliberista del *Carbon Trading*. E benché tutti i dati disponibili dimostrino in modo inequivocabile che tale approccio al problema ambientale non stia migliorando in alcun modo la situazione e che anzi in molti casi tenda a peggiorarla, il modello giuridico su cui quell'approccio si fonda appare come paralizzato, immobile, incapace di cambiare direzione. Non a caso c'è chi opportunamente, proprio a proposito del *Carbon Trading*,

³⁴ C. CULLINAN, *I diritti della natura. Wild Law*, Piano B Edizioni, Prato, 2012, 80-81.

ha descritto tale strumento nei termini di un vero e proprio “dogma”³⁵, nel tentativo di enfatizzare l’attuale tendenza a cristallizzare, a ritenere intoccabili gli strumenti giuridici ed economici ambientali nonostante la loro palese inefficacia o addirittura nonostante la loro dannosità rispetto al loro fine dichiarato. Larry Lohmann³⁶ ha sostenuto che a tali strumenti, e in particolare ai mercati del carbonio, sia applicabile ciò che Michel Foucault attribuiva al sistema penitenziario francese dell’età classica, ossia l’idea che «la prigione è sempre stata considerata come il rimedio di sé stessa; la riattivazione delle tecniche penitenziarie come il solo mezzo per riparare il loro perenne scacco; la realizzazione del progetto correttivo come il solo metodo per sormontare l’impossibilità di realizzarlo nei fatti»³⁷.

Credo che Lohmann abbia perfettamente ragione, si tratta di strumenti del tutto autoreferenziali, scollati rispetto alla dimensione ecologia e alle sue esigenze e non è un caso che i parametri attraverso i quali si giudica la loro efficacia siano di natura economica e non certamente di derivazione ecologica. Il ché determina un vizio logico così schematizzabile: X viene pensato per tutelare Y, ma la sua efficacia viene testata in base all’impatto che esercita su Z. Ciò significa che se un dato strumento non riesce a realizzare determinati obiettivi economici, benché sia del tutto adeguato sul piano della tutela ambientale, verrà messo da parte in quanto (economicamente) inefficace.

Da ciò deriva la convinzione per cui se realmente si vuole avviare e realizzare una transizione ecologica e se realmente il diritto vuole costituire il motore di questa trasformazione è indispensabile invertire l’ordine delle priorità all’interno del triangolo “diritto, economia e ambiente”, facendo dell’ambiente il reale oggetto di tutela (giuridica) e dell’economia un mero strumento di attuazione delle politiche ambientali. Oggi il rapporto è invertito, l’economia oltre ad essere il mezzo, è anche il fine dell’azione politico-giuridica e l’ambiente un mero pretesto per poterlo realizzare. Diversamente, nello scenario ipotetico che stiamo tratteggiando, gli strumenti di tutela ecologica predisposti dal diritto andrebbero valutati innanzitutto per la loro capacità di preservare l’ambiente e di migliorare le sue condizioni e secondariamente (ed eventualmente) anche in termini di

³⁵ E. LEONARDI, *Carbon Trading Dogma. Presupposti teorici e implicazioni pratiche dei mercati globali di emissioni di gas climalteranti*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, xvi, 1/2019, 54-73.

³⁶ Cfr. LOHMANN, *Financialization, Commodification and Carbon: The Contradictions of Neoliberal Climate Policy*, in *Socialist Register: The Crisis and The Left*, 48/2012, 85-107.

³⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), a cura di A. TARCHETTI, Einaudi, Torino, 1976, 75.

sostenibilità economica. Anzi, se di sostenibilità si deve necessariamente parlare, e posto che si tratta di un termine assai ambiguo ed abusato, credo che lo si dovrebbe fare unicamente per ciò che attiene all'economia, in materia ambientale è assai più pertinente parlare semplicemente di "limiti" e di corrispondenti doveri e divieti giuridici.

Ripensare alla materia ambientale in termini di "limiti" significa, innanzitutto, prendere atto che l'azione umana, a prescindere dai benefici economici che è capace di produrre, non dovrebbe mai oltrepassare una determinata soglia. Se oggi il superamento dei limiti di sostenibilità ambientale viene concepito come un'occasione per poter accrescere il capitale e per favorire l'espansione ed il benessere del mercato (e non dell'ambiente) secondo le logiche tipiche del neoliberismo, nell'idea che qui stiamo sostenendo, invece, dal punto di vista giuridico tale sconfinamento dovrebbe essere considerato sempre alla stregua di un vero e proprio crimine e, dunque, disciplinato di conseguenza. Detto altrimenti, se al di sotto della soglia di sostenibilità ambientale le ragioni ecologiche possono ancora essere bilanciate con quelle economiche, al di sopra della stessa nessun bilanciamento appare possibile.

NICOLA RIVA*

Una filosofia della giustizia per il diritto costituzionale: i principi fondamentali del liberalismo**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Primo principio: pluralismo assiologico - 3. Secondo principio: il valore delle persone - 4. Terzo principio: l'eguale valore delle persone - 5. Quarto principio: il diritto fondamentale all'eguale considerazione - 6. Quinto principio: il valore della libertà individuale - 7. Sesto principio: sovranità personale - 8. Settimo principio: tolleranza - 9. Ottavo principio: competizione aperta e meritocratica - 10. Conclusione.

1. Introduzione

In questo saggio cerco di rispondere alla domanda “Che cosa è il liberalismo?”, descrivendo alcuni dei caratteri distintivi del liberalismo contemporaneo: quei caratteri che accomunano tutte le posizioni che nel dibattito filosofico contemporaneo sulla giustizia delle istituzioni pubbliche possono essere definite liberali¹. All’interno di quel dibattito il liberalismo è la posizione dominante, quasi paradigmatica, anche se non incontestata². Eppure basta una conoscenza anche superficiale del dibattito per rendersi conto di come la qualifica di liberale sia una qualifica contesa: autori e autrici con idee anche molto diverse su quali siano i principi che dovrebbero modellare le istituzioni pubbliche e orientare la loro condotta presentano le rispettive posizioni come liberali e accusano le posizioni diverse dalle proprie di non esserlo o di non esserlo coerentemente. La cosa non cambia, si complica anzi ulteriormente, se si cerca di ricostruire la storia delle idee

* Università di Milano.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Assumo che possano essere definite liberali posizioni tanto diverse quanto quelle difese nelle seguenti opere che sono rispettivamente rappresentative del liberalismo-libertario, del “neoliberalismo” e del liberalismo-egalitario: R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974; F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1971 (ed. riveduta 1999).

² Ciò almeno dalla pubblicazione nel 1971 di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., che ha riportato la questione della giustizia delle istituzioni pubbliche al centro del dibattito filosofico, definendo i termini di quel dibattito. Per una ricostruzione parzialmente critica dell'emersione del paradigma della filosofia della giustizia liberale si veda K. FORRESTER, *In the Shadow of Justice: Postwar Liberalism and the Remaking of Political Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 2019.

liberali³. I sostenitori e le sostenitrici di diverse posizioni all'interno del dibattito filosofico contemporaneo sul liberalismo offrono spesso diverse ricostruzioni di quella storia, valorizzando l'una o l'altra tradizione a seconda di ciò che conviene loro al fine di presentare la propria posizione come la più fedele alla tradizione liberale. La verità è che non è facile ricostruire la storia del liberalismo, perché non esiste un'unica tradizione liberale: il liberalismo contemporaneo si alimenta di diverse tradizioni.

Considero il liberalismo una filosofia della giustizia per il diritto costituzionale che si compone di due parti. In primo luogo, un insieme di principi, che include principi per valutare la giustizia delle istituzioni pubbliche. Uso il termine 'principio' per indicare proposizioni generali dalle quali si può partire per arrivare, mediante ragionamenti, a particolari conclusioni. Secondo l'idea del liberalismo come filosofia della giustizia per il diritto costituzionale, i principi liberali, in particolare i principi di giustizia, dovrebbero essere inclusi tra i principi costituzionali⁴. In secondo luogo, un insieme di idee circa le istituzioni più conformi a quei principi. Tra i principi liberali di giustizia e le istituzioni conformi a quei principi esiste un legame: i primi giustificano le seconde. Non si tratta, tuttavia, di un legame inscindibile: alcune istituzioni conformi ai principi liberali

³ Per un'agile introduzione si veda M. FREEDEN, *Liberalism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Per ricostruzioni più ampie si vedano: G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Roma-Bari, 1925; P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme: Dix Leçons*, Calmann-Lévy, Paris, 1987; G.H. SMITH, *The System of Liberty: Themes in the History of Classical Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; H. ROSENBLATT, *The Lost History of Liberalism: From Ancient Rome to the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton, 2018. Tutte le opere generali dedicate alla storia delle dottrine politiche dedicano ampio spazio al liberalismo.

⁴ Questa una prima ragione per cui ritengo si possa correttamente descrivere il liberalismo come una filosofia della giustizia per il diritto costituzionale. Una seconda ragione è che il liberalismo è una filosofia della giustizia parziale, che non pretende di offrire indicazioni per la risoluzione di qualsiasi problema che il legislatore si trovi a dover affrontare, ma lascia ampio spazio alla discrezionalità del legislatore e risulta compatibile con una pluralità di posizioni politiche (questo punto è sviluppato nel capoverso successivo). Descrivendo il liberalismo come una filosofia per il diritto costituzionale non intendo, invece, suggerire l'idea che una costituzione ideale dovrebbe includere solamente norme ispirate ai principi liberali e alle idee liberali circa le istituzioni più conformi a quei principi. Ritengo che il liberalismo rappresenti il "cuore" del costituzionalismo, al punto che si potrebbe dire che una costituzione illiberale sarebbe una costituzione solamente sotto l'aspetto formale. Tuttavia, le costituzioni storiche sono il precipitato di tradizioni politiche differenti. Talvolta esse sono l'esito di un compromesso tra tradizioni differenti, più spesso esse sono l'esito dell'"innesto" su un "tronco" liberale di elementi riconducibili ad altre tradizioni.

possono essere giustificate anche sulla base di principi non liberali. In questo saggio mi soffermo sui principi liberali e, in particolare, solo su quei principi che godono di generale consenso all'interno del liberalismo contemporaneo e che ritengo, dunque, fondamentali per la definizione del liberalismo. Presi singolarmente quei principi possono non essere esclusivi né, dunque, distintivi del liberalismo. È solo nel loro insieme che essi qualificano una posizione come liberale. Rimando a future occasioni la trattazione di principi più divisivi all'interno dello stesso campo liberale e delle idee liberali circa le istituzioni più conformi a principi liberali⁵.

In quanto filosofia della giustizia per il diritto costituzionale, il liberalismo è una filosofia della giustizia parziale. I principi liberali di giustizia non sono necessariamente i soli principi di giustizia. Essi, inoltre, sono compatibili con altri principi, non liberali, purché non illiberali. Né partendo dai principi liberali è sempre possibile giungere a una e una sola soluzione per ogni problema che richieda una soluzione. I principi liberali sono incompatibili con alcune istituzioni e con alcune condotte da parte delle istituzioni; essi, inoltre, impongono degli obiettivi alle istituzioni pubbliche. In genere, tuttavia, diverse soluzioni a quei problemi sono compatibili con i principi liberali e la scelta tra quelle soluzioni dovrà essere presa sulla base di altri principi o di considerazioni non di principio.

Proponendo una descrizione dei caratteri distintivi del liberalismo contemporaneo come filosofia della giustizia per il diritto costituzionale non intendo risolvere le controversie interne al campo liberale, stabilendo quale tra le diverse posizioni liberali sia la più liberale o quale tra le diverse tradizioni liberali abbia fornito il contributo più importante alla storia del liberalismo. Non intendo farlo per due ragioni.

La prima ragione è che ritengo scorretto cercare di risolvere controversie di quel tipo per via definitoria. La posta in gioco in quel tipo di controversie non riguarda solamente la possibilità di usare un aggettivo ('liberale') per qualificare la propria posizione o la tradizione alla quale ci si ricollega. Essa riguarda anche la possibilità di beneficiare della capacità che quell'aggettivo ha, all'interno di particolari contesti culturali, di bendisporre nei confronti di ciò di cui è predicato. L'aggettivo 'liberale' e il sostantivo corrispondente non sono assiologicamente neutri. Per alcune persone essi hanno un valore negativo: in alcuni contesti culturali l'aggettivo 'liberale' equivale a un insulto. Per altre persone, incluse tutte

⁵ Tali istituzioni includono certamente le seguenti: i diritti fondamentali, la separazione e il bilanciamento dei poteri, il governo della legge, la democrazia (limitata), la separazione tra pubblico e privato, la proprietà, il contratto, e il mercato.

quelle che pretendono di potere applicare quell'aggettivo alle rispettive posizioni, esso ha un valore positivo: nessuna di quelle persone potrebbe accettare una definizione del liberalismo che non consenta di qualificare come liberale la propria posizione. La controversia sulla definizione del liberalismo è raramente solo descrittiva, è spesso anche valutativa.

La seconda e più importante ragione per cui, proponendo una descrizione dei caratteri distintivi del liberalismo contemporaneo, non intendo risolvere le controversie interne al campo liberale è che ritengo che non sempre abbia senso chiedersi quale tra due posizioni politiche che pretendono d'essere liberali sia quella liberale o la più liberale o, con lo sguardo rivolto alla storia delle idee, quale tra le diverse tradizioni liberali sia la più liberale. Posizioni politiche anche molto diverse tra di loro possono essere egualmente liberali, nella misura in cui condividono i caratteri distintivi del liberalismo. In quel caso, le differenze tra di loro potranno dipendere o dalla parziale indeterminazione dei principi liberali fondamentali, che permette diverse interpretazioni di quei principi, o dal fatto che, essendo il liberalismo una teoria parziale della giustizia, diverse posizioni possono combinare i principi liberali fondamentali con altri principi, liberali e non liberali, traendo diverse conclusioni da diverse combinazioni di principi.

Considero, dunque, un pregio della descrizione del liberalismo che propongo in questo saggio il fatto che essa sia neutrale rispetto alle controversie interne al campo liberale e compatibile con tutte le posizioni contemporanee che possono essere ritenute liberali, e che lo sia senza rinunciare ad attribuire al liberalismo un contenuto valutativo che consenta di qualificare alcune posizioni politiche come indubbiamente illiberali.

2. Primo principio: pluralismo assiologico

Tra i principi liberali fondamentali vi è, innanzitutto, il principio che stabilisce una forma di pluralismo assiologico, secondo cui: (a) le cose⁶ dotate di valore sono tante e diverse; (b) le cose dotate di valore non sono sempre compatibili; (c) non è sempre possibile stabilire una gerarchia tra le cose dotate di valore. Da (b) deriva che talvolta il perseguimento di alcuni valori comporta il sacrificio di altri, mentre da (c) deriva che non esiste alcun criterio obiettivo che consenta di decidere per ogni caso di incompatibilità

⁶ Il termine 'cosa' è in questo paragrafo usato in un'accezione molto ampia, che include le persone e gli eventi.

tra più valori quali perseguire e quali sacrificare. Il principio del pluralismo assiologico non ci dice cosa abbia valore e quale valore abbia⁷.

Non vi è accordo tra i/le liberali su quale sia la fonte, o quali siano le fonti, del valore. Il pluralismo assiologico è compatibile sia con posizioni internaliste rispetto al valore, secondo cui sono le persone ad attribuire valore alle cose non avendo esse alcun valore diverso da quello assegnato loro dalle persone, sia con posizioni esternaliste rispetto al valore, che affermano che alcune cose hanno un valore indipendente da quello che è eventualmente attribuito loro dalle persone. Il pluralismo assiologico è compatibile, inoltre, sia con posizioni soggettiviste rispetto al valore (necessariamente internaliste), secondo cui persone diverse possono attribuire diverso valore alle stesse cose senza che vi sia modo di stabilire chi abbia ragione, sia con posizioni oggettiviste rispetto al valore (internaliste o esternaliste), secondo cui di fronte a un disaccordo tra diverse persone circa il valore di qualcosa è talvolta possibile stabilire chi abbia ragione.

Infine, il pluralismo assiologico è compatibile con l'idea che esistano tipi diversi di valore, tra cui valore intrinseco, valore strumentale e valore costitutivo. Una cosa ha valore intrinseco se merita di essere apprezzata, desiderata e/o preservata in sé e non solamente quale mezzo per conseguire altre cose dotate di valore – in quel caso avrebbe valore strumentale – e se il suo valore non deriva dal valore di qualcos'altro di più complesso di cui essa è una parte – in quel caso avrebbe valore costitutivo. Una stessa cosa può avere allo stesso tempo valore intrinseco, strumentale e costitutivo.

3. Secondo principio: il valore delle persone

Il pluralismo assiologico afferma che ci sono tante cose dotate di valore. Un secondo principio liberale stabilisce che una di esse ha un valore speciale: la persona⁸. Il liberalismo richiede un consenso generale sul valore intrinseco della persona e, in quanto a valore intrinseco, solo su quello. Tutte le altre cose, diverse dalle persone, alle quali il liberalismo attribuisce

⁷ Formulazioni ormai classiche del pluralismo assiologico si possono trovare negli scritti di Max Weber, al quale si deve l'idea di "politeismo dei valori", e di Isaiah Berlin. Si vedano M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922 (in particolare il saggio *Wissenschaft als Beruf* del 1917); e I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1958.

⁸ Si veda il contributo di María del Carmen Barranco Avilés in questo focus.

valore possono essere descritte da una prospettiva liberale come aventi un valore strumentale, senza che ciò impedisca di attribuire loro anche un valore intrinseco e/o costitutivo. Il liberalismo non esclude che le persone possano attribuire valore intrinseco anche a cose diverse dalla persona. Persino alcune posizioni liberali attribuiscono valore intrinseco anche a cose diverse dalla persona. Tuttavia, l'unica attribuzione di valore intrinseco che può essere inclusa tra i principi liberali fondamentali è quella che ha per oggetto la persona.

Il principio liberale che attribuisce valore speciale alla persona esclude che possano esservi cose dotate di valore superiore o eguale al valore della persona. È, dunque, incompatibile con il liberalismo l'idea che entità come lo Stato, la nazione, la cultura, la comunità, possano essere dotate di un valore superiore o eguale a quello della persona. Per molte posizioni liberali tutte quelle entità hanno un valore solo strumentale, o in quanto le persone attribuiscono loro valore. Comunque sia, il liberalismo esclude che si possa sacrificare la protezione o la promozione degli interessi delle persone per la promozione di un supposto interesse dello Stato, della nazione, della cultura o della comunità, separato dagli interessi delle persone.

Sebbene non vi sia accordo tra le diverse posizioni liberali su quale sia la fonte del valore della persona, per tutte le posizioni liberali il valore della persona dipende da ciò di cui è capace, da ciò che può fare. Il liberalismo valorizza le capacità attive della persona: capacità come intelligenza, immaginazione, progettualità, creatività e sensibilità, che sono alla base dell'individualità di ogni persona e della sua diversità da ogni altra⁹. Per molte/i liberali è il possesso di quelle capacità a definire la persona. Combinata con l'assunto secondo cui solo gli esseri umani sarebbero dotati di quelle capacità o dotati di quelle capacità a un livello molto superiore rispetto agli altri animali (un assunto che può essere sfidato¹⁰), quell'idea spiega perché il liberalismo si caratterizzi per una prospettiva antropocentrica. Per molte/i liberali (e non solo), infatti, la persona è

⁹ Questo aspetto, che riguarda tutte le posizioni liberali, è colto molto bene dal *Capability Approach*. Si vedano A. SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992; A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999; e M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006.

¹⁰ Si veda M.C. NUSSBAUM, *Beyond "Compassion and Humanity": Justice for Nonhuman Animals*, in ID., *Frontiers of Justice*, cit., 325-407.

necessariamente un essere umano, anche se non tutti gli esseri umani sono persone¹¹.

Il liberalismo non è insensibile rispetto a capacità passive delle persone come il loro essere capaci di soffrire e di provare piacere o, più in generale, la loro vulnerabilità, ma non ritiene che siano tali capacità a conferire alle persone il loro valore speciale. Il liberalismo attribuisce importanza a tali capacità delle persone, ritenendo, per esempio, che ridurre la sofferenza delle persone possa rientrare tra i compiti delle istituzioni pubbliche, se non altro perché le persone stesse attribuiscono valore alla riduzione della sofferenza e perché certe forme di sofferenza impediscono lo sviluppo e l'esercizio di quelle capacità attive dalle quali dipende il valore della persona. Il liberalismo può anche riconoscere – e sempre più spesso riconosce – come alcune qualità passive siano comuni non solo alle persone, ma anche a tutti gli esseri umani e a molti animali non umani. E un tale riconoscimento può portare i liberali a estendere certe forme di protezione non solo alle persone, ma a tutti gli esseri umani e anche ad animali non umani. Tuttavia, ciò non toglie che per il liberalismo la persona, e solo la persona, sia dotata di valore speciale.

4. Terzo principio: l'eguale valore delle persone

Il liberalismo contemporaneo condivide con tutte le altre posizioni politiche che godono di considerazione nel dibattito filosofico contemporaneo il principio che sancisce l'eguale valore di tutte le persone. Questo principio è legato a quello che attribuisce valore speciale alla persona. Non solo ogni persona è dotata di un valore intrinseco superiore a quello di ogni altra cosa, ma tutte le persone sono egualmente dotate di quel valore. Il conferimento di eguale valore a tutte le persone conduce all'attribuzione a tutte le persone di un eguale status morale, che trova riscontro anche a livello giuridico nello status giuridico di persona naturale. All'idea dell'eguale valore di tutte le persone è anche legata l'idea della loro eguale dignità (umana), che può essere alternativamente identificata con il

¹¹ Se ciò che definisce una persona è il possesso di capacità come intelligenza, immaginazione, progettualità, creatività e sensibilità, non possono essere considerati ancora/più persone esseri umani come l'embrione umano, il feto umano e l'essere umano in coma irreversibile. Il che non impedisce di ritenere che le persone abbiano degli obblighi nei loro confronti.

loro eguale valore o con l'eguale status morale attribuito loro sulla base del loro eguale valore¹².

Contrariamente a ciò che si potrebbe ritenere, non è facile stabilire quale sia il fondamento dell'attribuzione di eguale valore a tutte le persone. Le persone, dopotutto, sono diverse e, cosa più rilevante ciascuna/o di noi dimostra quotidianamente di attribuire più valore ad alcune persone che ad altre: a se stessa/o, ai propri cari, talvolta ai membri della propria comunità, comunque intesa ed estesa. La soluzione più ovvia sembrerebbe quella di sostenere che a tutte le persone debba essere attribuito eguale valore, perché esse possiedono egualmente le capacità che conferiscono valore speciale alle persone. Tuttavia, questa soluzione è meno ovvia di quanto si potrebbe pensare, e la sua plausibilità dipende da come si intende l'avverbio 'egualmente' associato al possedere le capacità rilevanti. Se possedere egualmente quelle capacità significa possederle tutte e allo stesso livello, difficilmente si potrà fondare l'idea dell'eguale valore di tutte le persone sull'eguale possesso delle capacità rilevanti. È difficile sostenere, infatti, che tutte le persone possiedano tutte le capacità rilevanti e tutte allo stesso livello¹³. L'idea che l'eguale valore richieda l'eguale possesso di certe capacità, nel senso del possesso di tutte quelle capacità allo stesso livello, rischia anzi di rivelarsi dannosa, se l'obiettivo è quello di fondare l'idea dell'eguale valore di tutte le persone. Poiché non tutte le persone possiedono tutte le capacità rilevanti né le possiedono allo stesso livello, perché non si dovrebbe assegnare loro diverso valore in ragione delle loro diverse capacità?

In effetti la posizione appena descritta ha goduto di ampio sostegno nel corso della storia delle dottrine politiche, anche all'interno delle diverse tradizioni liberali. A lungo di è ritenuto che le diverse capacità delle persone, in particolare quelle correlate al "sesso", alla "razza", o al "grado di civiltà", potessero giustificare gerarchie sociali rigide sessiste, razziste e/o etnocentriche. Per il liberalismo contemporaneo, l'idea che le capacità delle persone siano correlate a caratteri ascrivibili come il "sesso", la "razza" o il "grado di civiltà" è chiaramente inaccettabile, ma egualmente inaccettabile è l'idea che il valore delle persone sia proporzionale al numero di capacità

¹² Cfr. G. KATEB, *Human Dignity*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011; M. ROSEN, *Dignity: Its History, and Meaning*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012; J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹³ Cfr. P. SINGER, *Equality and Its Implications*, in ID., *Practical Ethics*, 3^a ed., Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2011, 16-47.

rilevanti che esse possiedono e al livello delle loro capacità pur valutate su base individuale.

Una soluzione che consente di rendere conto di ciò consiste nello stabilire che il valore delle persone non sia legato né al possesso di tutte le capacità rilevanti né al livello delle loro capacità, ma al possesso di alcune di quelle capacità a qualsiasi livello, e che, poiché questo requisito minimo è soddisfatto da tutte le persone, a tutte le persone dovrebbe essere attribuito eguale valore¹⁴. Secondo questa proposta, il possesso di alcune delle capacità rilevanti costituirebbe una soglia, superata la quale si avrebbe diritto all'attribuzione di eguale valore. Come la stessa grammatica suggerisce, dunque, l'avverbio 'egualmente' associato al possedere le capacità rilevanti si riferirebbe non alle capacità ma al possederle.

Un vantaggio della soluzione appena considerata consiste nel fatto che essa ammette che si possano rilevare e tenere in considerazione le differenze tra le capacità delle persone, senza dover concludere che esse non abbiano eguale valore. Essa ci permette, per esempio, di tener conto delle differenze tra le capacità di un bambino e quelle di un adulto senza negare il loro eguale valore.

Resta da spiegare perché dovremmo considerare la distinzione tra ciò che ha il tipo di valore in questione e ciò che non l'ha una distinzione dicotomica, per cui una cosa o ha pienamente ed egualmente valore o non l'ha, e non una distinzione polare, dove ciò che ha (pienamente) valore e ciò che non l'ha costituirebbero i due poli di una retta continua che ammette numerose posizioni intermedie¹⁵.

5. Quarto principio: il diritto fondamentale all'eguale considerazione

Il principio dell'eguale valore di tutte le persone implica il principio che tutte le persone abbiano diritto a un eguale trattamento. A mediare tra questi due principi è un principio ulteriore, che costituisce un principio fondamentale del ragionamento pratico, la cui validità è generalmente assunta: il principio di giustizia formale che prescrive l'eguale trattamento di ciò che è eguale. Il principio di giustizia formale non è esclusivamente

¹⁴ Si tratta della soluzione proposta da Rawls. Si veda J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 77.

¹⁵ Ho appreso l'importanza della distinzione (dicotomica?) tra distinzioni dicotomiche e distinzioni polari da Gianfrancesco Zanetti, che a sua volta riconosce il suo debito in merito nei confronti di Enzo Melandri. Si veda, da ultimo, l'introduzione a G. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi: Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015, 11-19.

liberale né ne esiste un'interpretazione specificamente liberale, per cui non ha senso includerlo tra i principi liberali fondamentali più di quanto non abbia senso includere tra quei principi il principio di non contraddizione o gli altri principi logici. Ciò che è, invece, specificamente liberale è il principio normativo che attribuisce a ogni persona il diritto all'eguale considerazione. Esso specifica in cosa consiste l'eguale trattamento dovuto a tutte le persone.

Il rispetto del diritto di ogni persona all'eguale considerazione impone alle istituzioni pubbliche di: (a) assicurare eguale protezione a tutte le persone e favorire imparzialmente il loro interesse a sviluppare e a esercitare le capacità (intelligenza, immaginazione, creatività, sensibilità ecc.) da cui dipende il loro valore intrinseco; (b) rispettare la pretesa delle persone che pretendono di stabilire da sé, sulla base delle loro convinzioni assiologiche, quali obiettivi perseguire nella vita e come farlo, e la loro pretesa di perseguire quegli obiettivi nel modo che credono migliore. Seguendo un suggerimento di Ronald Dworkin, possiamo chiamare l'oggetto dei due requisiti, (a) e (b), rispettivamente "eguale riguardo" ed "eguale rispetto"¹⁶.

Il requisito dell'eguale riguardo, pur prescrivendo una forma di imparzialità, non è semplicemente un requisito di imparzialità. Esso è incompatibile con una imparziale indifferenza alle sorti delle persone e richiede alle istituzioni pubbliche una imparzialità interessata. Esso, inoltre, non è neutrale rispetto alla definizione degli interessi delle persone, ma presuppone il principio liberale che fa dipendere il valore delle persone da alcune delle loro capacità e identifica l'interesse delle persone con la possibilità di sviluppare ed esercitare quelle capacità.

D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, poiché una definizione neutrale degli interessi delle persone non è possibile. Neppure l'identificazione degli interessi delle persone con la realizzazione delle loro preferenze soggettive o con la soddisfazione che da essa deriva, benché neutrale rispetto al contenuto delle preferenze delle persone, è neutrale rispetto alla definizione dei loro interessi, identificandoli con uno stato di

¹⁶ L'analisi del diritto fondamentale all'eguaglianza nei termini dell'eguale riguardo (*equal concern*) e dell'eguale rispetto (*equal respect*) attraversa l'intera riflessione teorica di Dworkin. Si vedano, tra gli altri, R. DWORKIN, *What Rights Do We Have?*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1977 (ed. ampliata 1978), 184-205, e R. DWORKIN, *Liberalism*, in ID., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1995, 181-204. Anche Luigi Ferrajoli propone una simile analisi a due dimensioni del principio di eguaglianza. Si veda L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

cose in cui i fatti si accordano con le preferenze delle persone o con lo stato mentale causato da quello stato di cose.

In quanto al requisito dell'eguale rispetto, esso garantisce l'autonomia etica delle persone, vale a dire la loro possibilità di decidere da sé, e per sé, cosa ha valore e come vivere. Pur concordi nel riconoscere l'importanza dell'autonomia etica delle persone, le diverse posizioni liberali la interpretano diversamente. Tutte concordano rispetto al fatto che essa richieda che alle persone sia riconosciuta la possibilità di decidere come vivere, sulla base delle proprie convinzioni circa il valore, convinzioni che inevitabilmente risentono del contesto culturale all'interno del quale le persone sono inserite. Controverso, invece, è se la garanzia dell'autonomia etica delle persone richieda anche uno sforzo da parte delle istituzioni pubbliche nella promozione di un contesto culturale pluralistico, nel quale le persone siano esposte a diversi insiemi di credenze, e nel coltivare la capacità delle persone di approcciarsi con spirito critico a quei diversi insiemi.

Non avrebbe senso permettere alle persone di definire da sé quali obiettivi perseguire nella vita e come farlo, se non si offrisse loro anche una qualche opportunità di perseguire quegli obiettivi nel modo che credono migliore. Il requisito dell'eguale rispetto richiede anche, dunque, che si assicuri alle persone tale opportunità. Contro l'idea che il perseguimento da parte delle persone dei propri obiettivi privati sia una forma di egoismo che resta privo di valore etico, anche quando non può essere condannato, perché non danneggia le altre persone, il liberalismo attribuisce valore etico al tentativo di realizzare i propri obiettivi privati e, in alcuni casi anche allo sforzo di definire autonomamente tali obiettivi. Per il liberalismo l'etica ha due dimensioni: la dimensione della propria autorealizzazione e la dimensione di ciò che ciascuna/o di noi deve alle altre persone al fine di non ostacolare e di favorire la loro autorealizzazione. La sfida fondamentale per il liberalismo consiste precisamente nel trovare il giusto punto di equilibrio tra queste due esigenze, entrambe eticamente apprezzabili¹⁷. Per il liberalismo non è eticamente accettabile pretendere che le persone siano disposte a sacrificare interamente la propria autorealizzazione per favorire quella delle altre persone. Come decidere, tra l'altro, chi dovrebbe sacrificarsi a beneficio delle altre persone? L'idea che non sia possibile chiedere alle persone un tale sacrificio corrisponde a quella dimensione fondamentale del rispetto per le persone che trova espressione nella

¹⁷ Su questo aspetto molto importante del liberalismo si veda T. NAGEL, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

massima kantiana che prescrive di trattare ogni persona sempre anche come fine e mai solo come mezzo e nell'idea rawlsiana delle persone come separate e tali per cui non è possibile operare una compensazione interpersonale di costi e benefici.

Le persone non sono, dunque, per il liberalismo, interamente a disposizione delle istituzioni. Queste ultime dovranno garantire alle persone "tempi" e "spazi" sottratti al controllo pubblico entro i quali perseguire i propri obiettivi privati. I requisiti del rispetto per l'autonomia etica delle persone e per la loro esigenza di realizzare i propri obiettivi privati sono alla base di istituzioni liberali come la distinzione tra pubblico e privato (che ammette diverse configurazioni) o l'idea di una divisione delle responsabilità tra persone e istituzioni che assegna alle prime la responsabilità per la propria autorealizzazione all'interno di un quadro istituzionale che assicura a tutte le persone eque opportunità di farlo. Il requisito del rispetto per l'esigenza delle persone di perseguire i propri obiettivi privati è anche alla base del trattamento differenziato di obblighi negativi e obblighi positivi. Se il liberalismo non esclude del tutto che le istituzioni pubbliche possano imporre alle persone degli obblighi positivi – per esempio, l'obbligo di pagare le imposte, l'obbligo di primo soccorso, eventualmente l'obbligo di prestare servizio civile o militare (per periodi limitati) – esso ritiene che il numero di tali obblighi dovrebbe essere ridotto al minimo, poiché adempiere a tali obblighi spesso sottrae del tempo al tempo che le persone possono dedicare al perseguimento dei propri obiettivi privati. Lo stesso non vale per gli obblighi negativi, che escludono certe possibilità d'azione, ma per il resto non impegnano le persone. Per questa ragione il liberalismo tende a riservare gli obblighi positivi, in particolare gli obblighi di fornire prestazioni materiali, alle istituzioni pubbliche: alle persone è richiesto unicamente di contribuire, collettivamente e mediante un'equa ripartizione dei costi, al loro finanziamento.

La necessità di garantire a ogni persona una qualche opportunità di perseguire i propri obiettivi privati è anche alla base dell'attenzione del liberalismo per la distruzione dei vantaggi che le istituzioni pubbliche assicurano alle persone. Tutte le posizioni liberali contemporanee condividono, infatti, l'idea che si debba assicurare a ogni persona una qualche opportunità di sviluppare ed esercitare le proprie capacità e di perseguire i propri obiettivi privati. Non vi è accordo, tuttavia, tra le/i liberali su quale sia il modo più corretto di distribuire i vantaggi tra le persone: se essi vadano ripartiti egualmente, o in modo da massimizzare i

vantaggi delle persone che godono di minori vantaggi, o in modo da assicurare a ogni persona una quota minima di quei vantaggi, o in proporzione a un qualche merito, o in qualche altro modo.

6. Quinto principio: il valore della libertà individuale

Il quinto principio liberale fondamentale è il principio assiologico che assegna valore alla libertà individuale. Nel corso della storia delle dottrine politiche al termine 'libertà' sono stati attribuiti diversi significati e il dibattito sul concetto di libertà è ancora molto acceso e vede i/le partecipanti al dibattito impegnati a sostenere che uno dei significati che è possibile attribuire al termine 'libertà' – quello che loro preferiscono per ragioni normative o non normative – è quello corretto o migliore rispetto agli altri¹⁸. La mia opinione è che il concetto di libertà sia un concetto complesso, o un groviglio di concetti, e che i diversi significati che è possibile attribuire al termine 'libertà' identificano altrettante dimensioni della libertà.

Almeno quattro di tali dimensioni sono importanti per il liberalismo:

(a) La dimensione formale della libertà che identifica la massima libertà con la condizione di chi non è soggetta/o ad alcuna autorità, la minima libertà con la condizione di chi (la/o schiava/o, il/la suddito/a di un regime totalitario) è soggetta/o a un'autorità assoluta e ammette che tra questi due estremi possano darsi gradi diversi di libertà.

(b) La dimensione formale della libertà che identifica la libertà con la condizione di chi, non essendo soggetta/o a un obbligo di fare e/o a un obbligo di non fare qualcosa, ha il permesso di non farlo, o di non farlo e/o di scegliere se farlo o non farlo, anche se potrebbe non essere effettivamente in grado di farlo o di non farlo, mancando dei mezzi necessari (abilità, potere, risorse materiali)¹⁹.

¹⁸ Il punto di partenza imprescindibile per quel dibattito è I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, cit. Cfr. N. BOBBIO, *Libertà* (1978), in ID., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, 45-98; I. CARTER, *Positive and Negative Liberty*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di E.N. Zalta, 2013, aggiornamento 2022, URL=<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>>.

¹⁹ La prima dimensione della libertà può essere ridotta a questa seconda, se si considera che chi è soggetta/o a un'autorità ha un obbligo di obbedire a chi esercita tale autorità e, dunque, non ha il permesso di non farlo. Tuttavia, ritengo sia utile distinguere queste due dimensioni, perché la prima dimensione ha una portata più generale, in quanto l'obbligo di obbedire all'autorità si presta a generare, in combinazione con l'esercizio di

(c) La dimensione sostanziale della libertà, che identifica la libertà con l'effettiva opportunità di fare qualcosa, assicurata dal possesso dei mezzi necessari a farla (abilità, poteri, risorse materiali), e che ammette che le persone possano avere gradi diversi di libertà a seconda dell'insieme di opportunità che hanno e dei costi associati a ciascuna opportunità.

(d) La dimensione critica della libertà, che identifica la libertà con la capacità di compiere scelte razionali rispetto ai mezzi per la realizzazione dei propri obiettivi, e che richiede l'accesso a conoscenze e informazioni rilevanti e la capacità di prevedere e valutare alla luce dei propri obiettivi le conseguenze delle diverse possibilità d'azione di cui si dispone.

Ritengo che, a prescindere dall'uso che i diversi autori liberali fanno del termine 'libertà', tutti loro attribuiscono valore a tutte quelle dimensioni²⁰. L'idea che il liberalismo attribuisca valore unicamente alle dimensioni formali della libertà è una caricatura del liberalismo, che non si applica ad alcuna posizione liberale. Le dimensioni formali della libertà hanno indubbiamente valore per il liberalismo e, tuttavia, esse hanno valore in parte, e forse soprattutto, in quanto condizioni della libertà sostanziale. L'essere soggette/i a un obbligo negativo o positivo è un problema nella misura in cui violare quell'obbligo potrebbe esporre a una sanzione e, dunque, a una perdita di libertà sostanziale. In quanto all'essere soggette/i a un'autorità, si tratta di un problema nella misura in cui l'autorità può essere esercitata per imporre obblighi negativi o positivi. Sono le dimensioni sostanziale e critica della libertà le più importanti per il liberalismo. E ciò è vero anche per i/liberali che preferiscono usare il termine 'libertà' per riferirsi a una delle dimensioni formali della libertà, distinguendo la libertà da ciò che dà valore alla libertà o è necessario per il

quell'autorità, un insieme di obblighi più specifici potenzialmente illimitato se l'autorità è illimitata.

²⁰ Due ulteriori dimensioni della libertà non godono, invece, di unanime apprezzamento all'interno del liberalismo contemporaneo, pur meritando di essere ricordate per l'importanza loro attribuita da alcune posizioni liberali: (e) la dimensione sostanziale della libertà che identifica la libertà con la libertà dal bisogno e quindi con la condizione particolare di chi non è costretta/o dalla necessità a dedicare il proprio tempo a procurarsi i mezzi necessari a soddisfare i propri bisogni, cosa che tra l'altro la/o espone a molte altre forme di illibertà, e (f) la dimensione critica della libertà che identifica la libertà con la capacità di prendere temporaneamente le distanze dalle proprie convinzioni, incluse le proprie convinzioni assiologiche, quelle da cui dipendono i propri obiettivi, e di metterle in discussione al fine di testare l'opportunità di conservarle.

suo esercizio²¹. Quali che siano gli obiettivi di una persona, infatti, per perseguirli ha bisogno dell'effettiva opportunità di farlo e della capacità di decidere come farlo. Ciò suggerisce che la libertà abbia un valore strumentale, benché l'apprezzamento del valore strumentale della libertà non impedisca di assegnare alla libertà anche un valore intrinseco e/o costitutivo, che in effetti la maggior parte delle posizioni liberali le attribuisce.

Il valore che hanno per le persone beni come abilità, poteri, risorse materiali e le opportunità sociali di acquisirli e di farne uso è legato al valore della libertà che risulta dalla loro combinazione. E tale valore si estende alle istituzioni che proteggono, promuovono e assicurano quei beni: da un lato, la proprietà, il contratto, il mercato e le istituzioni che favoriscono la crescita economica e l'occupazione e, dall'altro lato, per le posizioni liberali che le prevedono, che sono oggi la maggior parte²², le istituzioni che garantiscono l'accesso a risorse materiali e culturali e a servizi educativi e formativi, sanitari e assistenziali. Quelle istituzioni in parte accrescono la libertà sostanziale delle persone e in parte la redistribuiscono a favore di chi altrimenti godrebbe di una libertà molto limitata, per mancanza di mezzi.

Se tutte/i le/i liberali riconoscono il valore della libertà sostanziale, le diverse posizioni liberali hanno idee anche molto diverse circa quale sia una giusta distribuzione di tale libertà e quali i modi ammissibili per realizzare tale distribuzione. Si tratta della questione rispetto alla quale le diverse posizioni liberali si differenziano maggiormente. Si va da posizioni che escludono che vi siano modi ammissibili di interferire con la distribuzione della libertà sostanziale prodotta dal mercato, a posizioni che limitano tali interferenze a quelle necessarie ad assicurare un minimo di libertà sostanziale a tutte le persone, mediante un minimo sociale, a posizioni più radicalmente redistributive.

7. Sesto principio: sovranità personale

Il principio della sovranità personale è uno dei principi che maggiormente distinguono il liberalismo da altre dottrine politiche. Esso

²¹ È il caso di Rawls che distingue la libertà da ciò che dà valore alla libertà, ma include tra i beni primari, tanto la libertà quanto ciò che le dà valore. Si veda J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 32.

²² Persino un autore "neoliberale" come Friedrich Hayek ritiene che alcune forme di redistribuzione siano necessarie. Si veda F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit., parte 3.

stabilisce che a ogni persona debba essere garantito il controllo esclusivo del/sul proprio corpo e la piena libertà di scelta in merito agli aspetti più intimi della vita, come quelli che attengono alla sfera affettiva, sessuale e riproduttiva e alle scelte di fine vita.

Con riferimento al controllo esclusivo del/sul proprio corpo il liberalismo riconosce il valore del tutto speciale che, rispetto ad altri beni materiali, il corpo ha per ogni persona. Anche chi non è disposto ad accettare quella forma di riduzionismo che vorrebbe ridurre la persona al proprio corpo, è pronta/o a riconoscere come la persona non potrebbe esistere senza il proprio corpo e come per ogni persona il proprio corpo non sia fungibile, sostituibile con un altro corpo. È solamente attraverso il proprio corpo che una persona può percepire ciò che la circonda e provare certe forme di piacere. È solamente attraverso il proprio corpo che una persona può fare cose “in prima persona”, per esempio vincere una competizione sportiva: se alle persone fosse permesso di acquisire la proprietà dei corpi di altre persone, potrebbe essere possibile per una persona “vincere” una competizione sportiva mediante il corpo di un’altra persona e, tuttavia, sarebbe un modo diverso di vincere. Talvolta, viene usata l’espressione “proprietà di sé” per riferirsi al controllo esclusivo del/sul proprio corpo, ma c’è chi suggerisce che sia preferibile evitare quest’espressione in quanto essa potrebbe suggerire l’idea che ogni persona abbia sul proprio corpo e/o sulle parti componenti e i prodotti biologici del proprio corpo gli stessi poteri che ha sui beni di sua proprietà, inclusi i poteri di affittarli, venderli o alienarli in altro modo²³. In effetti, secondo alcune posizioni liberali alle persone dovrebbero essere riconosciuti tutti quei poteri, ma questa posizione non è accettata da tutte le posizioni liberali. Se tutte le posizioni liberali accettano che le persone abbiano il controllo esclusivo sul proprio corpo, che esclude le altre persone dalla possibilità di servirsene o di disporne senza il loro consenso, le/i liberali non concordano circa i limiti alla libertà che una persona ha di servirsi e di disporre del proprio corpo: alcune/i liberali ammettono che tale libertà possa essere limitata non solo vietando la possibilità di affittare, vendere e/o alienare in altro modo il proprio corpo, ma anche al fine di disincentivare alcune

²³ L’idea di “proprietà di sé” occupa una posizione centrale nelle posizioni liberali-libertarie che si riallacciano alla tradizione lockeana del liberalismo, a partire da R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit. Cfr. G.A. COHEN, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Oxford University Press, Oxford, 1995, e M. OTSUKA, *Libertarianism without Inequality*, Oxford University Press, Oxford, 2003. Sulla matrice lockeana dell’idea si veda A. FACCHI, *Sulle radici della proprietà di sé*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 48/2018, 427-442.

condotte che rischiano di danneggiare il proprio corpo, causando una perdita irreversibile di alcune funzionalità.

In quanto alla seconda dimensione della sovranità personale, quella che riguarda la libertà di scelta in merito agli aspetti più intimi della vita, in parte essa dipende da diritto al controllo esclusivo del proprio corpo, in quanto molte di quelle scelte riguardano anche il corpo. Tuttavia, essa dipende altresì da un riconoscimento dell'importanza particolare che hanno per le persone le scelte affettive, sessuali, riproduttive e quelle relative alla fine della vita. La libertà di scelta delle persone in quegli ambiti incontra un limite unicamente quando invade la sfera intima di altre persone: un limite inviolabile in assenza del consenso libero di quelle altre persone, che godono di un'analogia libertà di scelta per ciò che attiene alla sfera della loro intimità.

8. *Settimo principio: tolleranza*

Tra i principi liberali fondamentali non si può non includere il principio della tolleranza. L'idea di tolleranza è maturata nel contesto dei conflitti religiosi seicenteschi, come soluzione per porre fine a quei conflitti, ma si è presto estesa a tutte le idee, religiose e non religiose, e, in seguito, dalle idee alle condotte. Secondo il principio della tolleranza non è possibile limitare, in maniera coercitiva o con la minaccia di sanzioni, la libertà delle persone di pensare e di esprimere certe opinioni perché altre persone le giudicano sbagliate, né la loro libertà di agire in modi che altre persone disapprovano, a meno che l'esercizio di tali libertà non rischi di causare danni di entità tale da prevalere su quelli che verrebbero o potrebbero essere causati dalla limitazione della libertà²⁴. Una eventualità – quella del prevalere dei danni che potrebbero essere causati dall'esercizio della libertà – che non si dà mai con riferimento alla libertà di pensiero (in foro interno), che, dunque, dovrebbe godere di una tutela assoluta, e che a parere di molte/i liberali non potrebbe mai darsi neppure con riferimento alla libertà di esprimere le proprie opinioni, che, pertanto, dovrebbe essere protetta almeno da ogni limitazione basata sul contenuto delle opinioni espresse.

²⁴ J.S. MILL, *On Liberty*, J.W. Parker and Son, London, 1859, costituisce da questo punto di vista un vero e proprio manifesto della tolleranza. La posizione milliana è sviluppata da H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, e nei quattro volumi di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1984-1990.

Il principio della tolleranza si applica sia alle istituzioni pubbliche e alle relazioni verticali tra chi esercita un'autorità pubblica e chi è soggetta/o a tale autorità sia alle relazioni orizzontali tra le persone. La tolleranza è ritenuta una garanzia della pacifica convivenza tra persone che hanno opinioni e pratiche diverse e spesso incompatibili. Il liberalismo non ritiene di per sé negativo e inevitabilmente fonte di disintegrazione il fatto che le persone abbiano opinioni e pratiche diverse. Al contrario, i/le liberali assegnano a tale pluralismo un valore positivo. Ciò che considerano dannosa è l'intolleranza, spesso assimilata al fanatismo. Tuttavia, mentre il liberalismo ritiene sanzionabile e in genere da sanzionare la condotta intollerante, non vi è accordo tra i/le liberali in merito alla questione della tolleranza delle idee intolleranti.

Il principio della tolleranza è alla base dell'opposizione liberale all'imposizione mediante coercizione delle idee morali circa le virtù non sociali, quelle che, diversamente da virtù come la giustizia o la solidarietà, non riguardano ciò che dobbiamo agli altri. Secondo molte/i liberali, inoltre, il principio della tolleranza è alla base dell'antipaternalismo liberale, ossia dell'idea che non si possa limitare la libertà di una persona al fine di impedire che egli cagioni danni a se stessa, se non temporaneamente e al fine di accertare che egli sia consapevole dei rischi associati a una certa condotta e che la sua decisione di correre quei rischi sia una "libera scelta". La pretesa di limitare la libertà di una persona al fine di impedirle di cagionare un danno a se stessa significherebbe, infatti, ritenere sbagliate le sue opinioni circa ciò che è nel suo interesse, violando il principio della tolleranza²⁵.

Ciò che è compatibile con la tolleranza è, invece, la promozione non coercitiva e non sostenuta da minacce di sanzioni di opinioni e pratiche non accettate da tutte/i, incluse opinioni e pratiche religiose. Ciò è compatibile con la tolleranza, anche quando sono le istituzioni pubbliche a promuovere tali opinioni e pratiche, a condizione che si garantisca a chi non si riconosce in esse, la libertà di sottrarsi e di vivere la propria vita secondo opinioni e pratiche diverse. Così, per esempio, è compatibile con la tolleranza il sostegno pubblico delle religioni o anche quello di una sola religione, a condizione che sia assicurata la libertà religiosa, inclusa la libertà di non professare alcuna religione.

²⁵ In N. RIVA, *La libertà come limite alla libertà*, in ID. (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, Roma, 2020, 51-70, ho però sostenuto che alcune limitazioni non-perfezionistiche della libertà individuale volte a impedire a un individuo di arrecare danno a se stesso siano compatibili con il liberalismo.

La compatibilità tra la tolleranza e il sostegno pubblico di opinioni e pratiche non accettate da tutte/i spinge oggi molte/i liberali a ritenere che, mentre la tolleranza resta una virtù da coltivare nelle persone, alle quali non si può chiedere di abbandonare le proprie opinioni e le proprie pratiche, alle istituzioni pubbliche si dovrebbe chiedere qualcosa di più della tolleranza. Quel di più è identificato in genere con una qualche forma di neutralità, almeno rispetto alle opinioni e alle pratiche più divisive²⁶. Molte/i liberali ritengono che la neutralità sia un'evoluzione della tolleranza più conforme al requisito dell'eguale rispetto per tutte le persone. Come la neutralità vada intesa, a cosa vada estesa, se sia realmente praticabile e se sia desiderabile sono tutte questioni ampiamente dibattute nel liberalismo contemporaneo e sulle quali non posso qui soffermarmi. Mi limito a osservare come, benché il sostegno per il principio della neutralità sia ampio all'interno del liberalismo contemporaneo, quel principio non gode di sostegno unanime, e non può, dunque, essere considerato tra i principi liberali fondamentali.

9. Ottavo principio: competizione aperta e meritocratica

Se la tolleranza liberale matura nel contesto dei conflitti religiosi seicenteschi, l'atteggiamento del liberalismo nei confronti delle diseguaglianze sociali ed economiche affonda le sue radici storiche nella rivoluzione borghese contro la società di Ancien Régime. Centrale per il liberalismo è l'opposizione alla rigidità delle gerarchie sociali basate sui privilegi ereditari distintive delle società aristocratiche. Contro tali gerarchie il liberalismo sostiene l'idea di una competizione aperta ed equa per l'accesso alle diverse posizioni sociali (professioni, impieghi e incarichi) e ai benefici a esse collegati. Una competizione è aperta se non esistono barriere formali che impediscono ad alcune persone, per esempio a tutti i membri di un dato gruppo sociale, di competere. Più controversa all'interno del liberalismo è la questione di come debba intendersi l'equità della competizione.

Tutte/i i/liberali concordano nel ritenere che, generalmente, per essere equa una competizione debba essere basata unicamente sulla

²⁶ Si vedano J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993 (ed. ampliate 1996 e 2005); e J. QUONG, *Liberalism without Perfection*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Cfr. anche C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria: Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, ETS, Pisa, 2014.

valutazione dei meriti individuali, identificati con le qualità che risultano rilevanti per adempiere ai compiti associati a una posizione. Il principio meritocratico sembra il più adatto a promuovere un'allocazione efficiente delle diverse posizioni sociali. Alcune/i liberali limitano quel principio alle posizioni pubbliche, ritenendo che all'interno del settore privato debba essere concessa maggiore discrezionalità. Altre/i liberali ritengono che si possano prevedere delle eccezioni a quel principio al fine di promuovere obiettivi condivisi diversi dall'efficienza. In ogni caso, il principio meritocratico per la distribuzione delle diverse posizioni sociali appare a tutti i liberali il più equo, al netto di altre considerazioni.

Le idee delle posizioni (professioni, impieghi, incarichi) aperte ai talenti e di una selezione meritocratica per accedervi rappresenta il nucleo originario dal quale si è sviluppata l'idea, più esigente, dell'eguaglianza competitiva delle opportunità. Quell'idea raggruppa le precedenti e ne aggiunge una terza²⁷. Ci si rese infatti presto conto di come abolire le barriere formali che impedivano ad alcune persone di competere e assicurare procedure di selezione meritocratiche non fosse sufficiente a favorire la mobilità sociale, garantendo eguali opportunità di successo a persone dotate degli stessi talenti, in presenza di diseguali opportunità di accedere alle risorse educative e formative necessarie a coltivare i propri talenti e ad acquisire le qualifiche necessarie a vincere la competizione. Nella sua variante competitiva l'ideale dell'eguaglianza delle opportunità richiede un impegno pubblico per ridurre quelle disparità all'inizio della vita delle persone che dipendono dalla condizione sociale della famiglia d'origine. Ciò richiede un investimento pubblico nel sostegno all'istruzione, che garantisca a tutte le persone, almeno a parità di talenti, l'accesso a un'istruzione di pari livello. L'ideale dell'eguaglianza competitiva delle opportunità rimane un ideale limite, verso cui tendere il più possibile, pur con la consapevolezza che non è possibile eliminare del tutto i vantaggi di cui godono le persone che possono contare sul sostegno di una famiglia facoltosa, se non al prezzo di una limitazione non accettabile della libertà delle persone e/o di un non più accettabile livellamento di tutte/i verso il basso.

Devo ammettere, giunto a questo punto, di avere qualche dubbio rispetto al dove tracciare i confini del liberalismo. Benché esso sia oggi accettato dalla maggioranza delle posizioni liberali, includere il principio dell'eguaglianza delle opportunità tra i principi liberali fondamentali comporterebbe l'esclusione dal liberalismo contemporaneo delle posizioni

²⁷ Cfr. M. SANTAMBROGIO, *Il complotto contro il merito*, Laterza, Roma-Bari, 2021, cap. 1.

libertarie contrarie a riconoscere alle istituzioni pubbliche una qualsiasi funzione redistributiva²⁸. Poiché il mio intento dichiarato è quello di identificare i caratteri distintivi del liberalismo in modo da non favorire alcune posizioni liberali rispetto ad altre, sono propenso a ritenere che tra i principi liberali fondamentali vada incluso, non il principio dell'eguaglianza delle opportunità, ma il principio della competizione aperta e meritocratica. Al tempo stesso, mi pare difficile non pensare al principio dell'eguaglianza delle opportunità come al naturale sviluppo di quel principio e al più coerente dei due con la denuncia dei privilegi ereditari distintivi delle società aristocratiche che sta alla base del liberalismo. In assenza di eguaglianza delle opportunità, non può darsi mobilità sociale. Non vedo come il fatto che i privilegi ereditari si trasmettano con il denaro invece che col sangue possa fare alcuna differenza.

Sia il principio della competizione aperta e meritocratica sia il principio dell'eguaglianza competitiva delle opportunità sono compatibili con l'esistenza di diseguaglianze sociali ed economiche anche molto ampie. Essi non ci dicono nulla di quanto gerarchica deve essere una società né di come debba essere suddivisa la ricchezza al suo interno. Tra i principi liberali fondamentali condivisi da tutte/i i/le liberali contemporanei non vi sono altri principi che specifichino cosa implichi il diritto fondamentale all'eguale considerazione con riferimento alle diseguaglianze sociali ed economiche. Non vi sono in particolare principi di giustizia strutturale né principi di giustizia distributiva. Ciò non significa che per i/le liberali, una volta che si sia garantita una competizione aperta e meritocratica o l'eguaglianza competitiva delle opportunità, qualsiasi gerarchia sociale o qualsiasi distribuzione della ricchezza sia accettabile. Ciò significa, semplicemente, che vi è ampio dissenso tra le diverse posizioni liberali in merito a questioni di giustizia strutturale e distributiva.

10. Conclusione

In questo saggio ho descritto quelli che ritengo essere i principi fondamentali del liberalismo contemporaneo: principi che rappresentano il

²⁸ Mi riferisco a posizioni come quella difesa in R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit. Samuel Freeman suggerisce che le posizioni libertarie non vadano considerate liberali. Si veda S. FREEMAN, *Illiberal Libertarians: Why Libertarianism is Not a Liberal View*, in *Philosophy and Public Affairs*, 30/2001, 105-151.

minimo comune denominatore tra tutte le posizioni che possono oggi definirsi liberali. Ho ridotto l'elenco al minimo, per non escludere per via definitoria alcuna posizione che potrebbe essere definita liberale. Senza la pretesa che l'elenco sia esaustivo, ho individuato otto principi, quattro assiologici – pluralismo assiologico, valore della persona, eguale valore delle persone, e valore della libertà individuale – e quattro normativi: diritto all'eguale considerazione, sovranità personale, tolleranza, e competizione aperta e meritocratica²⁹. Solo quattro di quei principi sono degli assunti, principi la cui validità non può essere dimostrata: pluralismo assiologico, valore della persona, eguale valore delle persone, e diritto all'eguale considerazione. Gli altri quattro principi, invece, possano essere derivati dai principi assunti. Mi riservo di spiegare come ciò possa essere fatto in un'altra occasione.

Tra i principi liberali fondamentali non ho incluso alcuni principi che potrebbero essere considerati distintivi del liberalismo, perché, benché essi siano comuni a più posizioni liberali, non sono condivisi da tutte le posizioni liberali. Oltre ai principi della neutralità e dell'eguaglianza delle opportunità, che, come ho detto, sono considerati da molte/i liberali degli sviluppi dei principi di tolleranza e competizione aperta e meritocratica, tra i principi che ho escluso dovrebbero essere inclusi almeno i seguenti: libertà del volere, responsabilità individuale, merito come criterio di giustizia retributiva e/o distributiva, inviolabilità della proprietà, non limitabilità dell'autonomia individuale, anti-perfezionismo, anti-paternalismo, massimizzazione della libertà individuale. Anche in questo caso, non posso che rimandare a un'altra occasione la trattazione di questi principi e di come, combinandosi con i principi liberali fondamentali, essi generino le diverse varianti del liberalismo contemporaneo.

²⁹ Almeno due ulteriori principi potrebbero essere aggiunti all'elenco dei principi liberali fondamentali: un principio individualistico, che stabilisce che concedere libertà alle persone sia spesso il mezzo migliore per favorire non solo i loro interessi privati ma anche gli interessi pubblici, e un principio che vede nell'eccessiva concentrazione del potere, pubblico e privato, un pericolo per la libertà individuale. Definirei "tecnologici" questi due principi, in quanto riguardano le tecniche per attuare gli altri principi liberali, collocandosi in posizioni intermedia tra i principi assiologici e normativi del liberalismo e le idee liberali circa le istituzioni più conformi a quei principi.

ORSETTA GIOLO*

**Le trasformazioni della giustizia nello spazio neoliberale.
Fuga dall'alterità, dai diritti, dall'eguaglianza****

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Forme concorrenti di "privatizzazione" della giustizia* - 3. *La destabilizzazione neoliberale delle teorie della giustizia.*

1. *Premessa*

Mentre scrivo, è in corso una guerra ai confini orientali dell'Europa, a causa dell'invasione militare dell'Ucraina da parte della Russia.

In frangenti come questi, solitamente, ogni riflessione su temi altri appare fuoriluogo, de-contestualizzata, quasi superflua, date le urgenze – reali, drammatiche – che la guerra impone.

Ebbene, ritengo che trattare di giustizia e neoliberalismo invece non sia così inappropriato in relazione agli eventi in corso, anzi: la guerra in Ucraina, così come i conflitti sviluppatasi negli ultimi decenni in tutto il mondo, rappresenta uno degli esiti naturali del progetto neoliberale della *governance* globale, retoricamente fondata sul mercato come strumento di regolamentazione pacifica delle relazioni internazionali quanto di quelle interpersonali, ma effettivamente costruita su rapporti di dominio imposti con la violenza.

Trattare di giustizia al tempo del neoliberalismo significa dunque occuparsi anche di guerra, poiché l'esplosione della conflittualità a livello globale è strettamente connessa all'abbandono dei principi del cosmopolitismo giuridico e politico, ovvero dell'universalità dei diritti e della promozione della pace, a favore di un progetto di società aderente unicamente agli interessi del mercato globale.

Lo slittamento, teorico e pratico, dal cosmopolitismo giuridico e politico al globalismo economico-finanziario ha infatti pesantemente influenzato il modo di intendere la giustizia, e in tempi molto brevi. Le trasformazioni che negli ultimi decenni hanno investito la sfera giuridica e politica su scala globale hanno inciso profondamente anche sul modo di individuare e definire la giustizia stessa, entro i confini nazionali così come al di fuori di essi, a partire da una radicale contestazione del discorso dei diritti e in particolare del principio di eguaglianza. Dunque, la giustizia

* Università di Ferrara.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

«costituisce un laboratorio prezioso per analizzare la razionalità neoliberale in quanto essa ne è allo stesso tempo motore e bersaglio. Ne è il motore in quanto il diritto è, con l'economia, una delle sue lingue preferite; ma ne è anche il bersaglio, in quanto l'istituzione giudiziaria non sfugge all'imperativo manageriale»¹.

Qui di seguito, vorrei evidenziare alcuni tratti del nesso esistente tra il progetto neoliberale e le torsioni in corso della giustizia.

Preliminarmente, mi pare opportuno precisare minimamente che cosa intendo in questa sede per neoliberalismo e quali sono i significati di giustizia che prenderò in considerazione.

Definire il neoliberalismo non è affatto semplice, tanto più che all'interno di questo orientamento vengono ricondotte molteplici tesi, affermazioni, politiche economiche, politiche *tout-court*, ideologie, obiettivi, metodi per nulla omogenei tra loro². Scrive a tal proposito Wendy Brown: «it is a scholarly commonplace that neoliberalism has no fixed or settled coordinates, that there is temporal and geographical variety in its discursive formulations, policy entailments, and material practices. [...] Neoliberalism as economic policy, a modality of governance, and an order of reason is at once a global phenomenon, yet inconstant, differentiated, unsystematic, impure»³.

In questa sede non procederò ad una disamina di tali variegate teorizzazioni⁴, ma assumerò il neoliberalismo, nella sua doppia veste di

¹ A. GARAPON, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 2012, 31.

² Sul punto, mi permetto di rinviare al mio O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020, 4 e ss.

³ W. BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2017, 20.

⁴ La letteratura relativa alle peculiarità dell'ideologia neoliberale è oramai sterminata. Meramente a titolo esemplificativo, e per una ricostruzione delle diverse teorie ed elaborazioni in merito, rinvio a: L. BAZZICALUPO, *Dispositivi e soggettivazioni*, Mimesis, Milano, 2013; EAD., *Diritti e valutazione nella governamentalità neoliberale*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 65-80; S. VIDA, *Postcapitalismo e neoliberalismo: il presente e il futuro della crisi*, in *Ragion pratica*, 2/2017, 299-326. Si veda anche G. LEGHISSA, *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Mimesis, Milano, 2012; per il dibattito internazionale, si vedano invece P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013; A. ONG, *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, Casa Usher, Firenze, 2013; A. GARAPON, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, cit.; W. CALLISON, Z. MANFREDI, *Mutant Neoliberalism: Market Rule and Political Rupture*, Fordham University Press, New York, 2019; M.E. GLETON-PIERCE, *Neoliberalism: The Key Concepts*, Routledge, London, 2016; D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007; T. BIEBRICHER, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford University Press,

ideologia e di istituzione⁵, quale progetto di società costruito sul primato dell'iniziativa privata, prevalentemente di natura economica, e perpetrato attraverso "politiche generalizzate di indottrinamento"⁶, a «vocazione egemonica»⁷.

Il progetto di società "di diritto privato"⁸ implica infatti l'imposizione di un preciso modello di soggetto, di istituzioni, di diritto e di politica, coerente con le (e informato alle) retoriche neoliberali del merito, dell'imprenditorialità, della concorrenza, dei costi.

Da qui la tendenza, delle trasformazioni in corso, a plasmare in modo pervasivo ogni ambito della vita individuale e collettiva, al fine, per un verso, di forgiare un soggetto imprenditore di sé stesso, iperresponsabilizzato perché unico fautore della propria condizione, performante (altrimenti vulnerabile)⁹, collaborante (non conflittuale), disponibile (fino allo sfruttamento)¹⁰; e, per altro verso, di depotenziare lo spazio pubblico in favore dell'esaltazione della sfera privata¹¹.

Stanford, 2019; W. BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, cit.; D. ZAMORA, M.C. BEHRENT (eds.), *Foucault and Neoliberalism*, Polity Press, Cambridge, 2015; L. DUGGAN, *The Twilight of Equality?: Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*, Beacon Press, Boston, 2004.

⁵ Mi permetto di rinviare ancora a O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., 4 e ss.

⁶ Particolarmente significativo a tal riguardo è il tema del *nudge*, ovvero la c.d. «spinta gentile». Per una ricognizione C.R., SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2014. Da ultimo, sul punto M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IF Press, Roma, 2018. Cfr. G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, 2/2019, 637-660. Sulle implicazioni "autoritarie" di tali tendenze, come avrò modo di sottolineare in seguito, cfr. W. BROWN, P.E. GORDON, M. PENSKY, *Authoritarianism: Three Inquiries in Critical Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 2018.

⁷ P. NAPOLI, *Prefazione*, in P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, cit., pp. i-vi, alla p. i. Scrive a tal proposito Mauro Barberis: «Per usare il gergo faucaultiano, il neoliberalismo assoggetta tutto il vivente – la (nuda) vita della biopolitica – alla razionalità economica del calcolo costi/benefici e/o della teoria della scelta razionale» (M. BARBERIS, *Liberalismo costituzionale. Fra neoliberalismo globale e liberalismo italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2018, 567-578, alla 569).

⁸ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, cit., 469.

⁹ Si veda il contributo di María del Carmen Barranco Avilés in questo focus.

¹⁰ Cfr. S. VIDA, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2016, 479-506; M. De CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, Macerata, 2017; ID., *Il neoliberalismo, la crisi e la rifeudalizzazione della società*, in *Politica & Società*, 1/2016, 73-90.

¹¹ W. BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, cit., 201 e ss.

Quanto al modo di intendere la giustizia, in questa sede mi concentrerò in particolare su due piani. Il primo è quello relativo ai “tipi” di giustizia: in tal senso, mi pare interessante ragionare attorno all’impatto che le trasformazioni in corso esercitano sugli equilibri esistenti tra la giustizia di tipo distributivo e quella di tipo retributivo. Il secondo è invece quello attinente alle teorie della giustizia, e in particolare agli elementi fondamentali che classicamente le caratterizzano: nei confronti di questi, infatti, il neoliberalismo propone rivisitazioni talmente radicali da minare le radici stesse di tali teorizzazioni¹².

2. *Forme concorrenti di “privatizzazione” della giustizia*

Classicamente, si distinguono i tipi della giustizia distributiva, attinente alla distribuzione di beni, diritti, libertà, poteri e afferente principalmente alla sfera pubblica, e della giustizia retributiva/correttiva, attinente invece alla riparazione del danno e afferente prevalentemente alla sfera privata¹³.

Nelle società neoliberali, il tipo “privatistico” della giustizia correttiva sembra acquisire sempre più peso rispetto al tipo “pubblicistico” della giustizia distributiva, in quanto più coerente con molte peculiarità della progettualità neoliberale¹⁴. Di mezzo, infatti, ci sono questioni relative al soggetto e alla gestione dei conflitti.

La giustizia retributiva/correttiva si interessa prevalentemente delle relazioni tra privati e mira alla composizione/risoluzione del conflitto provocato dal danno subito da una delle parti in causa. La vittima che ha subito il danno agisce in giudizio per ottenere giustizia contro un altro soggetto: questa rivendicazione di giustizia, come è evidente, è coerente con

¹² A quest’ultimo riguardo, si veda il contributo di Nicola Riva in questo focus.

¹³ Per una ricostruzione dei due tipi di giustizia “correttiva” e “distributiva” rinvio a quanto evidenziato in B. PASTORE, *Giustizia*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, 259-280, 265 e ss. Baldassare Pastore individua nei due tipi di giustizia due «procedure argomentative», due «ordini di ragioni» e spiega i motivi per i quali classicamente l’ambito della giustizia correttiva è riferito alla sfera privata, mentre quello della giustizia distributiva rinvia alla sfera pubblica (*ivi*, 266 e ss.).

¹⁴ In merito, mi permetto di rinviare a O. GIOLO, *La vulnerabilità neoliberale. Agency, vittime e tipi di giustizia*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, 253-273.

una visione economicistica delle relazioni sociali¹⁵. Sono in proposito rilevanti e sintomatici, per un verso, il peso sempre maggiore che va acquisendo il risarcimento del danno, notoriamente appannaggio del processo civile, anche nell'ambito del processo penale¹⁶; e, per altro verso, il ruolo sempre maggiore assunto dalla transazione¹⁷. Tali dinamiche spingono per un disinvestimento della sfera pubblica, che delega sempre più alle relazioni private la regolamentazione di disequilibri, diseguaglianze e discriminazioni. Inoltre, lo slittamento in ambito privato di temi "pubblici"¹⁸, specificatamente afferenti al piano della giustizia distributiva – che tuttavia da tempo è in crisi¹⁹ – favorisce anche la progressiva sostituzione della soggettività politica che la giustizia distributiva presuppone con la figura della vittima, quale unico tipo di

¹⁵ Antoine Garapon ritiene che il neoliberalismo imponga a tal riguardo il passaggio dal modello retributivo al modello restitutivo: «rinvenendo il proprio centro di gravità non più nella legge ma nella riparazione del torto fatto alla vittima, la pena neoliberale ci fa passare dal primo modello al secondo, nel quale è essenziale non più tanto il pagare il tributo alla legge ovvero assumere l'impegno di emendarsi (poiché il male non è più l'espressione di un'intenzionalità dolosa), quanto restituire alla vittima la quota a lei sottratta» (A. GARAPON, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, cit., 90).

¹⁶ Rileva ancora Garapon: «[e]stendendo al diritto penale il modello del mercato, il neoliberalismo non inventa alcunché di nuovo, ma riattualizza un senso molto antico della pena che si iscrive nella dialettica tra debito e pagamento» (*ivi*, 92).

¹⁷ Il riferimento alla transazione, nello scenario neoliberale, assume significati ancora più profondi rispetto al mero ambito processuale-giudiziario. Scrivono infatti Pierre Dardot e Christian Laval: «Il riferimento all'azione pubblica non è più il soggetto di diritto, ma un soggetto auto-imprenditore che stringe i contratti privati più diversi con altri auto-imprenditori. Le modalità di transazione negoziate caso per caso per «risolvere problemi» tendono a rimpiazzare le regole di diritto pubblico e le procedure di decisione politica legittimate dal suffragio universale» (P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, cit., 472).

¹⁸ La privatizzazione dell'assistenza sanitaria e del lavoro di cura, della formazione personale e del diritto all'istruzione, così come del welfare (che da statale è divenuto aziendale), della gestione sicurezza, della comunicazione e di altri beni e servizi essenziali ha ampliato lo spazio del mercato in ambiti un tempo riservati all'intervento pubblico. Sul punto e sulla connessa "privatizzazione dei diritti fondamentali" mi permetto di rinviare a A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2020, 89 e ss.

¹⁹ Sulla necessità di una riflessione contemporanea sulla giustizia distributiva cfr. le note considerazioni di Nancy Fraser in N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, New York-London, 2004.

soggetto in grado di esercitare una minima forma di agency, in chiave rivendicativa, e sempre più spolticizzata²⁰.

Tale slittamento di temi e questioni, dal pubblico al privato, sta alla base di un altro problema che appare in modo sempre più evidente. Se infatti, in assenza di politiche pubbliche che procedano alla distribuzione delle risorse, dei beni, dei diritti e così via, il piano della giustizia tende progressivamente a ridursi al solo paradigma retributivo/correttivo e alla risoluzione del conflitto attraverso il risarcimento del danno e la transazione – di impianto privatistico –, diviene necessariamente centrale il tema dell'accesso alla giustizia. Ovvero: fondamentale appare la questione della possibilità effettiva di ricorrere all'unico mezzo attualmente praticabile per risolvere un conflitto o rimediare a un danno, dunque alla giustizia retributiva/correttiva, in assenza della quale qualsiasi disequilibrio, diseguaglianza, discriminazione o altro non troverà rimedio alcuno.

Il problema dell'accesso alla giustizia si pone poiché gli ordinamenti, a livello interno e internazionale, non garantiscono a tutte e tutti l'accesso al c.d. piano delle garanzie secondarie²¹. Ciò risulta particolarmente visibile con riferimento ad alcune soggettività non paradigmatiche, intendendo per queste ultime le persone riconducibili a gruppi storicamente oppressi (le donne, i neri, le persone con disabilità, e così via)²². Il soggetto non paradigmatico, infatti, è stato a lungo ai margini del mondo della giustizia, non essendo titolare in passato di diritti e non potendo nemmeno testimoniare in un processo²³. Si tratta in questi casi di difficoltà nell'accesso

²⁰ Con riferimento al ruolo assunto dalla vittima nelle odierne configurazioni del processo e della giustizia la letteratura è molto ricca. Rinvio, per una ricognizione a S. VIDA, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, cit., 505 e ss.; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Nottetempo, Roma, 2014; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015. Garapon intravede nella centralità odierna della vittima un segnale del ritorno al paradigma della vendetta, in A. GARAPON, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, cit., 91.

²¹ Il riferimento è ovviamente alla distinzione tra garanzie primarie e secondarie proposta da Luigi Ferrajoli, ove le secondo sono dirette ad assicurare l'effettività "secondaria", di tipo giurisdizionale" dei diritti, Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, 668 e ss.

²² Sul punto mi permetto di rinviare a M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017.

²³ Sulla problematicità relativa all'accesso alla giustizia da parte delle soggettività non paradigmatiche, con particolare riferimento alla questione della credibilità in giudizio, mi permetto di rinviare a O. GIOLO, *Sul diritto fondamentale di asilo. Sviluppi recenti e preoccupanti del rapporto tra diritto e narrazione in Italia*, in *Ragion pratica*, 2/2019, 517-533.

alla giustizia che hanno radici profonde nella tradizione giuridica e che oggi riemergono in ragione della riconquistata centralità della dimensione privatistica della giustizia stessa. È questo il caso tipico dei percorsi dell'immigrazione e della tratta, le cui vittime – ricondotte nell'alveo dei c.d. "gruppi vulnerabili"²⁴ – faticosamente possono individuare tribunali e corti ai quali legittimamente accedere per la denuncia delle vessazioni subite da soggetti criminali e/o istituzionali. Tale difficoltà nell'accesso alla giustizia retributiva/correttiva concorre in modo netto alla progressiva marginalizzazione di questi stessi soggetti, i quali molto spesso non hanno alcuna possibilità di ambire al piano della giustizia distributiva, in quanto privi della cittadinanza dello Stato in cui si trovano a vivere o della residenza nella città in cui abitano, e dunque privi di qualsiasi forma di soggettività politica riconosciuta²⁵.

A ben vedere, qui emerge la natura ambivalente del neoliberalismo.

Parallelamente alla crescita del problema dell'accessibilità alla giustizia, si sono imposte negli ultimi anni retoriche pervasive sul tema della giustizia "efficiente"²⁶, che deve giungere a decisioni e sentenze in modo veloce, soddisfacente per le parti e con costi contenuti. A fronte della possibilità di raggiungere tutte le persone, ovvero di offrire loro la possibilità concreta di agire in giudizio, l'amministrazione della giustizia è chiamata ad ottimizzare costi e procedure. Le recenti riforme della giustizia tendono infatti a trasformare questo ambito in un'impresa che segue dettami manageriali, i quali a loro volta risponderebbero ad un'esigenza di giustizia "efficiente" espressa dalla società.

Dunque, a fronte della restrizione del campo di azione della giustizia stessa, in ragione della compressione dell'accesso ad essa, le retoriche vertono attorno ad una sua ottimizzazione funzionale.

Si tratta ovviamente di una contraddizione apparente e che risponde in verità alla logica binaria che caratterizza le politiche neoliberali, in ragione delle quali i soggetti vengono differenziati tra loro in virtù della loro capacità di adeguamento agli *standards* neoliberali di produttività e competitività.

²⁴ In merito alle criticità che questa categoria si porta appresso cfr. M.G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021, 19 e ss.

²⁵ Cfr. in tema di "democrazia escludente" e proceduralizzazione del conflitto, con particolare riferimento alla condizione migrante, E. SANTORO, *I rifugiati e le nostre categorie di morale, politica, diritto e democrazia*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., 151-177.

²⁶ Per Garapon, nella governamentalità neoliberale, il criterio dell'efficienza si sostituisce alla politica, in A. GARAPON, *Lo stato minimo*, cit., 138.

L'opposizione efficientismo vs. accessibilità corrisponde esattamente ad altre dinamiche apparentemente contraddittorie che caratterizzano le trasformazioni della giustizia degli ultimi decenni. Basti pensare, ad esempio, al ricorso massiccio alle politiche penali per "punire i poveri"²⁷ (con il conseguente, noto, passaggio dal modello dello Stato sociale a quello dello Stato penale) a fronte del sempre più frequente ricorso a forme di arbitrato – esterne e disancorate dalle procedure giudiziarie classiche – che invece soddisfano gli interessi e le pretese dei soggetti abbienti.

Populismo penale e arbitrato figurano quindi come regimi (apparentemente) opposti nella medesima trasformazione, che vede imporsi dinamiche diverse in relazione ai soggetti ai quali la giustizia si rivolge. Se per gli abbienti, i dominanti, i potenti, la transazione assurge a paradigma fondamentale, per chi non rientra in queste categorie sembra addirittura sufficiente un modello di giustizia standardizzato e informatizzato. Non a caso, il tema della giustizia predittiva, ovvero algoritmica, assume sempre più rilevanza nell'ambito della riorganizzazione dei tribunali, nonostante i rischi di discriminazione e serializzazione che notoriamente simili modelli si portano necessariamente appresso²⁸.

Il tutto, nella direzione della neutralizzazione, anziché gestione del conflitto. Le politiche neoliberali, difatti, mirano a negare l'esistenza di qualsivoglia conflitto, dato che quest'ultimo svela la natura oppressiva e violenta del mercato. Il conflitto va dunque tacitato, se non eliminato attraverso l'incapacitazione dei soggetti che lo sollevano. La giustizia neoliberale collabora a questa neutralizzazione: per un verso il conflitto viene assorbito e calmierato nella transazione; per altro verso viene represso attraverso l'eliminazione/incapacitazione di chi non si adegua al piano risarcitorio e chiede il cambiamento della società (ovvero rivendica l'accesso al piano della giustizia distributiva).

3. *La destabilizzazione neoliberale delle teorie della giustizia*

²⁷ L. WACQUANT, *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, Durham, 2009.

²⁸ Sulla discriminazione algoritmica la letteratura è molto ricca, per una ricognizione rinvio a S. VANTIN, *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale. Potenzialità e rischi per le persone, la Pubblica Amministrazione, le imprese*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

Nello scenario della globalizzazione neoliberale, le classiche teorie della giustizia vacillano in ragione dell'influenza che questa "seconda *Great Transformation*"²⁹ esercita sui "confini" della giustizia stessa: confini intesi non solamente nella loro dimensione fisica e geografica (si pensi ai dibattiti sulla possibilità di concepire teorie della giustizia che si collocano nell'orizzonte internazionale o transnazionale, fuoriuscendo dalla dimensione "domestica"³⁰), ma anche sotto il profilo contenutistico.

In questo senso, occorre forse rilevare il fatto che il neoliberalismo stesso si autorappresenta come un motore della giustizia globale: il capitale e il mercato sarebbero i migliori strumenti per l'emancipazione e l'arricchimento generalizzato, data la loro presunta natura inclusiva. La loro massimizzazione rappresenterebbe addirittura "la via miglior per il socialismo"³¹, tanto da rendere inutile il ricorso al modello dello Stato sociale. Tutti, prima o poi, accederanno alla ricchezza.

Tuttavia, negli ultimi decenni si è assistito a ben altro: le disuguaglianze sono esplose³², si è accelerata la concentrazione di capitali presso centri privati (o singoli individui), con un vero e proprio travaso di denaro dai fondi pubblici a quelli privati, e sono cresciute esponenzialmente le forme dello sfruttamento³³.

Questa ulteriore (e apparente) contraddizione tra retoriche e dinamiche reali lascia intravedere le tracce di una destabilizzazione in atto dei c.d. "elementi minimi" della giustizia, per come teorizzati in ambito filosofico-giuridico³⁴, e riconoscibili nell'alterità, nell'eguaglianza e nel *debitum*.

La dimensione dell'alterità indica il fatto che il tema della giustizia presuppone l'esistenza di una relazione intersoggettiva, che permette la

²⁹ L'espressione è di Ulrich Beck, che ovviamente si rifà a Karl Polanyi, in U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 5.

³⁰ Per una ricognizione del dibattito in merito cfr., *ex multis*, I. TRUJILLO, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

³¹ U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, cit., 9.

³² L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2000. Cfr. D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004; F. BOURGUIGNON, *The Globalization of Inequality*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2015; B. MILANOVIC, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012.

³³ M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion Pratica*, 2010. Si veda inoltre A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016.

³⁴ Cfr. per una ricognizione B. PASTORE, *Giustizia*, cit., 263 e ss. Cfr. B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017.

comparazione tra soggetti e situazioni. Le teorie classiche della giustizia, dunque, implicano la relazione, tanto che “la correlazione intersoggettiva costituisce, pertanto, l’essenza della giustizia”³⁵. Ma nel contesto delle società neoliberali, questa è soppiantata dal paradigma privatistico³⁶, in due sensi. In primo luogo, non si rappresentano problemi che investono collettivamente più persone e dunque la sfera pubblica, ma i temi tipicamente pubblici (la casa, la salute, il lavoro e così via) divengono problemi personali (e più precisamente, di performance individuale³⁷). In secondo luogo, l’ideologia neoliberale è interessata alla gestione degli individui intesi non quali soggetti di giustizia ma quali fattori di rischio³⁸.

Tutto ciò si traduce nella difficoltà sempre maggiore di individuare i legami sociali, le dimensioni comunitarie, dunque di vedere e intendere e riconoscere l’altro³⁹.

Quanto all’eguaglianza, altro elemento minimo delle teorie della giustizia, occorre ricordare che la sua funzione è quella di individuare il criterio di determinazione di ciò che spetta ad ognuno/a⁴⁰. Se la regola minima è riconoscibile nella formula aristotelica “tratta i casi uguali in modo uguale e i casi diversi in modo diverso”, le teorie della giustizia contemporanee possono contare su una concezione complessa dell’eguaglianza, arricchita delle nozioni di differenza, diseguaglianza e discriminazione, che ha notevolmente chiarito i contenuti della giustizia stessa, permettendo una migliore identificazione delle differenze e somiglianze rilevanti, e una migliore comprensione delle relazioni

³⁵ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021, 29.

³⁶ Secondo Byung-Chul Han, le società contemporanee si contraddistinguono per la “scomparsa dell’alterità” (B.-C. HAN, *La società della stanchezza*, nottetempo, Milano, 2020, 15).

³⁷ Sui “soggetti di prestazione”, imprenditori di se stessi, *ivi*, 23 e ss.

³⁸ M. RIEGER, “Lo sguardo statistico”: *l’adattamento dell’occhio umano alla società della sorveglianza*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2010, 101-111.

³⁹ Scrive Achille Mbembe: «[p]iù o meno dappertutto [...] il tema è quello della sospensione, della limitazione o addirittura della revoca o dell’abolizione pura e semplice – della Costituzione, della legge, dei diritti, delle libertà civili, della nazionalità, di tutti i tipi di tutele e garanzie che fino a poco tempo fa si consideravano acquisite. La maggior parte delle guerre contemporanee così come delle forme di terrore a queste associate non mirano al riconoscimento, ma alla costituzione di *un mondo che prescinde dalla relazione*» (A. MBEMBE, *Nanorazzismo. Il corpo notturno della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 46). Si veda anche quanto sostiene Bauman a proposito della «comunità estetica», quale «aggregazione di anime solitarie», in cui la relazione è ridotta ai «legami da luna park» (Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 66).

⁴⁰ H.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1991, 187 e ss.

intersoggettive e delle loro articolate dinamiche⁴¹. Tuttavia, è chiaro che il principio di eguaglianza è attualmente oggetto di un pesante depotenziamento, sia in ambito giuridico, sia in ambito politico. Se l'eguaglianza (nella sua accezione complessa, dunque intesa in senso formale e sostanziale) guida l'idea di giustizia dello Stato costituzionale, nelle società dominate dal paradigma neoliberale sembra invece imporsi una concezione della giustizia sganciata dall'eguaglianza e compatibile (in chiave pre-moderna) con la diseguaglianza. Non a caso Slavoj Žižek, commentando l'atteggiamento filantropico dell'*élite* mondiale, si sofferma sul superamento della giustizia e sul ritorno della "beneficienza" quale paradigma molto più coerente con i dettami neoliberali⁴². Se infatti la giustizia si costruisce sul criterio dell'eguaglianza, la beneficienza presuppone invece la diseguaglianza, necessitando di classi di individui gerarchicamente ordinate: solamente in presenza di soggetti bisognosi, chi si trova – per qualsiasi ragione, anche in seguito ad azioni criminali e/o predatorie – in una condizione di potere può elargire i propri contributi volontari.

Infine, c'è l'elemento del *debitum*. Sulla sua individuazione la letteratura si è molto soffermata⁴³, ma si potrebbe giungere ad affermare, in termini estremamente sintetici, che le teorie della giustizia che rinviano al modello dello Stato costituzionale ruotano attorno ai diritti, ovvero individuano nei diritti i contenuti fondamentali del *debitum*. A questo proposito, occorre ricordare che anche il discorso sui diritti è drammaticamente in crisi, sia sul piano teorico (con un attacco sempre più pervasivo al carattere dell'universalità) sia su quello pratico (attraverso l'adozione di normative e prassi che, in vario modo, mirano a contenerne l'applicazione e le ricadute). Inoltre, in ossequio alle tendenze "privatizzanti" in ogni ambito, anche i diritti vengono sempre più intesi quali istanze nella disponibilità dell'individuo, in ragione della sua libera scelta⁴⁴. I diritti, pertanto, non sembrano rappresentare più il fondamento del *debitum*, o quantomeno concorrono in modo meno diretto e preciso a definirne i contorni.

⁴¹ Sulla nozione complessa di eguaglianza in uso negli ordinamenti contemporanei cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2018.

⁴² S. ŽIŽEK, *La violenza invisibile*, Rizzoli, Milano, 2007, 28 e ss.

⁴³ B. PASTORE, *Giustizia*, cit., 263 e ss.

⁴⁴ Sul punto mi permetto di rinviare a A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, cit., 21 e ss.

A fronte di un simile, progressivo, svuotamento degli elementi minimi della giustizia, risulta evidente il fatto che quest'ultima tenda ad assumere significati "coerenti" – come avveniva in passato – con la disuguaglianza, il misconoscimento e l'oppressione, favorendo così concezioni e tipi di giustizia funzionali al mantenimento delle posizioni di potere.

Per tornare a parlare di giustizia in senso proprio anche nella contemporaneità appare necessario, allora, rivitalizzare in ambito giuridico e politico il discorso sull'eguaglianza e sui diritti, al fine di recuperare gli elementi minimi qualificanti la medesima nozione e al contempo evitare di assecondare le retoriche efficientiste che nascondono piani di differenziazione e gerarchizzazione, marginalizzazione e sperequazione.

1/2022

LORENZO MILAZZO*

Potere politico e «autonomia» del diritto**

SOMMARIO: 1. La “natura” duplice del potere politico – 2. Per una teoria giuridica del potere politico – 3. Potere politico, violenza, obbedienza.

La contrapposizione tra chi comanda, cioè tra chi pone le norme giuridiche, e chi è obbligato all'obbedienza, cioè all'esecuzione delle norme, [...] è [...] il contenuto caratteristico dell'ordinamento giuridico.
H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*

Se si tratta [...] di un tribunale di ultima istanza, l'applicazione della norma generale ipotetica al caso concreto dipende dal suo riconoscimento da parte del giudice; e questo riconoscimento consiste nel fatto che il giudice deve rivolgere a se stesso una norma individuale che sia conforme alla norma generale e produrre questa norma individuale. [...] A questo riguardo non esiste quindi nessuna differenza sostanziale tra diritto e morale [...]. Sono entrambi autonomi nel senso che l'applicazione della norma generale in un caso concreto dipende dal riconoscimento della sua validità da parte dell'organo che applica la norma generale.
H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*

1. La “natura” duplice del potere politico

Nelle pagine che seguono vorrei soffermarmi brevemente sulla capacità del tutto peculiare di costringere alcuni a fare quel che si vuole prescrivendo ad altri di punire chi non lo faccia anche eventualmente ricorrendo all'uso della forza, senza che questi ultimi debbano a loro volta essere costretti a obbedire.

Propongo di chiamare questa capacità “potere politico” e “diritto” la «tecnica specifica di organizzazione sociale»¹ di cui si avvale, bene o male, chi la esercita.

Si tratta di ridefinizioni parziali, fortemente selettive e tutt'altro che originali, i cui limiti innumerevoli sono noti², ma può essere utile comunque

* Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, prefazione di E. GALLO, introduzione di G. PECORA, ETAS, Milano, 1994, 5, 19, 26. Cfr. ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. TREVES, Einaudi, Torino, 2000, 68 e ss. e ID., *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, a cura di R. GUASTINI, Il Saggiatore, Milano, 1981, 94-121.

² Cfr., ad esempio, F. RICCOBONO, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in F. RICCOBONO, F. ROMEO (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con*

ricorrervi per richiamare l'attenzione, per un verso, sulla rilevanza persistente e le peculiarità delle pratiche a cui si riferiscono e per mostrare, per altro verso, che neppure riducendoli alle loro forme più triviali potere politico e diritto possono essere risolti nella forza.

Bobbio rilevava nel 1976 che il potere politico «si fonda sul possesso degli strumenti attraverso i quali si esercita la forza fisica (le armi di ogni specie e grado)», si identifica con il «potere coattivo» in senso stretto e va perciò distinto da quello «ideologico», che invece «si fonda sulla influenza che le idee formulate in un certo modo, emesse in certe circostanze, da una persona investita di una certa autorità, diffuse con certe procedure, hanno sulla condotta dei consociati»³. Una più attenta considerazione dei nessi, innanzitutto funzionali, che intercorrono normalmente fra «potere ideologico» e «potere coattivo» suggerisce tuttavia di distinguere il potere politico da entrambi e di ravvisare in essi, piuttosto, due diverse componenti della capacità in cui consiste.

L'ambivalenza di questa capacità – che è, *in nuce*, autorità che il re, «signore alimentare»⁴ e condottiero del suo popolo, esercita sui *suoi*, ma anche *potere coercitivo* o *strumentale*⁵ a cui assoggetta gli *altri*, i nemici che il suo esercito ha sconfitto⁶ – è illustrata molto bene da Bodin nel primo dei suoi *six livres de la République*, nel quale spiega che lo Stato ebbe «origine dalla forza e dalla violenza» perché «le [...] guerre e le contese» fra i

Luigi Ferrajoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 39-40 e, più recentemente, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021, XV.

³ N. BOBBIO, *Politica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica* (1976), UTET, Torino, 2004, 711. Come osserva Tommaso Greco, benché ribadisca innumerevoli volte che «diritto e potere sono due facce della stessa medaglia» e «nonostante la considerazione più volte ripetuta che sia solo il punto di vista (del giurista o del politologo) a determinare che all'origine si ponga una norma o un potere, Bobbio propende chiaramente per una soluzione più radicale che privilegia la *priorità del potere*: una priorità per così dire logica e cronologica e non assiologica, fondata su una critica 'definitiva' alla norma fondamentale kelseniana» (T. GRECO, *Norberto Bobbio e la scienza del potere*, in N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, a cura e con un saggio introduttivo di T. GRECO, Giappichelli, Torino, 2020, XLIII-XLIV). Si sarebbe trattato «semplicemente [...] di constatare che il potere supremo è tale solo in quanto si accompagna ad una norma fondamentale che lo qualifichi», ma Bobbio, a quanto pare, non fu disposto a farlo se non forse a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta (*ivi*, XLV e ss.).

⁴ É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. II. Potere, diritto, religione* (1969), edizione italiana a cura di M. LIBORIO, Einaudi, Torino, 2001, 305.

⁵ Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere* (1982, 1992²), trad. it. di P. VOLONTÉ e L. BURGAZZOLI, a cura di S. CREMASCHI, il Mulino, Bologna, 2001, 7 e 65-84.

⁶ Cfr. *ivi*, 111.

capifamiglia ridussero gli sconfitti in servitù dei vincitori rendendo, d'altra parte, questi ultimi «sudditi fedeli e leali dei loro capi»⁷.

La sua importanza non deve essere sopravvalutata, ma non può neppure essere del tutto trascurata, specie di questi tempi, se non altro perché i riottosi e i renitenti (per fortuna o purtroppo ve n'è sempre qualcuno) difficilmente possono essere costretti a obbedire a chi comanda se non c'è chi sia disposto ad obbedirgli senza esservi costretto quando ordini di esercitare contro di loro la violenza.

John R. Searle ha osservato che «il potere politico [...] è diverso dal potere militare, dal potere della polizia o dal bruto potere fisico che il più forte ha sul più debole», ma ha anche rilevato che «non esiste [...] qualcosa come il potere politico senza il potere della polizia e il potere militare»⁸: «il paradosso dell'autorità politica» a suo avviso starebbe proprio nel fatto che essa «trova fondamento nell'accettazione collettiva, ma l'accettazione collettiva, quantunque non sia basata anch'essa sulla violenza, può continuare a funzionare se e solo se c'è una permanente minaccia di violenza (ad opera dell'esercito o della polizia)»⁹.

Questo paradosso, tuttavia, può essere evitato constatando che, laddove l'accettazione fosse *davvero* collettiva, del potere politico non si avvertirebbe alcun bisogno perché *nella* comunità politica non vi sarebbe nessuno sul quale esercitarlo, ad eccezione dei nemici *interni* della stessa comunità politica. Laddove l'accettazione fosse *davvero* collettiva, non vi sarebbe 'potere politico' se non, forse, nel senso arendtiano di «capacità [...] di agire di concerto»¹⁰. Ma la ridefinizione di Hannah Arendt del potere

⁷ J. BODIN, *I sei libri dello Stato* (1576), a cura di M. ISNARDI PARENTE, I, UTET, Torino, 1964, 265-266.

⁸ J.R. SEARLE, *Ontologia sociale e potere deontico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2004, 38. Cfr. F.E. OPPENHEIM, *Potere bruto e potere deontico. Una risposta a Searle*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale*, cit., 105.

⁹ J.R. SEARLE, *Ontologia sociale e potere deontico*, cit., 37.

¹⁰ H. ARENDT, *Sulla violenza* (1970), trad. it. di A. CHIARUTTINI, Mondadori, Milano, 1971, 55. Cfr. J. HABERMAS, *La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt* (1976), in *Comunità*, XXXV, 183/1981, 56-73; P.P. PORTINARO, *Hannah Arendt e l'utopia della polis*, in *Comunità*, XXXV, 183/1981, 48 e ID., *La politica come cominciamento e la fine della politica*, in R. ESPOSITO (a cura di), *La pluralità irrepresentabile. Il pensiero politico di Hannah Arendt*, QuattroVenti, Urbino, 1987, 32; S. FORTI, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Bruno Mondadori, Milano, 2006, 14 e ss.; F. MENGA, *La mediazione e i suoi destini. Profili filosofici contemporanei fra politica e diritto*, ombre corte, Verona, 2012, 148; M. LA TORRE, *Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 99, 3/2013, 407 e ID., *Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del*

politico ha a che fare con le pratiche conflittuali che comunemente vengono in considerazione quando ci si occupa di politica e potere solamente perché induce a ignorarle quasi del tutto, finendo fra l'altro per ratificare, deliberatamente o meno, l'espulsione dalla comunità politica di quella «parte dei *senza-parte*»¹¹ sulla quale il potere politico è effettivamente esercitato¹².

Il potere politico si basa sull'«acquiescenza volontaria»¹³ di una parte della comunità politica, e più in particolare di quella parte della comunità politica che, obbedendo, sappia mostrarsi in grado di esercitare efficacemente sull'altra la violenza in modo da rendere credibile la minaccia della pena¹⁴. In questa parte il potere politico non può che *confidare*, perché non può disporre di altra forza se non di quella che essa metta spontaneamente a sua disposizione¹⁵.

diritto, 1/2019, 135 e ss.; A. CAVARERO, *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Cortina, Milano, 2019, 16.

¹¹ J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e filosofia* (1995), trad. it. di B. MAGNI, Meltemi, Roma, 2007, 33.

¹² Cfr. S. LUKES, *Il potere. Una visione radicale* (1974, 2005²), trad. it. di O. JANNI, Vita & Pensiero, Milano, 2007, 43 e ss. Mi permetto di rinviare anche a L. MILAZZO, *Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 1/2021, 57-58.

¹³ S. LUKES, *Il potere*, cit., 95.

¹⁴ Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 77-78.

¹⁵ Pur ritenendo che il diritto consista in «una tecnica sociale che, attraverso la norma, orienta i comportamenti collettivi anche, ma non esclusivamente, mediante l'uso della coercizione» (T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 12) e che non si possa «non accogliere l'idea dell'uso della forza "come momento fisiologico e non patologico né eventuale dell'esperienza giuridica"» (*ivi*, 51, ove è citato a sua volta F. RICCOBONO, *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, a cura di F. CERRATO e M. LALATTA COSTERBOSA, il Mulino, Bologna, 2020, 133), Tommaso Greco crede che la *fiducia* sia «un elemento essenziale che [...] condiziona la struttura e il funzionamento» del diritto e che tale fiducia sia riposta «dal diritto» nella generalità dei consociati prima ancora che nei suoi organi: «pare difficile negare che ci sia un momento nella struttura delle norme giuridiche che rinvia necessariamente alla capacità dei consociati di riconoscersi reciprocamente e dunque di conformarsi alle norme stesse, adempiendo agli obblighi che ne derivano» (*ivi*, 88-89). Distinguendo il momento in cui «la norma si occupa della relazione nella sua dimensione fisiologica» da quello in cui «essa si occupa della relazione nella dimensione patologica, che trova il suo esito nell'intervento della giurisdizione e della coazione», e rilevando che «in entrambi i casi abbiamo a che fare con il diritto» (*ivi*, 53), Greco ritiene di poter tenere insieme, nel concetto di diritto, *fiducia* e *forza*. Personalmente credo che vi sia qualcosa di paradossale nell'idea che si manifesti fiducia nei confronti di colui che si minaccia se, prima di dirgli che sarà punito se non farà una certa cosa, gli si ordina di farla. Popitz ha sostenuto che «chi minaccia apertamente si impegna in una rivendicazione di potere, vincola se

Se è possibile fare affidamento su “buone armi”¹⁶, sull’indifferenza degli «spettatori»¹⁷ o sulla disorganizzazione o il disaccordo fra gli oppositori¹⁸, questa parte può essere talora anche molto piccola¹⁹, ma resta il fatto che, per esercitare il potere coercitivo efficacemente e in modo accentrato, sistematico e diffuso, è necessario che per una ragione o per l’altra alcuni siano pronti a obbedire spontaneamente perché tutti gli altri possano essere costretti a farlo.

La teoria novecentesca del diritto ha probabilmente offerto, a volte anche suo malgrado, una delle rappresentazioni più persuasive di questa capacità e della specifica tecnica sociale che ne consente l’esercizio, mostrandone i limiti oggettivi di funzionamento e contribuendo significativamente a determinarne la portata.

2. Per una teoria giuridica del potere politico

Nonostante le cautele che il suo metodo gli impose e gli sforzi che profuse per occultare i «rapporti sociali di dominio-subordinazione [...] che costituiscono il vero contenuto dell’ordinamento statale»²⁰, Hans Kelsen forse alla fine dovette constatare che tramite il diritto alcuni, i cui atti sono imputati in genere alla «comunità giuridica» o agli «ordinamenti» che a vario titolo impersonano, per obbligare altri a comportarsi come vogliono prescrivono ad altri ancora di punirli qualora non lo facciano,

stesso alla necessità di futuri conflitti, avvelena tutte le relazioni che non sopportano tali sfide» (H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 68). Le relazioni di fiducia sono, a mio avviso, le prime ad essere avvelenate dalla violenza insita nelle minacce delle quali, a quanto pare, chi ricorre alla particolare tecnica sociale in cui consiste il diritto ritiene, in genere, di non poter fare a meno.

¹⁶ Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 57 e ss.

¹⁷ *Ivi*, 172.

¹⁸ *Ivi*, 155 e ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto* (1939), trad. it. di S. CASTIGNONE, Giuffrè, Milano, 1967, 106-107, 114 e ss. e M. STOPPINO, *Potere e teoria politica*, ECIG, Genova, 1982, 215.

²⁰ R. GUASTINI, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, cit., 17 (ma si veda anche il suo intervento al X Congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica, svoltosi a Bari nell’ottobre del 1974, in *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, a cura di R. ORECCHIA, Giuffrè, Milano, 1976, 99-103, in particolare 100 e 102). Cfr., ad esempio, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 36 e ID., *I giudizi di valore nella scienza giuridica* (1942), in H. KELSEN, *La teoria del bolscevismo*, a cura di R. GUASTINI, cit., 122-145, nonché ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1975, 26-34.

autorizzandoli a ricorrere anche eventualmente all'uso della forza per privarli di cose alle quali è molto probabile che tengano (la vita, la libertà, gli averi...)»²¹.

Il diritto per Kelsen certo non è *solamente* questo e non è neppure *esattamente* questo, ma sembra difficile negare che sia questa in fondo, al di là di ogni più o meno deliberato infingimento, l'idea di diritto che sta al cuore della sua dottrina.

È senz'altro vero che «i motivi del comportamento conforme a diritto non sono affatto soltanto il timore delle sanzioni giuridiche, e neanche la credenza della forza vincolante delle regole giuridiche»²², ma ciò non toglie che per Kelsen «la coercizione [sia] un elemento essenziale del diritto» in quanto tale e che «se l'ordinamento dispone una punizione nel caso che un uomo commetta omicidio, furto, adulterio, è perché il legislatore suppone, a torto o a ragione, che la credenza in Dio e nei Suoi Dieci Comandamenti, che gli altri motivi che non siano il timore della punizione giuridica, non bastino ad indurre gli uomini ad astenersi dall'omicidio, dal furto, dall'adulterio»²³.

²¹ Secondo Francesco Riccobono, nonostante «la svolta 'imperativistica', operata [...] a partire dalla *General Theory of Law and State* del 1945», per Kelsen «il 'dover agire in una determinata maniera'» resta comunque «staccato da ogni volontà, tanto del normatore quanto dei destinatari delle norme», e continua a essere «rappresentato» dalla sua dottrina pura del diritto «in forma impersonale e autonoma» (F. RICCOBONO, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, cit., 35). Per quanto chiarisca effettivamente che la norma *continua* a esistere «anche quando il volere, il cui senso soggettivo è il dover essere, ha cessato di fatto di esistere» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16-17), Kelsen d'altra parte «non si stanca di sottolineare, appena se ne presenti l'occasione, che le norme giuridiche [...] sono il significato di atti di volontà» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLII, 1/2012, 237-261, in particolare 244). Come ha osservato Bruno Celano, «una norma giuridica è, secondo Kelsen, un contenuto di senso che ha origine, viene ad esistenza, mediante un atto intenzionale», sebbene la sua «esistenza si rend[er]a indipendente, autonoma, dall'effettiva sussistenza dell'atto in questione» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999, 247). Nella dottrina pura del diritto di Kelsen «la volontà esiste come precursore del diritto e dell'indagine giuridica», sebbene non sia «oggetto di indagine scientifico-giuridica, quanto invece può esserlo la sua oggettivazione o comunicazione, cioè il suo senso» (F. ROMEO, *Senso e significato in Kelsen e nei suoi interpreti*, in *Dieci obiezioni a Kelsen*, a cura di F. RICCOBONO e F. ROMEO, cit., 49).

²² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 24. Cfr. E. RIPEPE, *La questione della crisi del diritto e dello Stato come messa in questione dell'obbligazione giuridica e dell'obbligazione politica*, in ID., *Riforma della costituzione o assalto alla costituzione*, Cedam, Padova, 2000, 114.

²³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 26. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza* (1965), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. GRECO, introduzione di R.

Kelsen, tuttavia, vide anche fin da principio molto bene che sarebbe «impossibile assicurare l'efficacia di tutte le regole di un ordinamento giuridico mediante regole che dispongano delle sanzioni. [...] Tutte le norme di un ordinamento giuridico – si legge ad esempio nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* – sono norme coercitive, cioè norme che dispongono sanzioni; ma fra queste norme ve ne sono alcune la cui efficacia non è assicurata da altre norme coercitive»²⁴.

Come è noto secondo Kelsen una norma appare al giurista come il senso *oggettivo* di «un atto della volontà umana riferentesi intenzionalmente alla condotta di un altro uomo», il cui senso *soggettivo* è un «dover essere»²⁵, e anzi, più precisamente, il dover essere di un atto coercitivo²⁶. E per Kelsen l'atto il cui senso *soggettivo* è il dover essere di un atto coercitivo ha *oggettivamente* il senso di dover essere se «il comportamento, cui l'atto intenzionalmente si riferisce, è considerato come “dovuto” non solo dal punto di vista dell'individuo che pone in essere l'atto, ma anche dal punto di vista di un terzo estraneo»²⁷ secondo il quale, evidentemente, ci «si deve comportare nel modo previsto dalla norma»²⁸.

È chiaro, d'altra parte, che se a costui si chiedesse per quale ragione ritiene che la norma debba essere applicata, non potrebbe limitarsi a rispondere che lo si deve fare perché l'autore dell'atto di cui la norma è il senso l'ha comandato: «Il fatto che qualcuno ordini qualcosa non è un motivo per considerare l'ordine come una norma valida, cioè vincolante per i destinatari. Soltanto un'autorità competente può statuire norme valide e

GUASTINI, Giappichelli, Torino, 2012, 101-118, in particolare 110-111 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 80 e ss.

²⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 29. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, cit., 102 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 70 e ss., 201 e ss., 208 e ss.

²⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16. Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 86 e ss., 143 e ss.

²⁶ Secondo «il postulato del gius-positivismo formulato dallo stesso Kelsen», si noti, *non* sono norme *giuridiche*, come sostiene Luigi Ferrajoli, «tutte e solo le norme poste o prodotte da chi è abilitato a produrle» (L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 28), bensì soltanto quelle... *giuridiche*. Detto altrimenti: soltanto a un atto che abbia il senso *soggettivo* di una norma *giuridica*, ossia il senso del dover essere di un atto coercitivo, può essere conferito il senso *oggettivo* di una norma *giuridica*. Cfr. A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, 53-54.

²⁷ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16-17.

²⁸ *Ivi*, 217. Si veda anche H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. di M. TORRE, a cura di M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1985, 53. Cfr. M. TROPER, *Ross, Kelsen et la validité*, in ID., *La théorie du droit, le droit, l'état*, PUF, Paris, 2001, 19-34, in particolare 23-25.

tale competenza può riposare soltanto su una norma che autorizzi alla produzione di norme»²⁹.

È così che, risalendo di autorità in autorità e di norma in norma, il «terzo estraneo» al cui punto di vista, eventuale e ipotetico, il giurista fa riferimento, giungerebbe infine a presupporre l'esistenza di una norma fondamentale che potrebbe essere descritta da una proposizione che «suona così: “Si devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e nel modo stabilito dalla costituzione che sia storicamente la prima e delle norme poste conformemente ad essa”; ovvero, in forma più breve: “Bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione”»³⁰.

Ci si deve comportare nel modo previsto dalla norma – risponderebbe il “terzo estraneo” a chi gli chiedesse per quale ragione riterrebbe di doverlo fare – perché *appartiene* ad un ordinamento le cui norme devono essere applicate³¹.

²⁹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 218, ma si veda anche, ad esempio, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 111-112. Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 273 e ss. e T. GAZZOLO, *Hans Kelsen. Norma. Fondamento. Nichilismo. Colpa. Democrazia*, DeriveApprodi, Roma, 2021, 28 e ss.

³⁰ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226. Cfr. N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. GRECO, introduzione di A. CARRINO, Giappichelli, Torino, 2014, 149-169, in particolare 154-155.

³¹ Secondo Carlos S. Nino per Kelsen «dire che una norma è valida equivale a dire che essa esiste e ha forza obbligatoria, ed è una condizione necessaria di tale validità, esistenza o forza obbligatoria, che la norma appartenga a un sistema vigente; a sua volta la norma apparterrà ad un sistema giuridico vigente solo se la sua emanazione sarà autorizzata da un'altra norma di questo sistema» (C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* [1973-1975, 1980²], trad. it. di M. BARBERIS, P. CHIASSONI, V. OTTONELLI, S. POZZOLO, Giappichelli, Torino, 1996, 121). Mauro Barberis ha constatato, per un verso, che «la validità-correlazione è la ragione, meglio, il criterio identificativo e la giustificazione, della validità-obbligatorietà di una norma» rilevando, per altro verso, che «le dottrine della validità-esistenza e della validità-obbligatorietà non dicono nulla di più di quanto Kelsen potrebbe dire in termini di norma» (M. BARBERIS, *La norma senza qualità. Appunti su «validità» in Hans Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, 405-438, in particolare 429 e 438). Per Celano «appartenenza a un sistema normativo e forza vincolante non sono, nella teoria del diritto di Kelsen, criteri alternativi di validità, reciprocamente irrelati. Se una norma abbia forza vincolante o no dipende dalla risposta alla domanda se essa appartenga o no al sistema normativo preso in considerazione (se, cioè, essa sia derivabile dalla sua norma fondamentale, o sia la sua norma fondamentale)» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 329-330). Le conclusioni di Juan Ruiz Manero non sembrano diverse: «podemos presentar “validez” como un término de enlace entre ciertos hechos condicionantes y ciertas consecuencias. Y ello es lo que explica que hablemos de “validez” en el contexto de dos tipos de enunciados: en primer lugar enunciados del tipo “como la ley X ha sido dictada por el órgano competente, dentro del marco de su competencia y con

La dottrina pura del diritto constata che chi considera categoricamente doveroso l'atto coercitivo prescritto dalla norma *assume* sempre, consapevolmente o meno, l'esistenza della norma fondamentale che la convalida. Secondo la dottrina pura del diritto, quando i giuristi affermano che è valida una norma dovrebbero "limitarsi" a constatare che chi, *in ipotesi, assumesse* l'esistenza della norma fondamentale da cui è convalidata riterrebbe, se sapesse «pensar bene»³², che ci si deve comportare come prescrive perché la norma fondamentale la convalida³³.

Che non sia questo quello che effettivamente fa la dottrina, è probabile che in realtà a Kelsen fosse chiaro³⁴. Che sia possibile desumere logicamente dalle premesse normative, vere o presunte, di qualcuno le conclusioni alle quali *dovrebbe* pervenire, senza assumere a propria volta (o ipotizzare che egli assuma) anche la validità *normativa* delle regole di trasformazione che si applicano, è controverso e lo stesso Kelsen offrì in fondo buone ragioni per poterne dubitare³⁵. Come è a dir poco controverso che la scienza

arreglo al procedimiento establecido para ello, la ley X es válida (o, lo que es lo mismo, pertenece al sistema jurídico de referencia, o lo que es también lo mismo, existe como tal)" o del tipo "como la ley X es válida (o, lo que es lo mismo, pertenece al sistema jurídico de referencia o, lo que es lo mismo, existe como tal), es obligatorio, de acuerdo con ese sistema jurídico de referencia, comportarse como las normas regulativas que dicha ley contiene prescriben"» (J. RUIZ MANERO, *Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista*, in *Analisi e diritto*, 2014, 115-128, in particolare 122). Si veda, tuttavia, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 66-67.

³² M. BARBERIS, *La norma senza qualità*, cit., 407.

³³ Come Celano ha chiarito molto bene, «l'idea che la norma fondamentale sia una norma "presupposta" [...] si presta a due interpretazioni: 1. il giurista muove da un'ipotesi: "Se N (la norma fondamentale) è valida, allora..."; 2. il giurista muove da un assunto (una tesi): "N (la norma fondamentale) è valida: dunque..." (ossia: "Poiché N è valida, allora..."). [...] Nella seconda ipotesi, il giurista è effettivamente in grado di asserire la validità delle norme derivate [...]; i giudizi di validità da lui formulati hanno, in questa ipotesi, carattere categorico, e non meramente ipotetico». Nella «prima ipotesi [...] la norma fondamentale non è una norma la cui validità sia, dal giurista, asserita [...]; è piuttosto una norma la cui validità è, dal giurista, meramente ipotizzata [...]. In questa ipotesi, però, neppure la validità delle norme derivate dalla norma fondamentale è asserita; è, anch'essa, soltanto ipotizzata. I giudizi di validità formulati dal giurista hanno, cioè, carattere meramente ipotetico, e non categorico» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 374-375).

³⁴ «Vero è che i giuristi considerano – aproblematicamente – valida la costituzione: ma, così facendo, più che presupporre una norma giuridica, professano un'ideologia politica», notava Guastini nella sua *Introduzione* a H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., 23.

³⁵ Su questo ora non si può che rinviare a L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit. e al dibattito che ne è seguito (cfr. in particolare, *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di F. RICCOBONO e E. ROMEO, cit. e L. FERRAJOLI *et alii*, *Il dover essere del diritto. Un*

giuridica kelseniana abbia realmente carattere descrittivo e non, piuttosto, attitudini e posture inconsapevolmente prescrittive: anche ammesso, infatti, che Kelsen *prescriva* ai giuristi di *descrivere*³⁶, non è affatto scontato che attenendosi ai suoi canoni i giuristi descriverebbero davvero³⁷.

dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Giappichelli, Torino, 2020).

³⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 119-148, in particolare 128.

³⁷ Come è noto, secondo Alf Ross «la validità in senso normativo non ha una funzione di descrizione e di spiegazione della realtà. La sua funzione consiste, invece, nel rafforzare l'ordinamento giuridico proclamando che gli obblighi da questo stabiliti non sono meri obblighi giuridici, sostenuti da sanzioni, ma anche doveri morali. Il concetto normativo di validità è, insomma, lo strumento di un'ideologia che sorregge l'autorità dello stato: per un quasi-positivista il sostegno è incondizionato; per un giusnaturalista esso è condizionato dalla compatibilità dell'ordinamento con certe norme di diritto naturale. Sotto questo aspetto, la teoria pura del diritto di Kelsen è una prosecuzione del pensiero quasi-positivista» (A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* [1961], in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. FEBBRAJO e R. GUASTINI, il Mulino, Bologna, 1982, 153). Per Riccardo Guastini «la giurisprudenza teorizzata da Kelsen – ed effettivamente praticata da quasi tutti i giuristi – [...] non informa, o non informa soltanto, ma itera e amplifica le prescrizioni legislative» e «di fatto si atteggia come se considerasse obbligatoria qualunque norma purchessia, indipendentemente dalla sua intrinseca giustizia» (R. GUASTINI, *Introduzione*, cit., 27). «Quello di Kelsen – secondo Guastini – è un positivismo ideologico: involontario, inconsapevole, e, per così dire, generalizzato. Involontario e inconsapevole, nel senso che deriva non da una scelta etico-politica in favore dell'obbedienza al diritto vigente, o tanto meno da una presunzione di giustizia del diritto quale che sia, ma da puri assunti concettuali (da concetti mal costruiti)» (R. GUASTINI, *Questioni aperte nella teoria pura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLII, 1/2012, 229-236, in particolare 230, nota 3). Per Barberis «ciò che è indiscusso, in Kelsen, è proprio che al diritto si debba obbedire» (M. BARBERIS, *La norma senza qualità*, cit., 418). E del resto, «il giurista kelseniano, nel mettersi da un punto di vista normativo, sceglie in realtà di collaborare all'organizzazione giuspolitica che descrive, di assumere il ruolo che in essa la metagiurisprudenza kelseniana gli assegna» (*ivi*, 426). Celano ritiene che «secondo la dottrina pura del diritto i giudizi di validità del giurista abbiano [...] carattere categorico» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 376-377), che le proposizioni giuridiche in realtà iterino norme e che i giuristi *assumano* pertanto la validità della norma fondamentale (cfr., *ivi*, 369 e ss.). Secondo Eugenio Bulygin la scienza giuridica kelseniana non è «una descripción avalorativa del derecho positivo, sino una forma de ideología política, una justificación del derecho bajo la forma del deber de aplicar y obedecer todo derecho existente» (E. BULYGIN, *El problema de la validez en Kelsen*, in H. KELSEN, E. BULYGIN, R. WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, 101). Ruiz Manero constata, per altro verso, che se vi sono «buenas razones para considerar que el concepto kelseniano de obligatoriedad es un concepto absoluto», ve ne sono anche «para considerar que se trata de un concepto relativo: es decir, para considerar que la obligatoriedad, en el marco de la teoría kelseniana, no es un predicado absoluto de una norma, sino algo que se

Ma a parte questo, sta di fatto che per Kelsen i giuristi *in teoria* dovrebbero poter interpretare il senso soggettivo di un atto intenzionale come il suo senso oggettivo indipendentemente dal fatto che vi sia effettivamente chi *assuma* l'esistenza della norma fondamentale dalla quale il suo autore è autorizzato a compierlo, *ipotizzandone* essi stessi l'esistenza. In pratica, tuttavia, questa conclusione deve essere rivista almeno in parte, perché i giuristi non si curano (né se ne cura, in effetti, la dottrina pura del diritto) della validità di norme e ordinamenti immaginari, bensì soltanto di quella del *diritto positivo*, ossia di «ogni ordinamento coercitivo efficace nelle sue grandi linee»³⁸.

Kelsen chiarisce inequivocabilmente che «l'efficacia di un ordinamento giuridico non è fondamento della sua validità più di quanto lo sia il fatto concreto della sua statuizione» e che «il fondamento della validità (cioè la risposta alla domanda perché si debba obbedire alle norme di questo ordinamento giuridico) è la norma fondamentale presupposta, sulla cui base ci si deve conformare ad una costituzione effettivamente statuita ed efficace nelle sue grandi linee e quindi alle norme effettivamente

predica de una norma de acuerdo con un cierto sistema normativo que puede adoptarse o no como esquema de calificación» (J. RUIZ MANERO, *Sobre la interpretación genovesa de Kelsen*, cit., 121). Nino, pur ritenendo «la presunzione ipotetica della validità, ossia della forza obbligatoria o giustificabilità del sistema [...] totalmente superflua», se non altro, ai fini della sua descrizione, non dubita del fatto che «secondo Kelsen, l'accettazione della norma fondamentale da parte dei giuristi non è categorica ma ipotetica, e ciò permette loro di identificare e di descrivere il diritto senza alcuna compromissione assiologica circa la validità o la giustificabilità delle sue norme» (C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., 121). Secondo Michel Troper «présupposer une norme fondamentale, n'est donc nullement prescrire de se conformer à la constitution, ni affirmer que le droit serait moralement obligatoire, mais seulement adopter la démarche nécessaire à tous ceux qui veulent pouvoir interpréter un acte de volonté quelconque comme ayant la signification d'une norme, quand bien même ils considéreraient qu'il est moralement interdit de lui obéir» (M. TROPER *Ross, Kelsen et la validité*, cit., 28-29). Per Pierluigi Chiassoni «la TDP latamente intesa contiene [...] anche un livello metateorico e metadogmatico, nel quale si situa una epistemologia giuridica pura: una teoria delle condizioni alle quali la teoria generale e lo studio dottrinale del diritto possono essere considerati imprese genuinamente scientifiche, idonee a procurare una conoscenza oggettiva ed esatta del diritto positivo» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, cit., 250).

³⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 247: «[La dottrina pura del diritto] descrive il diritto positivo, cioè ogni ordinamento coercitivo efficace nelle sue grandi linee, come un ordinamento normativo oggettivamente valido».

statuite in conformità a questa costituzione ed efficaci nelle loro grandi linee»³⁹.

Attribuire, più o meno esplicitamente, a Kelsen la tesi assurda e moralmente insostenibile che l'efficacia di un ordinamento sia una ragione sufficiente per applicare e osservare le sue norme, finendo in questo modo per conferirle un'autorevolezza che non merita, è a mio parere senza dubbio un grave errore⁴⁰. Ma resta il fatto che, secondo Kelsen, la norma fondamentale non «si presuppone arbitrariamente, come se si avesse la scelta fra diverse norme fondamentali, allorché si interpreta il senso soggettivo di un atto costituente e degli atti posti in essere conformemente a questa costituzione come il loro senso oggettivo, cioè come norme oggettive giuridicamente valide»⁴¹.

I giuristi ipotizzano l'esistenza della norma fondamentale «quando l'ordinamento della cui validità sta a fondamento è per lo più efficace. Di contro, essa non viene presupposta perché o, più esattamente, se questo ordinamento non ha quell'efficacia continua, senza la quale non si presuppone alcuna norma fondamentale che ad esso si riferisca e che ne fondi la validità oggettiva»⁴². Così se, ad esempio, una «rivoluzione non avesse successo, e cioè se la costituzione rivoluzionaria [...] non divenisse efficace [...] non vi sarebbe motivo per presupporre una nuova norma fondamentale in luogo della vecchia»⁴³. Ciò in quanto «la norma

³⁹ *Ivi*, 241. Cfr. F. RICCOBONO, *Il dilemma dell'efficacia nella Dottrina pura del diritto*, in ID., *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milano, 1989, 152.

⁴⁰ Cfr. in particolare N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere* (1981), in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., 142 e ss. e L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 80-88 e 99-100. Ma si veda anche, *supra*, nota 37. Secondo Buligyn «las ideas de Kelsen pueden resumirse de la siguiente manera: no hay validez sin eficacia (por lo tanto, la eficacia es condición necesaria de la validez de un orden jurídico) y siempre que un orden normativo es eficaz, tal orden normativo es válido (eficacia es, por consiguiente, condición suficiente de la validez)» (E. BULYGIN, *Observaciones a Kelsen, "Validez y eficacia del derecho"* (2003), in H. KELSEN, E. BULYGIN, R. WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, cit., 82-83). La conclusione di Bulygin, tuttavia, deve essere precisata: il fatto che un ordinamento sia efficace non comporta che le sue norme debbano assolutamente essere applicate e constatarlo consente di realizzare solamente che le norme che riterrebbe di dover applicare chiunque *assumesse* l'esistenza della *Grundnorm* che lo convalida «non sono "norme di carta"» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, cit., 245), ma diritto positivo. Cfr. A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà*, cit., 69-71 e 77.

⁴¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 225.

⁴² *Ivi*, 61.

⁴³ *Ivi*, 237.

fondamentale si riferisce soltanto ad una costituzione effettivamente statuita [...] ed efficace»⁴⁴.

Si sarebbe tentati di desumerne che, secondo Kelsen, quando i giuristi interpretano «il senso soggettivo dell'atto costituente ed il senso soggettivo degli atti produttivi di diritto (posti in essere secondo la costituzione) anche come loro senso oggettivo»⁴⁵, presuppongono, consapevolmente o meno, l'esistenza di una norma fondamentale che «esiste *realmente* nella coscienza giuridica»⁴⁶, se non altro, di chi applica effettivamente le norme che convalida, ravvisando implicitamente nel *suo* punto di vista quello del «terzo estraneo» in riferimento al quale è possibile apprezzare la loro validità *oggettiva*.

I motivi per i quali le norme di un ordinamento sono *osservate* possono essere i più diversi ed è probabile che talora non abbiano niente a che fare con il timore della pena, la cui rilevanza tuttavia non può essere ignorata⁴⁷. Sicuramente gli organi ai quali le norme si rivolgono direttamente, se li si considera nel loro complesso, non possono essere *obbligati ad applicarle*⁴⁸. E poiché difficilmente si vede come potrebbe dirsi *efficace* una costituzione le cui norme per qualche caso fossero applicate senza che questi organi, che nel loro complesso non potrebbero essere obbligati ad applicarle, ne

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ivi*, 225.

⁴⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 118.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, N. BOBBIO, *Politica*, cit., 711: «nei rapporti fra i membri di uno stesso gruppo sociale, nonostante lo stato di subordinazione che l'espropriazione dei mezzi di produzione crea negli espropriati verso gli espropriatori, nonostante l'adesione passiva ai valori di gruppo da parte della maggior parte dei destinatari dei messaggi ideologici emessi dalla classe dominante, solo l'impiego della forza fisica serve, seppure soltanto in casi estremi, a impedire l'insubordinazione e la disobbedienza dei sottoposti come l'esperienza storica prova in abbondanza. Nei rapporti fra i gruppi sociali diversi, nonostante l'importanza che possono avere la minaccia o l'esecuzione di sanzioni economiche per indurre il gruppo avverso a desistere da un certo comportamento [...], lo strumento decisivo per imporre la propria volontà è l'uso della forza, la guerra». Cfr. anche K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 106: «In tutto il dominio del diritto le disposizioni legislative vengono, in ultima istanza, applicate per mezzo della forza fisica e della violenza. Occorre tuttavia notare che la violenza viene tenuta il più possibile nell'ombra. [...] In condizioni normali l'uso manifesto della violenza nel senso vero e proprio della parola è così ridotto da passare quasi inosservato. Un simile stato di cose tende a creare la convinzione che il diritto rifugga dalla violenza, o quantomeno che quest'ultima abbia un'efficacia secondaria. Ma si tratta di una illusione fatale».

⁴⁸ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 60-61 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 201-206.

reputassero per una ragione o per l'altra l'applicazione doverosa⁴⁹, sembrerebbe possibile supporre che per Kelsen i giuristi abbiano motivo di presupporre l'esistenza della norma fondamentale di un ordinamento quando ne *assumano effettivamente* l'esistenza perlomeno quelli che «devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e nel modo stabilito dalla costituzione»⁵⁰.

Ma in realtà Kelsen non si preoccupò mai di collegare l'efficacia del diritto agli effettivi atteggiamenti di coloro ai quali le sue norme direttamente si rivolgono, ed anche se negli ultimi anni della sua vita dovette constatare che «l'applicazione delle norme giuridiche generali a casi concreti [è] possibile soltanto attraverso il riconoscimento di queste norme da parte degli organi applicanti il diritto», spingendosi fino a sostenere che per chi ne applica le norme il diritto è «autonomo» proprio come la morale⁵¹, non fu mai dell'idea che fosse compito della scienza giuridica, che continuò sempre ad essere per lui scienza normativa e non empirica, accertare tali atteggiamenti e indagare i loro effetti.

Alf Ross da tempo, d'altra parte, si era incamminato su questa via, e i presupposti empiristici della sua dottrina gli consentirono di percorrerla quasi fino in fondo.

Dopo aver rilevato, menzionando Kelsen, che «il rapporto delle norme giuridiche con la forza sta nel fatto che le norme concernono l'applicazione della forza e non che esse sono sanzionate dalla forza»⁵², Ross

⁴⁹ Ma si veda F. RICCOBONO, *Il dilemma dell'efficacia nella Dottrina pura del diritto*, cit., 168-169 e 171.

⁵⁰ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226. Come avrebbe rilevato H.L.A. Hart in *The Concept of Law*, quando le norme di un ordinamento sono generalmente inosservate «manca il contesto o sfondo normale per fare delle affermazioni interne sulla base delle norme dell'ordinamento» e perciò appare «inutile accertare i diritti e doveri di una data persona in riferimento alle norme primarie dell'ordinamento o asserire la validità di una delle norme dell'ordinamento stesso in riferimento alle sue norme di riconoscimento» (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* [1961], introduzione e traduzione di M. CATTAELO, Einaudi, Torino, 1974, 122-123).

⁵¹ Cfr., ad esempio, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., 90-91. Cfr. anche, *ivi*, 77-78. Nella *Reine Rechtslehre*, d'altra parte, Kelsen escludeva risolutamente che «la dottrina della norma fondamentale» fosse «una dottrina del riconoscimento» (*La dottrina pura del diritto*, cit., 248, nota 2). Cfr. F. RICCOBONO, *Riconoscimento e norma imperativa. Una polemica tra Bierling e Kelsen*, in ID., *Interpretazioni kelseniane*, cit., 33-74 (in particolare 51 e ss.) e, più recentemente, T. GAZZOLO, *Hans Kelsen*, cit., 20.

⁵² A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. GAVAZZI, Einaudi, Torino, 2001, 52. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, cit., 101-102 e 106-107. Guastini ricorda nella *Introduzione* a N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., XVII, che la «primogenitura» di questa idea fu rivendicata da Olivecrona in un saggio apparso nel 1976 sulla *Rivista internazionale di*

ne desumeva che le direttive del potere politico sarebbero del tutto inefficaci se i giudici non fossero indotti ad applicarle da una specifica «ideologia giuridica» e «politica» anche quando non potessero essere costretti a farlo⁵³.

«Se le corti vengono considerate complessivamente, con la Suprema Corte in testa, non è possibile alcun appello contro il modo con cui decidono». Perciò, secondo Ross, «bisogna ritenere senza ombra di dubbio [...] che non sarebbe possibile mai costruire un ordinamento giuridico efficiente se nella magistratura non esistesse un vivo e disinteressato senso di rispetto e di obbedienza alla ideologia giuridica tradizionale»⁵⁴.

Gli esiti a cui pervenne Hart furono per certi versi simili. Anche lui fu dell'avviso che vi sia diritto quando, «tra le forme di pressione» alle quali sono soggetti coloro che violano le norme, «sono preminenti o comuni le sanzioni fisiche»⁵⁵, e come Kelsen e Ross constatò che «può darsi il caso che un funzionario il quale non osserva» le norme che dovrebbe applicare «non sia punibile» e che «naturalmente la situazione è di fatto spesso questa»⁵⁶. Diversamente da loro non ne dedusse che «ogni "vera" norma giuridica ordini l'applicazione di qualche sanzione»⁵⁷, ma comunque ritenne che i criteri di condotta ai quali i giudici devono attenersi nell'esercizio delle loro funzioni «non potrebbero in verità continuare ad esistere se la maggior parte dei giudici [...] non aderisse ad essi, dato che la loro esistenza in ogni dato momento consiste semplicemente nell'accettazione e nell'uso di essi come criteri di giudizio corretto»⁵⁸. Perciò un ordinamento giuridico esiste solo se le sue norme di comportamento sono *osservate*, per una ragione o per l'altra, dalla generalità dei consociati (anche eventualmente solo perché

filosofia del diritto intitolato *On the Problem of Law and Force*. Bobbio non ebbe tuttavia difficoltà a dimostrare che essa era già stata formulata da Kelsen nella sua *Allgemeine Staatslehre* ben prima che Olivecrona la enunciassse nel 1939 in *Law as a Fact* (Cfr. N. BOBBIO, *Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 54/1977, 414-416; H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* [1925], trad. it. di J. LUTHER e E. DALY, Giuffrè, Milano, 2013, 57-60; K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 113 e ss.). Sul punto si può vedere anche A. SERPE, *Sic transit gloria mundi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XVIII, 2/2018, 395-420, in particolare nota 20, 399.

⁵³ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 53-54 e 79-80.

⁵⁴ *Ivi*, 52.

⁵⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 103.

⁵⁶ *Ivi*, 46.

⁵⁷ *Ivi*, 46.

⁵⁸ *Ivi*, 170-171.

sono costretti a farlo) e le sue norme di riconoscimento, di mutamento e di giudizio sono *accettate* dai «funzionari dell'ordinamento»⁵⁹.

3. *Potere politico, violenza, obbedienza*

Se l'attenzione dei giuristi cade prevalentemente, anche se non esclusivamente, sulla lealtà al diritto di chi deve *applicarne* le norme producendo norme giuridiche (e dunque esercitando potere politico) a sua volta, non stupisce che sociologi e filosofi politici abbiano insistito invece sulla lealtà di polizie ed eserciti ai loro capi, ossia sulla attitudine all'obbedienza di chi deve *eseguire* le direttive di chi esercita a vario titolo il potere anche facendo ricorso, se necessario, all'uso della forza⁶⁰. Del resto, come aveva rilevato Olivecrona nel 1939, se è vero che «i legislatori non avrebbero alcun potere se i giudici non agissero secondo le leggi da loro emanate con grande sicurezza e precisione», è vero anche che «il potere del giudice a sua volta svanirebbe se i funzionari incaricati del procedimento esecutivo non entrassero automaticamente in azione in seguito alle sentenze, e così via. Le posizioni-chiave implicanti il potere, le quali tutte assieme costituiscono il potere dello Stato, possono sussistere soltanto grazie a tali salde attitudini dei vari membri dell'organizzazione»⁶¹.

Fu proprio Arendt a constatare che ogni «struttura di potere del governo (*power structure of the government*)» rimane «intatta» solo finché «si obbedisce agli ordini e l'esercito e le forze di polizia sono preparate a usare le loro armi»⁶²: «dove non si obbedisce più agli ordini, i mezzi di violenza sono inutili»⁶³ perché «tutto dipende dal potere che sta dietro la violenza», almeno fino a quando saranno inventati «robot soldati» grazie ai quali un solo uomo «potrà distruggere chiunque voglia con la semplice pressione di un pulsante»⁶⁴.

⁵⁹ *Ivi*, 136-138.

⁶⁰ Per alcune interessanti osservazioni sull'esercizio del potere nel contesto neoliberale si può vedere il contributo di Orsetta Giolo in questo focus.

⁶¹ K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 144.

⁶² H. ARENDT, *Sulla violenza*, cit., 60.

⁶³ *Ivi*, 61.

⁶⁴ *Ivi*, 62-63. «Il padrone del significato – ha osservato Cornelius Castoriadis – troneggia al di sopra del padrone della violenza. [...] E perché la violenza possa intervenire, bisogna che la parola [...] conservi ancora il suo potere sui “gruppi di uomini armati”» (C. CASTORIADIS, *Potere, politica, autonomia* (1987), in ID, *La rivoluzione democratica*, a cura di F. CIARAMELLI, trad. it. di G. REGOLI, Elèuthera, Milano 2022, 69).

Nessuno, tuttavia, vide meglio di Max Weber che «l'esercizio di qualsiasi potere che richieda un'amministrazione di tipo continuativo ha bisogno per un verso di poter contare sull'agire di uno specifico gruppo di persone disposte a obbedire a coloro che pretendono di essere investiti del potere legittimo, e per un altro verso di poter disporre, per mezzo di tale obbedienza, di quei beni oggettivi che sono all'occorrenza necessari per porre in essere l'esercizio della forza fisica»⁶⁵.

Come del resto ha scritto Mario Stoppino, «anche nella società diretta nel modo più tirannico i governanti non possono fare a meno del consenso, se non di altri, dei membri dell'apparato specializzato all'impiego della violenza»⁶⁶. Prenderne atto e assumere che, perché vi sia potere politico, alcuni – indipendentemente, in realtà, dal ruolo che è loro assegnato negli apparati della repressione e a prescindere dal fatto che vi siano inquadrati formalmente – debbano essere disposti a obbedire senza che possano esservi costretti, consente di evitare di ridurre il potere politico, per un verso, alla coercizione e alla violenza (come sembrerebbe suggerire la rappresentazione che secondo Foucault ne avrebbe offerto il «discorso storico-politico» ravvisando nella guerra il «sostrato incancellabile di tutti i rapporti e di tutte le istituzioni di potere»)⁶⁷ e, per il verso opposto, all'autorità e al consenso sul quale l'autorità riposa (come vorrebbe il «discorso filosofico-giuridico»⁶⁸ che, trovando in Hobbes il suo 'campione', proverebbe invece a eliminare la guerra «dalla genesi della sovranità»⁶⁹ per indurre a credere che «i diritti legittimi della sovranità» e «l'obbligazione legale all'obbedienza»⁷⁰ non sono mai fondati «su rapporti di forza [...] reali, storici e immediati»⁷¹, ma sulla volontà dei sudditi e sugli impegni che essi stessi hanno volontariamente assunto⁷²).

⁶⁵ M. WEBER, *La politica come professione* (1919), in ID., *La scienza come professione. La politica come professione*, introduzione di W. SCHLUCHTER, traduzione di H. GRÜHOFF, P. ROSSI e F. TUCCARI, Einaudi, Torino, 2004, 52.

⁶⁶ M. STOPPINO, *Violenza*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, cit., 1036 e ID., *Potere e teoria politica*, cit., 167. Cfr. anche, *ivi*, 210, 213, 215.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *“Bisogna difendere la società”* (1976), a cura di M. BERTANI e A. FONTANA Feltrinelli, Milano, 2009, 88.

⁶⁸ *Ivi*, 55.

⁶⁹ *Ivi*, 86.

⁷⁰ *Ivi*, 31.

⁷¹ *Ivi*, 84.

⁷² *Ivi*, 88. Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e interpretazione* (1962), prefazione di E. RESTA, postfazione di E. RIGO, Giappichelli, Torino, 2009, 162. Si veda anche I. BELLONI, *Una ragionevole obbedienza. Alcune considerazioni filosofico-giuridiche intorno a un tema sempre attuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*,

Due errori che possono rivelarsi entrambi in pratica fatali, poiché possono indurre a trascurare rispettivamente il ruolo dell'accettazione e del consenso e quello della forza o, più specificamente, della violenza tanto ai fini dell'esercizio del potere politico quanto a quelli della sua contestazione.

Risolvendo il potere politico nel potere coercitivo si rischia di illudersi che per sottrarsi alla sua presa possa bastare opporre alla violenza la violenza, e spesso in questo modo si finisce per gettarsi fra le braccia di nuovi padroni e attendersi da loro la liberazione e la salvezza. Risolvendo, per il verso opposto, il potere politico nell'autorità si rischia di illudersi che per essere liberi basti volerlo, come credeva La Boétie, finendo per imputare ai dominati la responsabilità di una condizione che generalmente è imposta loro con la forza.

Ma non solo: assumere la "natura" duplice del potere politico e la composizione triadica della relazione che ne costituisce il presupposto e ne consente l'esercizio è necessario anche per rammentare che il potere politico non si rivolge sempre a tutti nello stesso modo, perché ad esso non siamo soggetti tutti nello stesso modo: a quelli della cui acquiescenza volontaria ritiene di volta in volta di non poter fare a meno, il potere politico (o meglio, chi intende acquisire e conservare la capacità in cui consiste) deve saper offrire buone ragioni per obbedire (di qualunque genere esse siano), mentre può non averne nessuna, o quasi, da offrire a chi crede di poter costringere ad agire come vuole.

Anche se poi in realtà, per offrire ad alcuni valide ragioni per obbedire spontaneamente è spesso necessario dare conto anche delle ragioni per le quali gli *altri* dovrebbero obbedire a loro volta e possono, di conseguenza, essere costretti a farlo con la forza. Ed è inutile negare che non di rado queste ragioni possano fare presa anche su questi ultimi, inducendoli ad agire nel modo voluto *spontaneamente* fino a renderli talora complici dei loro stessi carnefici e dell'autorità che servono.

Cionondimeno, anziché soffermarsi ancora sulle ragioni per le quali si obbedisce al diritto o lo si dovrebbe fare, potrebbe essere opportuno dedicare specifica attenzione a quelle per le quali alcuni sono disposti ad eseguire le sue norme infliggendo ad altri deliberatamente dolore e sofferenza. Per chi ritiene che il diritto sia ordinamento coercitivo, o che comunque della coercizione il diritto in quanto tale non possa fare a meno, la norma fondamentale non dice genericamente «"Bisogna comportarsi così

Numero speciale Anno 2022, *Il lato oscuro della legge*, a cura di F. MANCUSO e V. GIORDANO, in corso di pubblicazione.

come prescrive la costituzione”»⁷³, bensì piuttosto «Bisogna praticare la violenza quando in base alla costituzione si riceva l’ordine di farlo». È questa la norma che vige nelle menti e nei cuori degli esecutori, e sarebbe utile capire in che modo vi sia entrata e vi si sia radicata, e se possano mai esservi davvero delle buone ragioni per le quali dovrebbe essere applicata⁷⁴.

⁷³ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226.

⁷⁴ Kelsen ha scritto nella *Teoria generale delle norme* che «le norme statuenti sanzioni per essere efficaci non hanno bisogno, come le altre norme, della statuizione di sanzioni come reazioni alla violazione o al rispetto di esse; oppure hanno bisogno di una simile garanzia solo in misura minore rispetto alle altre norme che devono prescrivere un comportamento proprio perché è rivolto o può essere rivolto contro le naturali inclinazioni degli uomini. Punire un furto è più facile che astenersi dal rubare per necessità; biasimare un bugiardo è più facile che astenersi dal mentire, onorare un eroe è più facile che essere un eroe» (H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., 216). Sulle ultime due, forse, si può anche convenire. Probabilmente è vero anche che soltanto ricorrendo alla violenza è possibile costringere qualcuno a non «rubare per necessità». Ma non si può dare per scontato che sia più facile punire chi ha rubato che astenersi dal rubare quando si ha fame, poiché non è scontato che sia più facile praticare la violenza che subirla.