

LOGON DIDONAI
Filosofia e teoria del diritto
interpretazione e argomentazione giuridica
Collana diretta da Angelo Abignente, Fabio Ciaramelli, Ulderico Pomarici

SAGGI

29

COMITATO SCIENTIFICO

Manuel Atienza
Paolo Comanducci
Biagio De Giovanni
Francesco De Sanctis
Luigi Ferrajoli
Vincenzo Ferrari
Juan Ruiz Manero
Valentino Petrucci
Francesco Viola

LA VULNERABILITÀ ALLA PROVA
DELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

a cura di

Giovanni Blando e Giusy Conza

Editoriale Scientifica
Napoli

Il volume è stato interamente finanziato con i fondi del progetto P.R.I.N. 2015 “Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti in trasformazione”. I fondi sono stati stanziati dal Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca.

Tutti i diritti sono riservati

© 2020 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-965-4

INDICE

<i>Presentazione</i> di Giovanni Blando e Giusy Conza	7
---	---

I.

VULNERABILITÀ E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

ANGELO ABIGNENTE <i>Quando il diritto vulnera</i>	13
GIOVANNI BLANDO <i>Brevi note metodologiche sul rapporto tra Diritto, argomentazione e vulnerabilità</i>	21
GIUSY CONZA <i>Vulnerabilità: ricadute metodologiche in un caso pratico</i>	37
VALERIO NITRATO IZZO <i>La vulnerabilità come argomento e il problema della giustificazione nel ragionamento giuridico</i>	55

II.

SOGGETTO E VULNERABILITÀ

DAVIDE DE SANCTIS <i>Sovranità della vittima e vulnerabilità dell'ordinamento, materiali per una riflessione sociologico-giuridica</i>	79
---	----

FLORA DI DONATO

Vulnerabilità e vittime di tratta: proposte di empowerment legale 119

VALERIA MARZOCCO

La vulnerabilità umana è una “verità ovvia”? Soggetti vulnerabili e paradigmi identitari 153

III.

RADICI FILOSOFICHE DELLA VULNERABILITÀ

FABIO CIARAMELLI

La hybris come tirannia della legge. Considerazioni su Edipo e Antigone 177

PIERO MARINO

Fragilità dell'agire normativo 189

FRANCESCA SCAMARDELLA

Il volto inquietante della vulnerabilità. Brevi riflessioni giuridico-filosofiche a partire dal Filottete di Sofocle 205

Autori del volume

227

Presentazione

I saggi raccolti in questo volume rappresentano l'esito dell'intenso lavoro di ricerca che ha visto coinvolti studiosi e studiosi dell'unità di Napoli nell'ambito del P.R.I.N. 2015, "Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti in trasformazione". Obiettivo del gruppo di ricerca è stato quello di declinare in maniera peculiare il concetto di vulnerabilità inscrivendolo all'interno di una diade che ha visto come secondo elemento qualificante l'argomentazione giuridica. In particolare, l'attenzione è stata rivolta all'incidenza del concetto di vulnerabilità sulle prassi argomentative in sede giudiziale con la finalità principale di verificare se le tecniche di ragionamento utilizzate dai giudici siano effettivamente capaci di tutelare soggetti o gruppi di soggetti vulnerabili senza incorrere in pregiudizi stigmatizzanti. Per rendere effettiva questa ipotesi di ricerca si è resa necessaria un'analisi approfondita dei presupposti teorici e più marcatamente giusfilosofici del concetto di vulnerabilità che ha restituito ai contributi dal taglio maggiormente "pratico" un quadro di riferimento solido in cui fosse agevole orientarsi. Si è così deciso di articolare il volume in tre sezioni che riflettessero al meglio i passaggi decisivi di questo percorso di ricerca rendendo simultaneamente giustizia alla particolarità dell'approccio di ogni singolo autore e alla comunanza di interessi.

Nella prima sezione sono raccolti i contributi che hanno affrontato più direttamente le questioni relative al rapporto tra vulnerabilità, argomentazione e diritto, inteso sia nella sua declinazione soggettiva che oggettiva. Dai contributi di Abignente, Blando, Conza e Nitrato Izzo emerge con un certo nitore che il modello giuridico in cui è chiamato oggi a muoversi l'operatore giuridico, cioè lo Stato costituzionale di diritto, non consenta di limitare le

riflessioni sul concetto di vulnerabilità ad alcune specifiche caratteristiche del soggetto ma imponga anche un'accurata analisi sulle vulnerabilità di cui è spesso foriero lo stesso ordinamento giuridico. Lo spazio discrezionale concesso all'interprete davanti alla lettera della legge, nella maggior parte dei casi insufficiente di per sé a risolvere questioni "complesse" o, in casi estremi, "critiche", asurge al rango di principale *exemplum* della potenziale vulnerabilità di cui è portatore il diritto. Se a questo spazio l'operatore giuridico si avvicinasse senza il giusto armamentario critico-argomentativo, sottraendosi al proprio compito di render razionalmente conto delle proprie scelte, si produrrebbe naturalmente, come avviene molte volte, il transito da uno "spazio della discrezionalità" inevitabile, fisiologica, e in alcuni casi addirittura benefica (si pensi, ad esempio, a quei margini di manovra volontariamente concessi all'interprete dalle c.d. clausole generali), ad uno "spazio dell'arbitrio" artificioso, patologico e, nei casi più gravi, pernicioso per chi reclama giustizia. La riabilitazione pratica del "diritto alla giustificazione" come diritto a poter accedere a percorsi motivazionali chiari e riconoscibili diventa così il miglior antidoto nei confronti di formalismi e sentenze apodittiche che rischiano di vulnerare i soggetti più di quanto non lo siano già ontologicamente.

Non va sottovalutato, infatti, quell'aspetto della vulnerabilità che rende *ex se* vulnerabile il soggetto. Si muovono in questa direzione i contributi di Davide De Sanctis, Flora Di Donato e Valeria Marzocco, raccolti nella seconda sezione dedicata proprio a "Soggetto e vulnerabilità". La "presunzione di vulnerabilità" è indagata e sottoposta a vaglio critico da De Sanctis che utilizza la figura della "vittima", emancipata da un discorso criminologico che viene dato per acquisito, per porre in evidenza i rischi derivanti da uno sbilanciamento di favore eccessivo nei suoi confronti. Se la vittima ha sempre ragione – suggerisce De Sanctis – non vanno trascurati limiti e proiezioni di questa ragione che non possono estendersi oltre la naturale pratica del dare e chiedere ragioni in ambito pub-

blico. Si tratta di quell'ambito pubblico in cui si muovono e chiedono di essere tutelati soggetti che sono ontologicamente portatori di vulnerabilità pronte ad emergere e a reclamare giustizia. Questo è il filo rosso che lega i contributi di Flora Di Donato e Valeria Marzocco. Da una parte, infatti, si evidenzia la condizione di vulnerabilità particolare di un determinato gruppo di soggetti, le donne vittime di tratta, mentre dall'altra si propone la condivisione, anche in seno alle più alte corti europee, di una concezione universale della vulnerabilità legata all' "esistenza materiale di ogni essere umano".

Si tratta di una concezione della vulnerabilità che affonda le proprie radici in un tempo lontano ed è stata rinverdata anche dalla più recente riflessione filosofica. L'ultima sezione dà conto proprio di queste radici alternando le riflessioni di Fabio Ciarrelli e Francesca Scamardella sulle tragedie sofoclee di Edipo Re, Antigone e Filottete, a quelle di Piero Marino che si sofferma sul possibile intreccio tra significato metaforico e operativo della nozione filosofico-giuridica di vulnerabilità, prendendo le mosse da alcuni lavori di Habermas sull'argomentazione giuridica e sui rapporti tra diritto e mondo-della-vita.

Al lettore non sfuggiranno varietà ed eterogeneità di prospettive che animano il testo ma è forse questa la sua maggior ricchezza. Per essere meno vulnerabili, in fondo, dobbiamo imparare a far valere le nostre ragioni, ad argomentare le nostre scelte, a rendere cioè riconoscibili all'altro i nostri percorsi di pensiero. È dallo "scontro" tra pensieri e approcci differenti che nascono nuove e condivise consapevolezze. Speriamo che questo testo ne sia la riprova.

GIOVANNI BLANDO
GIUSY CONZA

I.

VULNERABILITÀ E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

ANGELO ABIGNENTE

Quando il diritto vulnera

La vulnerabilità, nel suo senso più classico e invalso, fa riferimento ad una qualità dei soggetti o di un gruppo di soggetti che giustifica un surplus di tutela giurisdizionale o una particolare attenzione da parte del legislatore. In molti casi, infatti, l'appartenenza ad una categoria vulnerabile è posta a fondamento della richiesta di tutela giurisdizionale o assume le vesti di un'istanza rivolta al parlamento per il ri-equilibrio di situazioni di sfavore che affliggono determinati gruppi sociali. Non è questa, tuttavia, la prospettiva che intendo adottare nel presente contributo; mi interessa piuttosto verificare se si possa o meno parlare di una *vulnerabilità in senso oggettivo* o, detto in altri termini, di un diritto che, anziché fungere da risolutore di un *vulnus*, ne sia a sua volta foriero.

Un esempio storico di questa capacità intrinseca del diritto è sicuramente quello delle *leggi razziali* che, protette dal crisma della giuridicità e, com'era a quel tempo, della soluzione legislativa cui tutto veniva rimandato, introducevano una serie di misure volte a vulnerare particolari categorie di soggetti in modo del tutto *arbitrario*, riscoprendo anzi proprio in questa arbitrarietà e nelle narrazioni mitologiche che da essa discendono la propria fonte di legittimazione¹. Il diritto delle leggi razziali è così ridotto a pura forma,

¹ Come afferma Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, trad. it. G. Bettini, Feltrinelli, Milano, 1996, p. 241, "il rifiuto degli stranieri può anche non esprimersi in termini razziali, ma non può fare a meno di ammettere di essere arbitrario per non perdere tutte le speranze di successo; perciò definisce se stesso in termini di incom-

a strumento dell'arbitrarietà di una decisione politica che "semplifica il conflitto, lo rende non mediabile, immediato, senza regole, calcoli, scambi"². È anzi il diritto a creare il conflitto tra quelli che devono ubbidire alla legge, rispettandone la forma a prescindere dal contenuto, e coloro che invece ne sono vittima. Le leggi razziali dimostrano in maniera emblematica la potenzialità vulnerante del diritto che, venendo meno al proprio compito di stabilizzazione, finisce col costruire artificiosamente una categoria vulnerabile sulla base di alcune caratteristiche soggettive, aumentando al contempo la conflittualità sociale.

La capacità vulnerante del diritto non si riduce, tuttavia, a questo esempio storico ma si nasconde anche tra le righe di provvedimenti più recenti che, pur non paragonabili alle leggi razziali quanto a gravità degli effetti, sono comunque forieri di un *vulnus* per determinate categorie di soggetti. L'esempio più lampante è, a mio avviso, quello del *Jobs Act*, ultima grande riforma del diritto del lavoro attraverso cui il legislatore, di fatto, incentiva le parti ad evitare il ricorso alla giustizia. Come si legge all'art. 6 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23

In caso di licenziamento dei lavoratori [...], *al fine di evitare il giudizio* e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore [...], un importo [...] di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare.

patibilità o impossibilità di mescolare le culture, o di autodifesa di una forma di vita tramandata dalla tradizione".

² L. Bazzicalupo, *Politica, identità, potere. Il lessico politico alla prova della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 51.

L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta.

Questa disposizione è un esempio lampante di quella tendenza del diritto ad introdurre un *vulnus* nel suo stesso sistema. Nel caso di specie il legislatore disincentiva le parti a fruire di uno strumento che è lo stesso diritto a mettere a loro disposizione, favorendo quella che Adalberto Perulli ha emblematicamente definito “*soggettivazione regolativa* del diritto del lavoro”³.

Il disegno del *Jobs Act* si radica in problemi ormai diffusi, primo fra tutti la sempre più condivisa visione della *giustizia manageriale* secondo cui è preferibile che l'azione individuale si formi e si risolva in procedure pattizie giacché il mezzo contrattuale è capace di favorire velocità ed efficienza del sistema giudiziario. L'endorsement a questa visione della giustizia è stato fornito dall'ottica liberale che, preoccupata di eliminare il “piano verticale” di cui il giudizio è l'emblema, si prefigge come obiettivo principale quello di liberare l'individuo dalla soggezione lasciando che risolva in autonomia tutti i suoi problemi, anche quelli giurisdizionali⁴. Riecheggiano in questo senso le parole di Antoine Garapon secondo cui “la giustizia – quale redistribuzione, quale finalità – è respinta fuori dal campo” ed “è ricollocata presso i singoli, le loro preferenze”, relegata “in un ambito volontaristico necessariamente indivi-

³ A. Perulli, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 1/2019, pp. 111-164.

⁴ Come ricorda, infatti, O. de Leonardis, *Appunti su fiducia e diritto. Tra giuridificazione e diritto informale*, in “Parolechiave”, 2/2009, pp. 121-132, p. 124, “bisogna anzitutto riconoscere la matrice liberale di questo assunto: la giuridificazione viene implicitamente considerata come una minaccia per le libertà individuali e per l'autoregolazione sociale”.

duale”⁵. La regolazione giudiziale della controversia si sposta, insomma, dal piano dell’eterodecisione a quello della decisione autonoma, pattuita, concordata da soggetti che agendo sotto la coltre di una libertà fittizia tentano di dissimulare l’evidente disparità contrattuale che ne caratterizza le relazioni. La portata emancipatoria di queste tesi si rivela, infatti, apparente perché, estendendo la logica contrattuale al giudizio, l’ottica liberale e la sua visione manageriale della giustizia finiscono col vulnerare le posizioni giuridiche dei lavoratori come soggetti la cui debolezza intrinseca è da sempre messa al centro delle riflessioni sul diritto del lavoro⁶. Il giudizio diventa così patologicamente strategico dato che il comportamento dell’altro assume una centralità esasperata.

Di questo vulnus creato dal diritto è consapevole anche la Corte Costituzionale, come dimostrano le sentenze che hanno dichiarato l’incostituzionalità del *Jobs Act*. Come rimedio all’obiettivo “manageriale” del legislatore di evitare il giudizio la Corte ritiene di dover ristabilire le dinamiche costituzionali, ripristinando la situazione verticistica che consente alle – e soprattutto non disincentiva le – parti di rivolgersi al giudice. Pur censurando una disposizione del *Jobs Act* diversa da quella poc’anzi richiamata – ossia l’art. 3, comma 1, che stabilisce un’indennità fissa per il licenziamento senza giustificato motivo parametrata sull’anzianità di servizio⁷ – la Corte segnala la necessità di concedere al giudice spazi di

⁵ A. Garapon, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, ed. it. a cura di R. Sabato, Raffaello Cortina, Milano, 2012, p. 16.

⁶ Per una buona ricostruzione sul punto rimando ancora a A. Perulli, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, cit., spec. pp. 112 ss.

⁷ “Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento

scelta, di valutazione che possano ricondurre il rapporto lavorativo e le traumatiche vicende del licenziamento ad esso connesse in un alveo di ragionevolezza che renda giustizia alla categoria vulnerata dei lavoratori. Come afferma la Corte infatti

In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima.

All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza.

La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse⁸.

La Corte, rimettendo al centro il lavoratore-persona come parte debole del rapporto lavorativo, pone in evidenza senza remore la necessità che un soggetto, già di per sé debole e dunque vulnerabile in senso soggettivo, non venga investito da nuovi agenti di vulnerabilità iniettati deliberatamente dal legislatore. La via maestra

di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità.”

⁸ Corte Cost. 194/2018.

indicata dalla Corte per raggiungere questi obiettivi è quella che rimette al centro l'istanza giudiziale e la richiesta di tutela che la sorregge, costruita sulla consapevolezza che sebbene una "standardizzazione delle decisioni" possa garantire velocità delle decisioni e una deflazione del contenzioso, essa comporti allo stesso tempo un "sacrificio delle irriducibili diversità dei casi concreti"⁹.

La responsabilità per l'introduzione di pratiche vulneranti all'interno del sistema giuridico non può comunque essere attribuita esclusivamente al legislatore; la stessa magistratura, infatti, esprime il proprio potenziale vulnerante quando eleva proprio l'efficienza a valore fondamentale del sistema giuridico. Negli ultimi anni si è prodotto un aumento vertiginoso delle sentenze di inammissibilità della Corte di Cassazione, nella maggior parte dei casi frutto di un approccio formalistico da parte dei giudici alle istanze giudiziali¹⁰. Tra le opzioni che quasi sempre spettano al giudice chiamato a dirimere una controversia, si registra da qualche tempo la tendenza dei giudici di legittimità a scegliere quelle che conducono ad una pronuncia, a seconda dei casi, di inammissibilità, nullità o improcedibilità. Si fa sempre più spazio l'idea, insomma, che l'efficienza del sistema giudiziario dipenda dalla riduzione del contenzioso, in linea di continuità con le ultime mire antiprocessuali del legislatore. La conseguenza però è l'espandersi di un "cattivo formalismo" che, impedendo alla causa di proseguire "verso il suo esito naturale [...] provoca, invece, un *absolutio ab instantia*"¹¹. Si genera così il paradosso per cui il dis-valore che dovrebbe attribuirsi a pronunce di questo tipo si converte in obiettivo primario di un numero crescente di giudici che appiattendosi

⁹ E. Tarquini, *L'efficienza del giudice del lavoro tra effettività dei diritti e misurabilità dei risultati*, in "Lavoro e diritto", 2-3/2014, pp. 547-551, p. 548.

¹⁰ V. sul punto B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei "chierici"*, in "Rivista di Diritto Processuale", 1/2019, pp. 43-64.

¹¹ S. Chiarloni, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 4/2014, pp. 1281-1298, p. 1290.

sui “valori tipici dell’individuo burocratizzato” finiscono con il negare che “l’interpretazione indirizzata a soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale nel caso concreto sia dotata di argomenti assai migliori rispetto a quelli che sorreggono la soluzione formalistica che integra un sostanziale diniego di giustizia”¹². In altri termini, i giudici, e in particolare quelli di legittimità, sottraendosi al “dovere etico di ricostruire le norme processuali come strumenti indirizzati all’affermazione della giustizia sostanziale tra i litiganti”¹³, si lasciano guidare da un “reticolo di interessi” tra i quali ha l’assoluta primazia quello dell’“autodifesa contro la semiparalisi indotta dall’aumento incontrollato dei ricorsi”¹⁴. Le conseguenze di questa autodifesa ricadono, tuttavia, interamente sui soggetti che il diritto sarebbe chiamato a proteggere, introducendo un *vulnus* che delude fiducia e aspettative nella struttura verticale su cui dovrebbe invece reggersi qualunque sistema giuridico. Se il giudizio diventa il regno dell’inammissibilità e del neoformalismo la struttura verticale viene privata di qualsiasi sostegno e il diritto lasciato cadere rovinosamente, privando i soggetti della tutela giurisdizionale che, invece, sarebbe chiamato a riconoscere, nelle vesti di legislatore, e garantire, nei panni del giudice. Quest’ultimo, in particolare, dovrebbe limitarsi ad un uso ragionevole degli spazi discrezionali che gli sono concessi dalle norme senza lasciarsi tentare dall’idea di convertirli in luoghi della decisione incontrollata ed incontrollabile. Per far sì che ciò avvenga bisognerebbe rivalutare e valorizzare la qualità dei percorsi argomentativi seguiti dai giudici, intendendo l’argomentazione e il ragionamento giuridico come strumenti idonei ad arginare più che a creare quel *vulnus* pronto ad emergere in sentenze apodittiche e costruite su un impianto assiologico che

¹² Ivi, p. 1292.

¹³ Ivi, p. 1294.

¹⁴ Ivi, p. 1295.

metta pericolosamente al centro valori puramente formali come l'efficienza.

GIOVANNI BLANDO

*Brevi note metodologiche sul rapporto tra Diritto,
argomentazione e vulnerabilità*

0. *La vulnerabilità indeterminata*

Una delle attività cui il giurista è maggiormente dedito – e il più delle volte in maniera inconsapevole – consiste nella comprensione di termini che possono assumere più di un significato. Di questi termini si dice che siano affetti da un grado più o meno elevato di indeterminatezza¹ o che possano essere riferiti ugualmente ad entità e casi differenti². Si tratta – è ovvio – di caratteristiche che riguardano, in generale, il linguaggio naturale ma che producono all'interno della pratica di avvocati, giudici, notai, professori universitari, rilevanti problemi quanto all'identificazione e all'interpretazione del Diritto. Sebbene i più scettici scorgano un pericolo nell'attribuzione di un significato univoco a questi termini perché in un modo o nell'altro essa “tocca direttamente o indirettamente

¹ Come ricorda V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggi di metagiurisprudenza costruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 73, l'indeterminatezza di un termine non va confusa con la sua vaghezza. Mentre la vaghezza, infatti, “riguarda il riferimento dei termini generali, e in particolare la “zona ai margini” del campo di estensione di queste parole, la loro *apertura ai confini*”, l'indeterminatezza connota un termine sul quale “la nostra comunità linguistica (e certamente non solo la nostra) mostra di avere idee profondamente diverse (anche se muove da radici semantiche – molto minimali – comuni)”.

² N. Kompa, *The Role of Vagueness and Context Sensitivity in Legal Interpretation*, in G. Keil – R. Poscher (eds.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 205 – 227, p. 212.

ideali, interessi, desideri e il loro fondamento, e le tentazioni cui siamo soggetti ogni qual volta sono in gioco i nostri ideali, interessi e desideri stanno in agguato”³, è pur necessario attribuirvi un senso che li renda utilizzabili nei ragionamenti svolti quotidianamente dagli operatori del Diritto. Ciò non vuol dire, chiaramente, che tutti i termini del Diritto debbano essere perentoriamente definiti senza lasciar spazio a ripensamenti che anche il legislatore ormai vede sempre più di buon occhio⁴ ma piuttosto che la comunità giuridica è chiamata a prodursi in uno sforzo interpretativo costante per rendere tali termini utilizzabili nel contesto di un ragionamento (teorico, dogmatico, legislativo, giudiziale) che ne richiede l’uso⁵. All’interno di questa comunità si collocano anche i teorici del Diritto che, rifuggendo aneliti di pura descrittività, “propongono direttive per l’interpretazione delle norme e per superare la loro indeterminatezza”⁶. Nel farlo, essi devono tener conto delle caratteristiche della pratica interpretativa, il contesto che permette loro di svolgere questo prezioso ruolo di supporto normativo ai giuristi pratici⁷.

Negli ultimi anni si è diffuso in questa comunità un concetto

³ U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle scienze, Torino, 1959, p. 76.

⁴ Si pensi al ricorso sempre più frequente alla legislazione per clausole generali. Sul punto v. ampiamente V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁵ Non può essere ignorata sul punto la distinzione tracciata da R. Dworkin, *La giustizia in toga*, trad. it. S. F. Magni, Laterza, Roma – Bari, 2010, spec. pp. 153 – 203, tra concetti criteriali e concetti interpretativi.

⁶ C. S. Nino, *El modelo de una “ciencia” normativa del Derecho*, in Id., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Distribuciones Fontamara, Città del Messico, 1993, pp. 89 – 107, p. 98. Trad. mia.

⁷ Come ricorda ancora N. Kompa, *The Role of Vagueness and Context Sensitivity in Legal Interpretation*, cit., p. 214, “context sensitivity has to do with the fact that the delineation of the class might vary with contextually differing interests and purposes”.

che ha via via assunto il rango di autentico rompicapo, specie per quei giuristi meno inclini a relegarlo nell'ambito della retorica fine a sé stessa; mi riferisco al concetto di *vulnerabilità* che è apparso sempre più di frequente non solo all'interno dei percorsi motivazionali dei giudici⁸ ma anche in quelli, spesso allergici agli oneri argomentativi imposti dalla democraticità parlamentare, del legislatore italiano⁹. È compito della comunità interpretativa ridurre l'indeterminatezza e renderlo utilizzabile seguendo traiettorie ermeneutiche riconoscibili accompagnate da percorsi argomentativi volti a favorirne l'accettazione comune. Nell'ambito di questa attività collettiva o – per dirla con Francesco Viola – “cooperativa”¹⁰, si colloca anche il teorico del diritto chiamato a rendere la vulnerabilità meno vulnerabile a utilizzi linguistici di tipo meramente retorico o strumentale.

1. *Vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo vs. Vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo*

Tutti i tentativi di riduzione dell'indeterminatezza di un termine non possono che prendere le mosse dal contesto all'interno del

⁸ Come fa notare E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in “Ars Interpretandi”, 2/2018, pp. 13 – 34, spec. pp. 13 – 14, il numero delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo che ospitano la parola “vulnerabilità” è passato dalle sette del 2000 alle settanta del 2013.

⁹ Si pensi, ad esempio, all'art. 90-quater del Codice di procedura penale che disciplina la “condizione di particolare vulnerabilità” della persona offesa dal reato.

¹⁰ F. Viola, *Il modello della cooperazione*, in Id. (a cura di), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 11 – 58. Cfr. sul punto N. Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in “Jus civile”, 4/2016, pp. 295 – 305.

quale esso è utilizzato. Ciò significa che è comunque necessaria una base condivisa – di natura *definitoria* – da cui partire per dare avvio alle operazioni che condurranno poi ad una corretta interpretazione del termine. La natura definitoria della base condivisa dipende dal fatto che – convenzionalmente o, detto altrimenti, mediante un accordo – coloro che utilizzano il termine “determinano” anche il suo significato¹¹. Uno dei modi in cui ciò avviene più di frequente è il ricorso alla definizione del vocabolario e nel vocabolario della lingua italiana Devoto-Oli la vulnerabilità è definita come la “predisposizione a esser facilmente attaccato, offeso”, mentre il vulnerabile è colui “che può essere ferito” o, in senso figurato, ciò “che si presta ad essere facilmente criticato o smentito, per la fragilità o l’inconsistenza degli elementi su cui si basa, oppure attaccato e sopraffatto per l’insufficienza di mezzi di difesa”. Si tratta di definizioni che forniscono ai partecipanti della pratica un input per intraprendere conversazioni ma che non possiedono la capacità di eliminare del tutto il disaccordo sul contenuto concettuale del termine. Quando, infatti, un termine del genere viene introdotto all’interno della pratica del Diritto cambia l’atteggiamento dei partecipanti nei suoi confronti; non basta cioè – come direbbe Dworkin – un procedimento interpretativo di tipo conversazionale, volto a comprendere il senso che l’interlocutore vuole trasmettere¹², ma è necessario un atteggiamento “costruttivo” – e, in certo senso, “normativo” – capace di rendere l’oggetto interpretato (in questo caso il termine “vulnerabilità”) come il miglior esempio possibile della pratica in cui esso viene utilizzato (ossia quella del Diritto)¹³. Bisogna, dunque, prima comprendere ed interpretare la

¹¹ Sulla definizione di ‘definizione’ v. R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 1/2012, pp. 51 – 66, spec. pp. 52 ss.

¹² R. Dworkin, *L’impero del diritto*, trad. it. L. Caracciolo di San Vito, il Saggiatore, Milano, 1989, p. 52.

¹³ Ivi, p. 54.

pratica del Diritto nel suo complesso per poi rivolgere l'attenzione alle sue esemplificazioni. In questo senso il termine "Diritto" svolge la funzione di "concetto sistematico" o "di campo" in quanto permette di "dare il via libera, o di escluderla, all'impiego di altri concetti assunti come subordinati ai primi, nel corso di operazioni di qualificazione giuridica"¹⁴.

Un'operazione preliminare ed orientata alla riduzione dell'indeterminatezza del concetto di vulnerabilità consiste nel contenimento delle ambiguità che connotano il concetto di Diritto¹⁵. La questione è di enorme portata ed esorbita dai limiti di queste brevi note. È necessario, pertanto, selezionare come criterio metodologico uno dei molteplici tentativi esperiti dalla teoria del diritto per dirimere la questione di cosa debba intendersi per Diritto. In questo senso, una distinzione abbastanza generale e che credo possa tornare utile per illuminare successivamente il concetto di vulnerabilità è quella tracciata da Manuel Atienza tra il "Diritto" con la "D" maiuscola e il/i "diritto/diritti" con la "d" minuscola, intendendo nel primo caso il Diritto oggettivo o la scienza del Diritto e nel secondo caso il diritto soggettivo¹⁶. In altri termini, mentre il *Diritto* rappresenterebbe l'insieme delle norme e, più in generale, delle statuizioni giuridiche e dei valori che connotano una determinata pratica, il *diritto* consisterebbe nella facoltà di fare qualcosa o, meglio detto, nella posizione che un soggetto ricopre all'interno di un determinato rapporto giuridico¹⁷. Come indicazione metodologica, potrebbe essere utile riconnettere la vulnerabilità ad uno di questi due sensi di Diritto.

¹⁴ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 9.

¹⁵ Come ricorda D. Walton, *Fallacies Arising from Ambiguity*, Springer, Dordrecht, 1996, p. 2, "an expression is ambiguous if it has more than one meaning".

¹⁶ M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcellona, 2009, spec. pp. 52 e ss.

¹⁷ Ivi, p. 53.

Ricadono nel primo gruppo concettuale – *vulnerabilità e Diritto* con la “D” maiuscola – tutte le questioni attinenti alla capacità del Diritto di essere vulnerato, alla sua funzione anti-vulnerante o, ancora, alla possibilità che lo stesso Diritto sia fonte di *vulnus*¹⁸. Questa maniera di procedere riduce di molto l’indeterminatezza del termine vulnerabilità, offrendo al teorico del Diritto la possibilità di delimitare il proprio ambito di ricerca; infatti, si offre la possibilità di eliminare ulteriori ambiguità, concentrando i propri sforzi nel ricollegare la vulnerabilità ad un tipo specifico di Diritto con la “D” maiuscola. Così, ad esempio, Fabio Ciaramelli afferma che “nelle democrazie costituzionali, l’attenzione alla vulnerabilità come condizione di maggior o minore deprivazione dei soggetti tutelati dal diritto comporta una vera e propria *transizione della vulnerabilità da caratteristica soggettiva a carattere distintivo dello stesso diritto*”¹⁹; o ancora – secondo Angelo Abignente – “il costituzionalismo ha messo in crisi le dommatiche fondate sulla stabilità del diritto che lo rendeva invulnerabile nel mero compito ripetitivo ed applicativo affidato all’interprete”²⁰. Entrambi forgiavano una nuova maniera di intendere la vulnerabilità ponendo l’accento su caratteristiche strutturali del fenomeno giuridico che – con il passaggio dal *Diritto* dello Stato legislativo al *Diritto* dello Stato costituzionale – eleva la vulnerabilità a propria caratteristica strutturale, una *vulnerabilità del Diritto* – per così dire – *in senso oggettivo*.

Ricadono, invece, nel secondo gruppo concettuale – *Vulnerabilità e diritto/i* con la “d” minuscola – le questioni ‘classiche’ solle-

¹⁸ Si vedano sul punto i contributi di F. Ciaramelli, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, e A. Abignente, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale*, entrambi in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 171 – 182, pp. 183 – 185. In questo stesso volume si veda il contributo di A. Abignente, *Quando il diritto vulnera*.

¹⁹ F. Ciaramelli, *La vulnerabilità*, cit., p. 179.

²⁰ A. Abignente, *Vulnerabilità del diritto*, cit., p. 183.

vate intorno al concetto di vulnerabilità. Rispetto a questa maniera di intendere il diritto la vulnerabilità viene assunta come caratteristica intrinseca e contingente della condizione umana nonché connessa alla violazione più o meno intensa di un diritto soggettivo; se il contenuto di un diritto soggettivo, infatti, “è qualcosa che il titolare del diritto può fare, o che può aspettarsi che altri facciano a lui”²¹, rispetto a questo contenuto la vulnerabilità funge da chiave di lettura della titolarità e dell’aspettativa, interrogando il giurista sugli strumenti di *riconoscimento* – quindi anche di estensione a categorie che sono ancora prive di quella titolarità e aspettativa – e di *garanzia* effettiva dei diritti soggettivi, intesi come “*basic rights*” che “sono condizione per una vita degna e per l’accesso ad altri diritti, come strumenti per prevenire o eliminare quel grado di vulnerabilità che lascia le persone alla mercé di altri”²². Si pensi a tal proposito agli studi sui “gruppi vulnerabili” – e, in particolare, su quelli composti da persone affette da disabilità – condotti da Maria Giulia Bernardini²³ o, ancora, alle riflessioni su vulnerabilità e diseguaglianza di Thomas Casadei²⁴. Nelle indagini che si inscrivono in questo gruppo concettuale, partendo da una semantica dei diritti ben definita si prova a descrivere la *vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo*, chiedendosi, ad esempio, quali siano le condizioni giuridiche per definire un soggetto o un gruppo di soggetti titolare/i di diritti come vulnerabile.

²¹ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 81.

²² E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 147 – 160, p. 157.

²³ M. G. Bernardini, *Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il «vulnerable groups approach» in pratica*, in “Ars Interpretandi”, 2/2018, pp. 77 – 93.

²⁴ T. Casadei, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e «diritto diseguale»*, in “Ragion pratica”, 31/dicembre 2008, pp. 291 – 311.

La vulnerabilità in senso oggettivo e la vulnerabilità in senso soggettivo possono essere intese, dunque, come categorie concettuali distinte; ognuna di esse può essere analizzata separatamente e la teoria del diritto deve saper elaborare direttive interpretative distinte per ridurre l'indeterminatezza. Non è da escludersi, tuttavia, una loro analisi congiunta che, partendo dalla comprensione di quelle caratteristiche che rendono il Diritto una pratica potenzialmente capace di proteggere i soggetti da un *vulnus* o una pratica che, al contrario, diventa essa stessa foriera di *vulnus*, s'interroghi sulle modalità giuridiche attraverso cui questa vulnerabilità è ridotta – attraverso il riconoscimento di diritti soggettivi – o accentuata – mediante l'utilizzo di formule vaghe che rendono complicata la garanzia effettiva di questi diritti. Se si guarda al Diritto con la “D” maiuscola dei nostri giorni, quello dello Stato costituzionale, non può ignorarsi come sia ad esso che deve attribuirsi il merito di aver rimesso al centro della discussione i diritti fondamentali con la “d” minuscola, senza però tralasciare il fatto che – potenzialmente – il Diritto dello Stato costituzionale come rimette al centro i diritti fondamentali così può “vulnerarli” attraverso ragionamenti giudiziali poco rigorosi o legislatori inadempienti.

3. Vulnerabilità in senso oggettivo e soggettivo alla prova dell'argomentazione giuridica

Gli approcci teorici alla vulnerabilità in senso oggettivo o soggettivo possono essere di vario tipo e coinvolgere molteplici ambiti del Diritto – inteso ora nell'altro dei due sensi di Diritto con la “d” maiuscola indicati da Atienza, ossia come scienza del Diritto – a seconda degli elementi che si vogliano far prevalere nella ricerca. Uno di questi elementi può essere costituito dall'*argomentazione giuridica* partendo dalla consapevolezza che “l'approccio argomen-

tativo al Diritto può contribuire in modo decisivo ad una migliore teoria e ad una migliore pratica giuridica”²⁵.

3.1. *Vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo e argomentazione giuridica*

Rispetto alla *vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo*, è bene chiedersi se l’argomentazione giuridica possa contribuire in qualche modo a ridurre la vulnerabilità di cui è foriero il Diritto dello Stato costituzionale. Si tratta di un Diritto aperto, poroso, incerto, che si basa, il più delle volte, su formulazioni normative elastiche le quali lasciano all’interprete ampio spazio di manovra nei procedimenti di applicazione delle disposizioni ai casi concreti. Ma si presenta anche come un Diritto chiamato a diffondere nella comunità dei suoi interpreti una cultura argomentativa; in questo modo, ogni interprete sentirebbe la responsabilità di giustificare al meglio le proprie scelte optando per percorsi motivazionali solidi, riconoscibili dall’intera comunità e, di conseguenza, accettabili. La comunità interpretativa non può arrendersi acriticamente alla circostanza che norme affette da maggiore vaghezza aumentano l’incertezza del Diritto – e dunque la discrezionalità di cui godono gli interpreti nel momento applicativo²⁶ – ma è piuttosto chiamata a mettersi in gioco fino al punto di ridefinire il paradigma della certezza²⁷ cui è intimamente connesso quello della vulnerabilità del Diritto. Il proposito può essere raggiunto spostando l’attenzione dal momen-

²⁵ M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, ed. it. a cura di A. Abignente, trad. it. V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 55.

²⁶ G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in “Diritto pubblico”, 2/2018, pp. 517 – 544, p. 524.

²⁷ Si veda in tal senso la proposta teorica di A. Abignente, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. pp. 57 ss.

to della previsione degli esiti interpretativi a quello del loro “controllo”, mutamento di prospettiva che fa della certezza un “principio razionale mai definitivamente realizzato perché sempre argomentativamente criticabile e rivedibile”²⁸.

Esempio di proposta teorica sulla relazione tra vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo e argomentazione giuridica

(1). Il passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale significa il passaggio da un Diritto certo e stabile ad un Diritto maggiormente incerto e poroso. In una prima fase della proposta teorica andrebbero, dunque, descritti brevemente i cambiamenti avvenuti nel paradigma del Diritto per via di questa evoluzione, ponendo in risalto le *caratteristiche del Diritto nello Stato costituzionale*.

(2). Un Diritto maggiormente incerto e poroso è potenzialmente foriero di un vulnus alle posizioni giuridiche soggettive, protette da disposizioni normative formulate in termini vaghi ed elastici. In una seconda fase della proposta teorica andrebbe, pertanto, chiarito il concetto di *vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo* come caratteristica intrinseca del fenomeno giuridico come oggi lo conosciamo.

(3). Un Diritto intrinsecamente foriero di vulnus presuppone un incremento del lavoro giustificativo degli organi pubblici e, dunque, una maggiore esigenza di argomentazione giuridica. Nella fase finale della proposta teorica andrebbe definito il *ruolo dell'argomentazione giuridica* tenendo conto (1) delle caratteristiche del Diritto nello Stato costituzionale e (2) dell'esigenza di argi-

²⁸ Ivi, p. 62.

nare la *vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo* mediante il controllo degli esiti interpretativi raggiunti.

3.2. *Vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo e argomentazione giuridica*

Rispetto alla *vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo*, la teoria del diritto dovrebbe utilizzare lo strumento dell'argomentazione giuridica in una maniera differente che riflette al meglio il ruolo di supporto normativo svolto dalla teoria del diritto rispetto ai giuristi. Questa categoria concettuale e la sua relazione con l'argomentazione giuridica fa riemergere il problema dell'indeterminatezza, soprattutto con riferimento al contenuto dei diritti che deve essere chiarito dal lavoro dogmatico-argomentativo dei teorici del diritto. I diritti, infatti, fanno riferimento, oltre che a fatti, anche a valori, perché se facessero riferimento ai soli fatti non sarebbero idonei a giustificare alcuna azione o decisione²⁹. Spetta al teorico del diritto comprendere quali siano i valori che stanno alla base di questi diritti e, dunque, proporre modelli normativi che possano reggere il confronto rispetto ad altre e differenti proposte. Le tesi interpretative che sostengono questi modelli saranno "vere solo in virtù di una *giustificazione* interpretativa" che è la migliore tra tutte perché le "ragioni per accettarla sono migliori delle ragioni per accettare qualsiasi tesi interpretativa opposta"³⁰. Ciò significa che, in relazione alla vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo, il ruolo dell'argomentazione consiste nel raccogliere le ragioni che fondano

²⁹ C. S. Nino, *El modelo de una "ciencia" normativa del Derecho*, cit., p. 94.

³⁰ R. Dworkin, *Giustizia per i ricci*, trad. it. V. Ottonelli, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 180. Cfr. sul punto A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, cit., spec. pp. 63 – 83 e B. Pastore, *Introduzione: una teoria integrata del diritto*, in "Rivista di filosofia del diritto", 1/2014, pp. 7 – 18, spec. pp. 13 – 14.

le tesi interpretative sostenute nel modello normativo a supporto del diritto soggettivo potenzialmente vulnerato.

Esempio di proposta teorica sulla relazione tra vulnerabilità del diritto in senso soggettivo e argomentazione giuridica

(a) Nella prima fase della proposta teorica sulla relazione tra vulnerabilità del diritto in senso soggettivo e argomentazione giuridica si tratta di definire uno o più diritti soggettivi ricollegandoli possibilmente ad una base convenzionale certa e, dunque, ad un testo normativo specifico come, ad esempio, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, proponendo al contempo una *teoria normativa* su quali valori lo/li connotano.

(b) Partendo dalla teoria normativa proposta a sostegno del/dei diritto/diritti, nella seconda fase si individuano quei soggetti o gruppi di soggetti che subiscono o potrebbero subire un vulnus dal punto di vista del mancato riconoscimento o della mancata garanzia di tale/tali diritto/diritti. Il risultato di questa fase dovrebbe essere la definizione della *vulnerabilità di un diritto in senso soggettivo*, ossia di come un soggetto o un gruppo di soggetti sia/siano vulnerato/i dal mancato riconoscimento o dalla mancata garanzia di un diritto.

(c) La terza fase della proposta teorica è volta, invece, a chiarire il *ruolo svolto dall'argomentazione* sia (a) nella teoria normativa sui valori che caratterizzano i diritti presi in considerazione che (b) rispetto alla definizione della vulnerabilità prima definita in senso soggettivo.

4. *Il nesso ineludibile tra vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo, vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo e argomentazione giuridica*

L'ultimo passaggio di queste brevi note metodologiche è volto ad ipotizzare l'esistenza di un punto di raccordo tra le considerazioni svolte in materia di vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo e vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo, continuando ad assumere l'angolo prospettico dell'argomentazione giuridica. Il punto di raccordo potrebbe consistere nel considerare la prima (vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo) come presupposto della seconda (vulnerabilità dei diritti in senso soggettivo).

In questo senso, può affermarsi che il Diritto dello Stato costituzionale è potenzialmente foriero di un *vulnus* perché i diritti che riconosce – quando lo fa – assumono la struttura normativa dei principi³¹ che, per definizione, presentano un grado di indeterminatezza maggiore rispetto alle regole³². Questa differenza struttura-

³¹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. a cura di L. Di Carlo, il Mulino, Bologna, 2012, p. 122.

³² La distinzione tra regole e principi è un tema immenso all'interno della teoria del diritto che ha tra i suoi referenti di spicco: R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, trad. it. N. Muffato, il Mulino, Bologna, 2010; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 101 ss.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, spec. cap. VII; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. cap. VI; H. L. Hart, *Poscript*(1994), in Id., *The Concept of Law*, Clarendon University Press, Oxford, 1961; M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcellona, 2007; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. pp. 173 ss.; H. Ávila, *Teoria dei principi*, Giappichelli, Torino, 2014; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3/2010, pp. 2771 – 2816. Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Atienza e Ruiz Manero aderiscono ad una distinzione “forte” tra regole e principi, gli altri, invece, postulano una distinzione “debole” tra questi due tipi di norme. Sul punto si rinvia al chiaro contributo di G.

le tra regole e principi incide profondamente sul momento applicativo delle norme ai casi concreti. Mentre le regole, infatti, si applicano nella forma del “tutto o niente”³³, lasciando all’interprete la possibilità di ricorrere all’armamentario classico della logica deduttiva, i principi hanno bisogno di essere previamente “ponderati” – o “bilanciati”, che dir si voglia³⁴ – tra loro in virtù della dimensione del “peso” che li contraddistingue³⁵. Solo all’esito di questo bilanciamento si produrrà una “regola d’azione” fondata sulla prevalenza di uno dei principi rispetto all’altro e capace di fungere da premessa per un procedimento applicativo di tipo sussuntivo³⁶. Questa necessità di bilanciamento tra principi lascia comunque all’interprete un ampio spazio di manovra che, privo di adeguati

Pino, *I principi tra teoria della norma e teoria dell’argomentazione giuridica*, in “Diritto&QuestioniPubbliche”, 11/2011, pp. 75 – 110. Come afferma Pino, “le teorie della distinzione forte (qualitativa, categoriale) tra regole e principi si basano sull’idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, e non anche dalle regole, e che pertanto tali caratteristiche siano necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole” (p. 81), mentre “la teoria della distinzione debole si basa sull’osservazione che, a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere *in qualche misura* alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è dunque il *grado* in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi” (pp. 87 – 88).

³³ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 51.

³⁴ Come spiega efficacemente G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in “Etica&Politica”, 1/2006, pp. 1 – 57, p. 2, “[...] per bilanciamento o ponderazione si intende una tecnica argomentativa solitamente utilizzata allorché il caso da decidere in sede giudiziale sembri contemporaneamente suscumbibile sotto due o più norme configgenti, e manchi un criterio di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici”.

³⁵ Secondo R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 52, i principi “non dispongono conseguenze giuridiche che seguano in maniera automatica il verificarsi delle condizioni stabilite”.

³⁶ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 176.

meccanismi di controllo, rischia di favorire l'approdo a decisioni arbitrarie o, comunque, destinate ad indebolire la garanzia effettiva dei diritti³⁷.

Per arginare questo *vulnus* deve essere rimessa al centro la teoria dell'argomentazione giuridica con la sua capacità di razionalizzare le scelte operate dal giudice nella garanzia dei diritti fondamentali ai soggetti o gruppi di soggetti vulnerabili³⁸. Quest'opera razionalizzante dell'argomentazione giuridica può assumere una duplice veste nei confronti della vulnerabilità.

In primo luogo, l'argomentazione è chiamata a favorire il ricorso a 'buone ragioni'³⁹ nella creazione di quei percorsi – normativi o giustificativi – che tentano di spiegare il contenuto concettuale dei diritti soggettivi. Una volta conclusa quest'operazione di definizione concettuale – e risalendo *a contrario* da essa – sarà possibile indicare i soggetti o gruppi di soggetti che subiscono un *vulnus* dal punto di vista del riconoscimento o della garanzia del diritto soggettivo prima definito.

In secondo luogo, l'argomentazione ha il compito di razionalizzare i ragionamenti degli operatori del diritto – e, in particolare, del giudice – che coinvolgono i diritti soggettivi prima definiti, proponendo teorie di controllo della loro attività giustificativa.

³⁷ È di questo avviso L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3/2010, pp. 2771 – 2816. Cfr. sul punto G. Pino, *Conflitto tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in «Filosofia politica», 2/2010, pp. 287 – 306.

³⁸ Come ha ricordato di recente J. C. Bayón, *Relatoria del tema quinto, "Argumentación, racionalidad y Derecho"*, in «i-Latina», 0/2017, pp. 1 – 38, p. 7, la teoria dell'argomentazione giuridica non deve rinunciare al proprio ruolo "prescrittivo" essendo chiamata ad individuare "criterios para distinguir una buena de una mala argumentación, una argumentación correcta de una argumentación incorrecta, una buena y una mala justificación". Sul punto insiste molto anche M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, spec. pp. 547 – 549, pp. 652 – 653.

³⁹ V. sul punto M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit., spec. pp. 187 ss.

Uno dei metodi di ragionamento più utilizzati nel panorama dello Stato costituzionale è, come visto in precedenza, quello del bilanciamento. Rispetto ad esso è, dunque, necessaria la formulazione di proposte teorico-argomentative volte a ridurre l'arbitrarietà e favorirne il controllo⁴⁰.

In terzo luogo, l'argomentazione deve fornire agli operatori del Diritto strumenti metodologici per analizzare e valutare i risultati interpretativi raggiunti all'interno delle sentenze che, oltre a ricostruire il percorso motivazionale seguito dal giudice, ne vagliano al contempo la correttezza⁴¹.

⁴⁰ Si pensi in tal senso alla nota 'formula del peso' di R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in "Ratio Juris", 4/2003, pp. 433 – 449, o alla più recente proposta di 'bilanciamento qualitativo' di S. Besson, *Human Rights in Relation. A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights*, in S. Smet – E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 23 – 37.

⁴¹ Si veda in proposito il modello di analisi e valutazione delle sentenze proposto da M. Atienza, *Curso*, cit., spec. pp. 423 ss.

GIUSY CONZA

*Vulnerabilità:
ricadute metodologiche in un caso pratico*

1. *Un raccordo con le brevi note metodologiche*

Le “brevi note metodologiche”¹ che precedono lasciano intravedere la possibilità di spiegare come gli approcci teorici alla vulnerabilità declinati in chiave oggettiva o soggettiva possano trovare una concreta chiave di lettura nell’alveo dell’argomentazione giuridica.

Come si è visto, nel momento in cui si svincola il diritto dal *dictum* di un sistema di norme poste e lo si cala nell’esperienza dei valori condivisi ci si trova a fare i conti con un Diritto dello stato costituzionale che nel dare centralità ai diritti fondamentali rischia, a causa della porosità e incertezza che lo contraddistingue, allo stesso tempo di “vulnerarli”². Ciò determina l’impossibilità di offrire una definizione stipulativa della vulnerabilità che nel mettere d’accordo tutti, operi nella formula del *tutto o niente*, tralasciando quelle situazioni peculiari in cui si viene a trovare una persona che chiede tutela.

All’argomentazione giuridica³, spetta il compito di porre un li-

¹ Il riferimento è al contributo che precede di G. Blando, dal titolo “Brevi note metodologiche sul rapporto tra Diritto, argomentazione e vulnerabilità”.

² Sulla possibilità che sia lo stesso diritto ontologicamente vulnerabile v. F. Ciamarelli, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 171-182.

³ È da attribuire alle teorie “classiche” dell’argomentazione (mi riferisco alla

mite alla *voluntas legis*, criticandone l'operato e mai piegandosi a riconoscerla e validarla solo perché promana dal "sovrano". Sugli operatori del diritto in senso ampio, siano essi, avvocati, giudici o teorici del diritto ricade quindi la responsabilità di educare alla razionalità per domare quella vulnerabilità di cui si fa strenuo portavoce proprio il Diritto dello stato costituzionale.

Ciò posto, guardando in specie al ruolo del giudice, ci si chiede se esso possa – attraverso strumenti di analisi e valutazione⁴ – porre realmente un freno o un controllo all'interno di una fattispecie *particolare* in modo da contenere, per quanto possibile, la categoria della vulnerabilità.

2. Come riconoscere la vulnerabilità nel caso concreto?

Con questo intento vorrei rileggere le teoriche affrontate nelle note metodologiche nel tentativo di mostrare, all'interno di una pronuncia di legittimità, come "l'approccio argomentativo al Diritto può contribuire in modo decisivo ad una migliore teoria"⁵.

topica di Viehweg, la nuova retorica di Perelman e Olbrechts-Tyteca e non da ultimo a Toulmin) l'interesse al profilo argomentativo del diritto. Interesse che è andato via via crescendo con le cd. teorie *standard* dell'argomentazione più propriamente giuridica, riferite principalmente ad Alexy e MacCormick. Per una disamina completa delle teorie dell'argomentazione giuridica si rinvia a R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998 e N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, trad. it. A. Schiavello, Giappichelli, Torino, 2001 e più in particolare M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

⁴ Sulle modalità di analisi e valutazione di un caso giuridico formativo è il testo di M. Atienza – A. Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos Editora jurídica, Quito, 2009 e non da ultimo M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., spec. pp. 423 ss.

⁵ M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, ed. it. a

Quando si ragiona di diritto non ci si può fermare al momento conoscitivo o descrittivo di un sistema di norme, sarà invece necessario calarsi in un determinato contesto influenzato “dai modelli culturali, dai criteri di valore, dalle idee-guida di una intera collettività ed è sulla base di questo che l’attività pratica nella quale il diritto si esprime deve essere giustificata”⁶.

Non è sufficiente un momento descrittivo ma è necessario che ad esso segua un’argomentazione puntuale sui criteri utilizzati, in particolare dai giudici, nella costruzione di una concreta razionalizzazione dei processi decisionali.

Il caso, spogliato dei pur rilevanti aspetti delle recenti e discusse riforme sui procedimenti in materia di immigrazione e asilo, ha ad oggetto il riconoscimento della protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. La Corte di Cassazione si è pronunciata con la sentenza n. 4455 del 2018⁷, su ricorso del Ministero dell’Interno, avverso una pronuncia della Corte d’Appello di Bari in merito al riconoscimento in favore di un cittadino gambiano del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 5, comma 6, del d.lgs. 286 del 1998 (Testo unico dell’immigrazione, d’ora in avanti TUI)⁸. La Corte d’Appello ha

cura di A. Abignente, trad.it. V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 55.

⁶ N. Lipari, *Ragionare di diritto*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2019, pp. 489-521, spec. p. 518

⁷ Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione, I sezione, n. 4455 del 23 febbraio 2018, Pres. dott. F. Tirelli, Rel. dott.ssa M. Acierno il cui testo è consultabile al sito della Corte di Cassazione alla voce *sentenzeweb*. Interessanti notazioni a commento di E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, 3/2018; R. Simone, *Nota redazionale*, in “Il Foro italiano”, 2/2018, pp. 1656-1666 spec.; C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in “Questione giustizia online”.

⁸ Il comma 6, dell’art. 5 del Testo Unico dell’immigrazione così dispone: “Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla

ricosciuto il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari⁹ valutando quali presupposti del rilascio tanto l'integrazione

base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione". Il presente comma è stato così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2), D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (cd. Decreto sicurezza), convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132: "Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti". È opportuno precisare che recentemente la Corte di Cassazione con le sentenze gemelle nn. 29459, 29460 e 29461 del 24 settembre 2019 ha sancito l'irretroattività del d.l. n. 113/2018 "nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari dettata dall'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno", in applicazione dell'art. 11 "Preleggi". Pertanto, per le domande di protezione umanitaria avanzate prima dell'entrata in vigore del decreto sicurezza, come la fattispecie oggetto della sentenza che qui si commenta, troverà applicazione l'istituto della protezione umanitaria.

⁹ Quando si parla di misure di protezione internazionale ci si riferisce al riconoscimento sul piano costituzionale (art. 10, comma 3, Cost.) del diritto d'asilo come forma di solidarietà di carattere umanitario a favore di coloro che si trovino nella condizione di perseguitati politici. Tale principio trova attuazione attraverso tre istituti: lo *status* di rifugiato (d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251); la protezione sussidiaria (d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25) e la protezione umanitaria (art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 c.d. Testo Unico Immigrazione - T.U.I.). Per una disamina del diritto d'asilo in sede costituzionale si rinvia a M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; A. Cassese, *Commento all'art. 10*, in *Commentario alla Costituzione*, G. Branca, Bologna-Roma, I, 1975, pp. 526 ss.; C. Esposito, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1958, pp. 222 ss. In sede di Unione europea si v. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*.

sociale dello straniero in Italia, quanto la compromissione dei diritti umani cui andrebbe incontro in caso di rimpatrio in Gambia.

Ad avviso del Ministero dell'Interno entrambi i presupposti evocati dalla Corte d'Appello vanno legittimati e perciò provati in concreto non essendo sufficiente un loro richiamo astratto e generico. La scelta del giudice di merito non può essere arbitraria ma deve essere verificabile e rispondente ad una pretesa di correttezza¹⁰. La compromissione dei diritti umani non può ad esempio derivare da una situazione generale in cui si trova l'intero Paese d'origine dello straniero ma deve essere il frutto di un apprezzabile rischio personale del richiedente la protezione umanitaria. Allo stesso modo, l'integrazione sociale non può costituire un motivo autonomo che non implichi una previa valutazione concreta della effettiva privazione dei propri diritti fondamentali.

In questa chiave, il ricorso del Ministero dell'Interno veniva accolto parzialmente¹¹ dalla Corte di Cassazione non tanto per l'astratta idoneità dell'integrazione sociale ad essere sussunta nel disposto normativo dell'art. 5, comma 6 del TUI, quanto per l'assenza di uno specifico onere argomentativo e di una autentica ricerca istruttoria, da parte del giudice del merito, del riconoscimento di quella vulnerabilità che vorrei definire 'particolare', perché unica e specifica per quel caso concreto.

È necessaria per gli ermellini una "valutazione individuale, ca-

Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo, in "Questioni e giustizia", 2/2018, pp. 28 e ss.

¹⁰ R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 171 e ss. e Id., *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 1/2010, pp. 17-36, spec. pp. 17-26.

¹¹ L'accoglimento parziale è dovuto al fatto che la Cassazione accoglie il ricorso del Ministero dell'interno, cassa il provvedimento impugnato e rinvia alla Corte d'Appello di Bari, in diversa composizione affinché svolga un "esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente".

so per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia”¹², che venga bilanciata “con la situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio”. L’accertamento deve, detto altrimenti, tener conto di una possibile lesione del diritto fondamentale della dignità del richiedente quale conseguenza del rientro nel suo Paese d’origine in relazione alla attuale situazione del cittadino gambiano in Italia.

È qui che la situazione di vulnerabilità soggettiva¹³ di uno straniero che chiede protezione umanitaria in Italia risulta insufficiente se astrattamente considerata “e non calata nella complessiva condizione del richiedente tratta da indici soggettivi e oggettivi” adeguatamente accertati. È in questo senso che la trama aperta¹⁴ della norma in esame rivela la vulnerabilità oggettiva del Diritto che a causa della sua vaghezza consente all’interprete, in questo caso al giudice, di ‘intromettersi’ nel prevedere altre condizioni o criteri entro cui far ricadere la fattispecie particolare.

Come si diceva nella parte teorica¹⁵, allo stesso tempo la vulnerabilità oggettiva del Diritto diviene, presupposto della vulnerabilità soggettiva dei diritti in quanto, non essendone disciplinata la fattispecie concreta, il diritto alla protezione umanitaria evocato dai

¹² Tutto quanto riportato tra virgolette da ora in avanti costituisce parte della sentenza che qui si commenta.

¹³ Sulla vulnerabilità come condizione soggettiva si veda B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità* in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 127-145.

¹⁴ Il richiamo è alla teoria dell’*open texture* ed in particolare alla vaghezza delle norme per le quali si rinvia al noto esempio, reso celebre da Hart, del divieto di introdurre un veicolo in un parco pubblico in H.L.A. Hart, *Positivism and Separation of Law and Morals*, in “Harvard Law Review”, 4/1958, pp. 593-629.

¹⁵ Il riferimento è alle “Brevi note metodologiche sul rapporto tra Diritto, argomentazione e vulnerabilità” di G. Blando che precedono il presente testo.

soggetti legittimati a chiederlo rischia di restare senza garanzia e tutela alcuna.

Il punto dolente è costituito proprio dalla vaghezza del dettato normativo dell'art. 5, comma 6, TUI che rimette il dispositivo alla più ampia discrezionalità dell'Amministrazione.

Gli stessi *seri motivi* di carattere umanitario – a cui rinvia il comma 6, dell'art. 5 del TUI – richiesti ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria non sono oggetto di una pedissequa tassonomia da parte del legislatore, ma lasciano un'ampia possibilità di interpretazione al giurista nel caso concreto. L'unica statuizione legislativa espressa attiene alla finalità che i *seri motivi* devono perseguire ovvero la tutela di “situazioni di vulnerabilità attuali o accertate”.

Non essendo rinvenibile una definizione di vulnerabilità, l'impegno del giudice, in questo frangente, consiste nell'offrire i criteri da seguire per poter sostenere che ci si trova di fronte ad una “effettiva” condizione di vulnerabilità. Essa può infatti dipendere “dalla mancanza di condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standards minimi per un'esistenza dignitosa”. La situazione di vulnerabilità può quindi derivare non solo da una “situazione di instabilità politico-sociale che esponga a situazioni di pericolo per l'incolumità personale” ma può essere la conseguenza di “un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute”, o ancora di “una situazione politica-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità (...), od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)”.

I *seri motivi* idonei a configurare il riconoscimento della prote-

zione umanitaria possono, in applicazione della norma (co. 6, art. 5 TUI) derivare anche da obblighi costituzionali o internazionali.

Su tale assunto, la condizione di vulnerabilità non viene fatta valere dai giudici esclusivamente sulla base dei criteri individuati per la sua qualificazione ma viene ricondotta, sillogisticamente, nell'alveo dell'art. 2 della Costituzione e in rapporto con il diritto dell'Unione europea (CEDU) al "diritto alla vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo". La possibile lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare del richiedente può essere valutata operando, incalza la Corte, un adeguato bilanciamento tra la "situazione oggettiva del paese d'origine del richiedente" unita alla "condizione personale" che ha determinato la partenza del soggetto richiedente. Il percorso argomentativo seguito dalla Cassazione riporta ad una possibile sistematizzazione dell'art. 5, co. 6, del TUI all'interno dell'ordinamento giuridico.

In virtù del sostegno dato dall'art. 8 della CEDU e dall'orizzontalità dei diritti fondamentali, l'arresto giurisprudenziale amplia il novero della vulnerabilità nei presupposti applicativi in materia di protezione umanitaria consentendo una sorta di metamorfosi del disposto normativo in una clausola generale capace di promuovere i diritti umani¹⁶ fondamentali. "In questa traiettoria, il dato normativo elastico si trasforma in una vera e propria clausola generale di sistema, in grado di reificare una visione proattiva atta a propiziare il promovimento dei diritti umani"¹⁷.

A fronte di un allargamento del campo di applicazione dell'istituto della protezione umanitaria la sentenza in commento cassa la decisione della Corte d'Appello di Bari che aveva riconosciuto il diritto alla protezione umanitaria sulla base di un mero richiamo all'integrazione sociale conseguita nel Paese ospitante e

¹⁶ R. Simone, *Nota redazionale*, cit., spec. p.1665.

¹⁷ Ibidem.

pone dei limiti stringenti a cui il giudice di merito dovrà attenersi in sede di rinvio. Limiti derivanti da un bilanciamento puntuale tra la situazione di partenza e quella di arrivo del richiedente al fine di verificare se il rimpatrio possa intaccare il nucleo insopprimibile della dignità umana nella lesione dei diritti umani.

Le condizioni individuate dai giudici servono a riempire la regola (art. 5, comma 6, TUI) se esse vengono valutate all'interno di una "puntuale indagine comparativa" che tenga conto di una "condizione di vulnerabilità effettiva" del soggetto richiedente, non essendo sufficiente dimostrare che nel paese di accoglienza vi siano condizioni di vita migliori.

I giudici sanno bene ed esplicitano il "catalogo aperto"¹⁸ delle fattispecie riconducibili all'art. 5, co. 6, TUI per questo provano, al fine di comporre le difficoltà interpretative conseguenti¹⁹, per un verso a ridurre ad unità la casistica sul permesso di soggiorno per motivi umanitari e per un altro a dare una corretta valutazione all'integrazione sociale come elemento dirimente.

Anche la giurisprudenza, al pari del legislatore, dunque non fornisce una definizione stipulativa di vulnerabilità ma somministra dei criteri (la salute, l'instabilità politico-sociale nel Paese d'ori-

¹⁸ Sul fatto che le situazioni di vulnerabilità costituiscano un catalogo aperto, prima di questa pronuncia si era già espressa la Corte di Cassazione con sentenza del 27 novembre 2013, n. 26566, nella quale si legge: «le situazioni di vulnerabilità che possono dar luogo alla richiesta di rilascio di un permesso per motivi umanitari da parte delle Commissioni territoriali o del giudice in sede di giudizio d'impugnazione, costituiscono un catalogo aperto non necessariamente fondato sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione dell'art. 14 del d.lgs n. 251 del 2007».

¹⁹ Sul come interpretare i "seri motivi" la dottrina è stata da sempre divisa tra coloro che attribuivano una rilevanza ai comportamenti soggettivi dei richiedenti e coloro che invece ritenevano che lo stile di vita condotto in Italia fosse del tutto irrilevante. Per un approfondimento sul tema della protezione umanitaria, si v. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", 1/2018.

gine, la povertà e l'integrazione sociale) per individuare il soggetto o il gruppo di soggetti che a determinate condizioni possano essere considerati vulnerabili. Ecco che la vulnerabilità va costruita, passo dopo passo, con l'aiuto delle istanze provenienti dalla fattispecie particolare.

3. *Una vulnerabilità "effettiva"*

L'impegnativo onere argomentativo, a cui segue anche quello istruttorio cui si accennava in premessa, che svolgono oggi i giudici in un contesto plurale quale quello del Diritto dello stato costituzionale lascia il campo ad incertezze ed aporie che necessitano di un controllo.

Il controllo nella sentenza in commento è dato dal bilanciamento tra l'integrazione sociale – insufficiente se isolatamente considerata – e la situazione oggettiva del Paese d'origine dello straniero unita alla *condicio* personale che ne ha determinato la partenza.

Indugiando su una interpretazione estensiva dell'art. 5, comma 6, TUI i giudici della Suprema Corte hanno così preferito rintracciare la verifica della sussistenza delle ragioni umanitarie o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali non solo sul piano personale ma anche su quello oggettivo della effettiva violazione di disposizioni normative. A ciò però, la Corte, non ha fatto conseguire come sillogisticamente ci si sarebbe aspettati un riconoscimento della protezione umanitaria in caso di accertata esistenza degli obblighi di legge, ma ne ha allargato i confini verso un "giudizio prognostico" comparativo tra il Paese d'origine e quello ospitante nella valutazione della condizione "effettiva" del richiedente che tenga conto di una "incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)".

Se il ricorso alla tecnica del bilanciamento può essere lo strumento di controllo dell'argomentazione giuridica, resta il problema dell'accertamento di una vulnerabilità "effettiva".

La Corte avverte l'esigenza di precisare la rilevanza del dovere di cooperazione istruttoria da parte del giudice. Il giudice deve in prima battuta accertare se un eventuale rimpatrio implichi una forte privazione dei diritti umani tale da intaccare il nucleo intangibile della dignità umana correlandolo alla situazione che invece lo straniero ha raggiunto nel Paese d'accoglienza.

Un siffatto accertamento può essere condotto ricorrendo ad una cooperazione tra richiedente, autorità amministrative e giudice. Al principio della domanda sollevata dal richiedente che pure deve individuare e allegare le prove dei fatti costitutivi della sua pretesa si affianca un dovere di cooperazione del giudice che si fa carico di esaminare le dichiarazioni rese dal ricorrente e di verificarne, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione²⁰, le condizioni relative al Paese d'origine.

L'esistenza di una situazione di vulnerabilità può essere accertata secondo gli ermellini, laddove si dimostri in concreto la violazione di un diritto formatosi nel Paese ospitante e tutelato dall'art. 8 Cedu in contrapposizione ad una condizione di vita più degradante nel Paese d'origine. La situazione familiare del richiedente asilo deve essere valutata tenendo presente la durata nel tempo e la stabilità dei legami personali e familiari.

La pronuncia che si commenta segna un cambiamento rilevante nella misura in cui la protezione umanitaria entra a pieno titolo nell'ambito dei diritti umani fondamentali costituendone un effettivo strumento di tutela in linea con l'art. 2 Cost. per la particolare attenzione volta ad un'integrazione, nei predetti termini di comparazione, della persona all'interno del Paese di arrivo.

Il ragionamento condotto dalla Corte di Cassazione segue nella

²⁰ Così come previsto dall'art. 8, comma 3 del d.lgs. n. 25 del 2008.

struttura, lo schema tipico delle pronunce della Corte Edu²¹ in un'analisi particolare della situazione concreta da cui ne fa derivare, in assenza di una nozione di vulnerabilità, l'enucleazione di criteri da seguire nell'individuazione di particolari condizioni che ne rendano "effettiva" la vulnerabilità. Ancora una volta dunque la giurisprudenza di fronte ad una norma a trama aperta ritrova nel ruolo del giudice l'*impegno*²² a bilanciare i diversi interessi in gioco nel tentativo, mai definito, di contenere le maglie di Diritto vulnerato.

Siamo di fronte ad una vulnerabilità della norma che in quanto fattispecie aperta è quindi incapace di risolvere la *questio iuris*. Nell'insufficienza del nudo richiamo al dato normativo la vulnerabilità viene in concreto risolta attraverso il ricorso alla tecnica del bilanciamento. In questo senso assume un ruolo centrale l'argomentazione giuridica, in un'ottica di responsabilità ma vorrei dire anche di orientamento nelle scelte necessariamente valutative dell'esperienza giuridica.

I giudici concludono infatti per l'accoglimento del ricorso del Ministero dell'Interno con il monito al giudice di seconde cure di svolgere un "esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, dovendosi fondare su una valutazione comparativa effettiva tra i due piani al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza".

²¹ R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 35-56.

²² A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

4. Una possibile conclusione

La crisi a cui il diritto oggi va incontro è indubbiamente una “crisi irreversibile della stabilità”²³ che mette in dubbio la verità come fine ultimo dei processi decisionali. Questa crisi ha inevitabilmente coinvolto la comunità giuridica degli interpreti con evidenti ripercussioni nella pratica interpretativa ed argomentativa.

L’ideale della legalità²⁴ riposto nell’esigenza di certezza e nella prospettiva di un diritto garanzia di stabilità, oggi è messo alla prova da una forza esterna che mette in pericolo la tenuta del sistema giuridico. Il diritto tuttavia mostra la sua capacità resiliente di rispondere a tali “attacchi” deformandosi a causa dell’urto ma non distruggendosi. La resilienza²⁵ è definita infatti quale capacità di un materiale di resistere ad un urto, assorbendo l’energia che può essere rilasciata in misura variabile dopo la deformazione. Il diritto nel garantire la tenuta del sistema giuridico e perciò, in senso metaforico, dell’istanza di certezza deve – per poterne dominare la vulnerabilità ontologica – farsi elastico.

Nell’esperienza del caso che ci occupa ciò appare chiaro: il giudice, di fronte ad una disposizione la cui letteralità subisce un contraccolpo nella richiesta concreta di applicazione e quindi, nel-

²³ F. Ciaramelli, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, cit., p. 171

²⁴ Per un compiuto approfondimento delle molteplici questioni relative alla definizione di *Rule of law* si veda su tutti G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.

²⁵ Il termine resilienza tipico delle scienze naturali e sociali negli ultimi anni ha avuto una forte risonanza mediatica. Spesso viene utilizzato anche nella psicologia dello sviluppo e ancora per quello che a noi qui interessa lo si lega al diritto. Per un approfondimento sull’ascesa del concetto di resilienza all’interno della politica del diritto cfr. V. Marzocco, *Insicuri e Liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico giuridico-politico del neo-liberismo* in M. G. Bernardini - B. Casalini - O. Giolo, - L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, If press, Roma, 2018, pp. 295-314.

la domanda di giustizia, interpreta e stila dei criteri nei quali, ricorrendo le condizioni di “effettiva” vulnerabilità, possa rientrare il riconoscimento del diritto dello straniero alla protezione umanitaria.

Il Diritto dello stato costituzionale ha smosso le dommatiche fondate sulla stabilità del diritto che lo rendeva invulnerabile nel mero compito ripetitivo ed applicativo affidato all'interprete. Le costituzioni moderne hanno evidentemente scombussolato gli schemi definitivi del legalismo formalista cristallizzando istanze morali in disposizioni normative mai definite e sempre soggette ad un adeguamento storico-sociale²⁶. Ciò ha spostato il momento applicativo del diritto dalla strenua prevedibilità delle logiche sussuntive ad un percorso fatto di incertezze, ma anche di fattispecie particolari proprie di un'argomentazione per problemi. Un procedere per problemi che si configura in un arricchimento nell'attenzione, sempre più viva per la formazione del giurista di oggi, all'argomentazione come luogo della decisione razionale orientata da dimensioni formali ma anche materiali se non addirittura valoriali²⁷.

Nella riflessione sul momento della pratica argomentativa, in cui si possono riscoprire echi di dworkiana²⁸ memoria e richiami alla *praxis* aristotelica, il diritto rinviene il suo fondamento nelle ragioni dell'agire che è chiamato a predicare e, valicando le alture della sua stabile oggettualità, si riscopre perciò vulnerabile.

Nel caso in esame il giudice se avesse voluto applicare il dato normativo semplicemente registrandolo nella sua nuda astrattezza avrebbe potuto farlo, recando, tuttavia, un *vulnus* alla tutela del diritto alla protezione umanitaria del cittadino gambiano e perciò

²⁶ G. Peces-Barba Martines, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 54

²⁷ M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, cit.

²⁸ R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad. it. L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989.

dei diritti di un determinato gruppo di soggetti. Al contrario, il giudice sceglie di intervenire, servendosi dell'argomentazione giuridica, nella mediazione tra interessi contrapposti e di offrire una compiuta giustificazione alla domanda di giustizia sollevata dal cittadino gambiano.

Sul piano della struttura, il ragionamento condotto dalla Corte di Cassazione affascina per le similitudini con i percorsi argomentativi propri della giurisprudenza della Corte Edu²⁹. Il Supremo Collegio, discostandosi dalla funzione nomofilattica che le è propria, non mira a pervenire ad una generalizzazione della vulnerabilità dei soggetti ma la declina in relazione alla situazione soggettiva dei richiedenti tutela e al contesto culturale, storico, sociale.

Questo modello decisionale, tipico come si diceva della Corte Edu, si riverbera anche nel nostro ordinamento giuridico e descrive un diritto vulnerato dalla complessità sociale ove il carattere mai saturo della regola, induce a privilegiare una formazione per criteri generali o, più ampiamente, a far ricorso alla ponderazione dei principi nel caso concreto piuttosto che essere orientata ad una stabilizzazione oggettualistica ed uniforme del diritto, così come imporrebbe il rispetto del canone della nomofilachia.

La Corte di Cassazione, infatti, ricorre – nel tentativo di mediazione tra conflitti – ad una ponderazione in ossequio allo schema argomentativo tipico della Corte Edu, elaborando dei criteri tali da costituire lo strumento di verifica dell'esistenza di un diritto alla vita privata e familiare a cui consegue, una volta accertata, una ulteriore valutazione di legittimità della sua eventuale limitazione.

Si potrebbe così ritenere che allo scientismo oggettualistico

²⁹ Per un approfondimento sul ruolo della nozione di vulnerabilità nei processi decisionali della Corte Europea dei diritti dell'uomo nonché sul modello argomentativo tipico della giurisprudenza della Corte Edu si rinvia ai contributi di E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 13-34 e R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit.

debba subentrare l'istanza di valutare e discernere in termini sempre più contestuali, sicché alla staticità del diritto vada sostituita quella dinamicità che affida all'interprete ed in particolare all'interprete giudiziario un ineludibile ruolo da protagonista nella pratica interpretativa. Un giudice che non si limita a registrare il testo normativo riproducendolo bensì spiegando perché ha ritenuto in quel caso di estendere il significato della norma non "crea", piuttosto sceglie un percorso che sia in grado di confutare razionalmente quanto sostenuto dal Ministero dell'Interno.

La complessità moderna agisce come fattore di perturbazione esterna al diritto che non è in grado di reagirvi attraverso un sistema di regole costituenti un ordine rigido ma al contrario riconoscendosi vulnerabile, deformabile, resiliente, si rende disponibile a nuovi diritti e riconoscimenti, come è avvenuto, non da ultimo, nel recente arresto giurisprudenziale della Corte di Cassazione oggetto della presente analisi.

Siamo di fronte ad un diritto 'responsabile' che, consapevole della propria vulnerabilità, è capace di rivalutare il momento argomentativo come il luogo del controllo razionale per sostituire alla centralità del diritto "posto", la resistenza della sua giustificazione.

Un'"incertezza tollerabile"³⁰, per dirla alla Mengoni, colmata da una ragionevolezza argomentativa che nel generare diritti e stabilizzazione dei rapporti giuridici e sociali non espone a derive arbitrarie.

L'argomentazione giuridica nel contribuire in qualche misura a contenere la vulnerabilità di cui si fa portatore il Diritto dello stato costituzionale scopre ciò che in linea teorica è stato definito come vulnerabilità del Diritto in senso oggettivo. Quando il diritto, come visto nella prassi, si fa carico di una responsabilità giustificativa produce un mutamento di prospettiva: dalla prevedibilità degli esi-

³⁰ L. Mengoni, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 53.

ti di una decisione al loro controllo che nella fattispecie particolare, diviene tangibile.

Ne consegue una vulnerabilità in senso soggettivo che si riflette nella negazione di un diritto (*rectius* il diritto alla protezione umanitaria) con evidenti ripercussioni sui soggetti destinatari di quella disposizione.

I due modi di leggere la vulnerabilità non sono slegati tra loro, anzi agiscono necessariamente insieme dal momento che la vulnerabilità oggettiva del Diritto è presupposto di quella soggettiva. E lo è, nella misura in cui, i giudici nel rilevare l'insufficienza del disposto normativo ne ammettono, sia pure implicitamente, la vulnerabilità come caratteristica del Diritto. È a questo punto che la vulnerabilità oggettiva diviene il presupposto della vulnerabilità soggettiva dei diritti degli stranieri che chiedono protezione umanitaria ma non trovano risposta nel sistema giuridico.

Nella valutazione del caso concreto, l'argomentazione giuridica svela, dunque, l'ambiguità e quindi la vulnerabilità oggettiva dell'art. 5, comma 6, TUI che in quanto norma a trama aperta lascia come si è visto al giudice ampio spazio di movimento nel momento applicativo della norma al caso concreto; a questo stato di cose consegue una fragilità dello *status* giuridico degli immigrati che ne costituisce una vulnerabilità soggettiva profonda per l'impossibilità dei titolari di diritti di poterne "effettivamente" godere.

Certo la possibilità di un legame tra questi due momenti è chiaramente desumibile, nel caso concreto, dalla ponderazione messa in atto dai giudici quale controllo razionale del momento giustificativo. Resta tuttavia una difficoltà: come si misura l'integrazione sociale? I criteri a cui rimanda il Supremo Collegio possono dirsi risolutivi o non lasciano piuttosto uno *spazio* sempre aperto ad esclusioni e diseguaglianze giuridiche a causa di una vulnerabilità latente del Diritto?

Forse, accanto all'argomentazione giuridica, un valido contri-

buto può ritrovarsi in una concreta possibilità da parte della politica di porre un freno all'apertura di *spazi* verso potenziali conflitti perseguendo quali ideali fondamentali la tolleranza e il dialogo³¹ tra identità giuridiche plurali.

³¹ Sulla necessità di una capacità critica della “problematizzazione” si veda C. Perelman, *Fondement et limites de la tolérance* in Id. *Teoria e pratica dell'argomentazione. Antologia degli scritti*, a cura di G. Furnari Luvarà, Rubettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 249-255 e ancora per un interessante approfondimento sull'uso linguistico del concetto di “tolleranza” cfr. L. Gianformaggio *Il male da tollerare, il bene del tollerare, l'intollerabile*, in “Analisi e Diritto”, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 203-228 e non da ultimo E. Garzón Valdés, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto*. Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica, a cura di P. Comanducci - T. Mazzaresse, il Mulino, Bologna, 2003.

VALERIO NITRATO IZZO

*La vulnerabilità come argomento e il problema
della giustificazione nel ragionamento giuridico*

1. *Introduzione*

Il concetto di vulnerabilità si è imposto negli ultimi anni come una delle idee nelle scienze sociali che maggiormente ha attratto studiosi e studiosi di vario orientamento al fine di ripensarne alcuni presupposti. L'attenzione per il tema si è pian piano allargata alla filosofia e alla teoria politica, intrecciandosi con alcuni approcci per loro natura al confine di più ambiti disciplinari come il pensiero della differenza e la prospettiva femminista¹. La declinazione e le prospettive contemporanee hanno arricchito e sviluppato un dibattito che in realtà è assai risalente nella costruzione politico-giuridica della modernità, quella che qui maggiormente interessa. Si deve ad Hobbes infatti una tematizzazione, seppure spesso implicita e non direttamente collegata al lemma "vulnerabilità" così come oggi inteso, del rapporto tra esposizione al pericolo e fondazione dell'ordine. In una delle letture hobbesiane che hanno indagato a partire da questa prospettiva, Castel ha messo in luce i meccanismi che portano alla stretta complementarità tra vulnerabilità, paura, fondazione dell'ordine e difficoltà di una protezione totale dell'individuo, nessi che si trasformano ma non si trasfigurano nella costruzione successiva degli stati giuridicamente organizzati su

¹ C. Mackenzie – W. Rogers – S. Dodds (eds.), *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

base democratica². Essi infatti, com'è stato osservato, sembrano ancora dipendere fortemente da una legittimazione dell'ordine fondata sulla possibilità della violenza, sulla tenuta dei legami sociali, piuttosto che su una comprensione di una "ontologia della vulnerabilità" che orienti verso un paradigma di protezione ispirato alla cura³. La vulnerabilità diventa così un modo per interrogare il rapporto tra io e comunità alla ricerca dei limiti relativi alla relazione tra interdipendenza sociale e capacità di sopravvivenza⁴. Già prima di questo approccio, Elias Canetti aveva provato a fondare un principio di antropologia politica a partire dall'analisi delle diverse forme di sopravvivenza quali modalità di relazione tra l'individuo e la comunità⁵. Il nesso individuo-ordine riemerge sotto altre forme anche in quella che è forse la lettura più influente degli ultimi anni ossia quella di Martha Fineman la quale, muovendo da una critica alla presupposta e implicita idea di auto-sufficienza che è connaturata al soggetto nella teoria liberale, argomenta a favore di uno Stato responsivo, reattivo, in grado di farsi carico delle vulnerabilità che caratterizzano soggettività che mal si riconoscono nello stampino sociale del liberalismo⁶. Nell'ambito di questa nuo-

² R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it. M. Galzigna - M. Mapelli, Einaudi, Torino, 2011

³ Cfr. O. Guaraldo, *La vulnerabilità come paradigma fondativo*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 58-65.

⁴ J. Butler, *Vulnerabilità, sopravvivenza...* in "Kainos", 8/2008, disponibile all'indirizzo <http://www.kainos.it/numero8/emergenze/butler.html>.

⁵ E. Canetti, *Massa e potere*, trad. it. F. Jesi, Adelphi, Milano, 2016, pp. 297 e ss.

⁶ Tra i tanti lavori si vedano almeno i più rilevanti per l'ambito giuridico M. Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in "Emory Law Journal", 2/2010, pp. 251-275; M. Fineman, A. Grear, *Vulnerability reflections on a new ethical foundation for law and politics*, Routledge, Oxon, 2013; M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in "Yale J.L. & Feminism", 20/2008, per quanto animata da intenzioni di mitigare

va centralità acquisita dalla vulnerabilità nel contesto delle scienze sociali, anche gli studi giuridici hanno lentamente iniziato ad interessarsi al tema, una tendenza che ha interessato recentemente anche gli studiosi e le studiose italiane⁷.

Il rapporto tra diritto e vulnerabilità può essere concepito in diversi modi. Innanzitutto, il diritto è lo strumento che dovrebbe frapporsi tra i soggetti al fine di preservarne quantomeno la inviolabilità fisica. Come mostrato da Hart, se si assume la sopravvivenza come fine, questo fatto si riflette nella struttura del nostro pensiero e del linguaggio⁸. È sulla necessaria garanzia della sopravvivenza che si fonda il contenuto specifico del diritto e della morale⁹. La vulnerabilità diventa così uno dei primi fondamenti della giuridicità, in assenza della quale non sarebbe realmente comprensibile neanche un precetto quale *Non uccidere*, fornendo un'obiezione alla tesi che vede il diritto contenitore formale di qualsiasi contenuto materiale¹⁰. Come mostra l'argomento hartiano, il diritto come

le discriminazioni e di favorire una maggiore giustizia sociale, le analisi di Fine-
man sono state oggetto di critica relativamente alla capacità di offrire fondamenta
teoriche di reale emancipazione delle soggettività laddove vi siano già strumenti
anche giuridici che garantiscano l'uguaglianza sostanziale. In argomento cfr. O.
Giolo, *La vulnerabilità neoliberale. Agency, vittime e tipi di giustizia* in O. Giolo -
B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., spec. pp. 255-260.

⁷ Cfr. almeno O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*; G. Zanetti, *Filosophia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019; M. G. Bernardini - B. Casalini - O. Giolo - L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: Etica, Politica, Diritto*, IF Press, Roma, 2018; T. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁸ H. L. Hart, *Il concetto di diritto*, ed. it. a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, p. 224.

⁹ Ivi, p. 225.

¹⁰ Si tratta della nota tesi del contenuto minimo del diritto naturale che, come si è visto, si fonda in modo importante su un certo modo di intendere l'idea di vulnerabilità.

sistema di sapere diventa un elemento essenziale per comprendere le varie dimensioni della vulnerabilità. Si tratta di un legame che solo di recente è stato oggetto di un'attenzione specifica nella cultura giuridica ed in particolare in una declinazione incentrata sul soggetto¹¹. Recente è anche il tentativo di compiere letture della costituzione a partire o attraverso il concetto di vulnerabilità, analisi che hanno messo in luce sia come la fragilità possa assurgere a valore democratico¹² intesa nel senso di elemento che contempera i criteri di fraternità e solidarietà, sia in quella che orienta l'attuazione del programma costituzionale¹³.

Sotto il profilo giuridico la vulnerabilità può essere ricondotta, con alcune differenze che qui si dovranno trascurare, a quella riflessione sulla qualità giuridica delle soggettività deboli¹⁴ che da tempo si interroga sulla dinamica diritto uguale/disuguale nella ricerca di tecniche di maggior tutela, all'interno di un equilibrio costituzionale tra principio di uguaglianza formale e sostanziale nell'articolazione tra i due commi dell'art. 3 Cost. ma ampliabile a livello generale anche ad altre esperienze ordinamentali. L'interesse per il momento soggettivo ha valorizzato quello che è forse uno dei "meriti" del concetto di vulnerabilità, ossia la capacità di contribuire a cambiare il rapporto tra l'astrattezza delle categorie giuridiche e la concreta situazione in cui si trovano i soggetti. Proprio l'inserimento della vulnerabilità come categoria presuntivamente attribuibile a determinate categorie rischia però di produrre, paradossalmente, effetti di stereotipizzazione, di esclusione e di di-

¹¹ Sul punto cfr. B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità* in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 127-145.

¹² F. Pizzolato, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in "Ars interpretandi", 2/2019, p. 29.

¹³ S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in "Rivista AIC", 2/2017, pp. 1-61.

¹⁴ Cfr. M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in "Politica del diritto", 1/1999, pp. 25-52.

scriminazione, i cui esiti possono sfociare in paternalismo e stigmatizzazione¹⁵. In questo scenario è inoltre opportuno ricordare le critiche di chi ha sottolineato il nesso costitutivo tra la produzione di soggettività “vulnerabili”, esposte permanentemente al rischio sociale e che pure devono essere considerate individualmente responsabili per la loro situazione e gli assunti sociali del neoliberalismo che proprio da un allargamento delle soggettività vulnerabili dipendono¹⁶.

2. Vulnerabilità del diritto, giustificazione e argomentazione giuridica

A partire dal variegato e composito novero di posizioni e problemi appena richiamato, il punto di partenza, il presupposto dal quale prendono le mosse queste riflessioni sul rapporto tra vulnerabilità, argomentazione e diritto, è dato dal *duplice volto della vulnerabilità del diritto* ossia la sua caratteristica, nell’odierno paradigma costituzionalistico, di essere sia *oggetto* che *soggetto* attivo di produzione di vulnerabilità¹⁷. Si tratta di una “*transizione della vulnerabilità da caratteristica soggettiva a carattere distintivo dello*

¹⁵ Si veda M. G. Bernardini, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2/2017, pp. 365-384.

¹⁶ Cfr. D. Chandler - J. Reid, *The Neoliberal Subject. Resilience, Adaptation and Vulnerability*, Rowman&Littlefield, London-New York, 2016; V. Marzocco, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico giuridico-politico del neoliberalismo*, in M. G. Bernardini - B. Casalini - O. Giolo - L. Re (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 295-314; S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto». Alcune considerazioni critiche*, in “Politica del diritto”, 3/2016, pp. 475-508;

¹⁷ Cfr. A. Abignente, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale* in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 183-184; cfr. anche A. Abignente, *Quando il diritto vulnera*, in questo volume.

*stesso diritto*¹⁸. Venuta meno l'immagine di un sistema coerente legato esclusivamente alla razionalità logica e potenzialmente indifferente alla dimensione strutturalmente contingente in cui opera ogni pratica sociale e dunque anche quella giuridica, il diritto diventa fattore *attivo* e *passivo* di vulnerabilità. Se la capacità di essere elemento di vulnerabilità del diritto è storicamente innegabile¹⁹, si può osservare che anche il diritto può essere esso stesso vulnerabile se si guarda al suo concreto relazionarsi con fattori esterni – innumerevoli e tra i quali qui ci si limiterà a citare solo la tracimazione delle categorie economiche a scapito di quelle giuridiche o la crisi ecologica destinata prima o poi a stravolgere assetti dogmatici ancora oggi ritenuti quasi assiomatici – ed interni allo stesso, come in particolare la perdita di capacità stabilizzante del suo metodo²⁰. Valorizzando così la funzione euristica del concetto di vulnerabilità nell'ambito giuridico, uno dei problemi riguarda il come concepire le concrete modalità di protezione del diritto da questa “*doppia vulnerabilità*”, sia come caratteristica oggettiva del sistema giuridico sia come attributo della stabilità e protezione dei diritti fondamentali.

Questa prospettiva va messa in relazione e fatta reagire con due cambiamenti culturali cruciali nel pensiero e nella pratica giuridica degli ultimi decenni: *cultura dei diritti* e *svolta argomentativa* i quali, come sottolineato recentemente da Manuel Atienza, segnano indubbiamente un fattore di novità oggi in fase di relativa stabilizza-

¹⁸ F. Ciamelli, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit. p. 179, corsivo nel testo.

¹⁹ Gentili afferma che “[...] il benessere delle persone ha da sempre tre nemici: la natura, la società, la legge” in A. Gentili, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in “Rivista Critica del Diritto Privato”, 1/2019, p. 42.

²⁰ Ho provato a sviluppare alcune riflessioni su questo aspetto in V. Nitrato Izzo, *Note su vulnerabilità del diritto e indecidibilità*, in “Etica&Politica/ Ethics & Politics”, 3/2019, pp. 323-330.

zione²¹. Più in generale, si è verificato anche sul piano transnazionale e nel contesto di reciproci scambi tra culture e sistemi giuridici anche molto diversi, certo con qualche significativa eccezione, un progressivo movimento da una *cultura dell'autorità* verso una *cultura della giustificazione*²². Lo stato costituzionale di diritto e la costituzionalizzazione del diritto internazionale hanno contribuito ad un rovesciamento di prospettiva per cui i soggetti accedono direttamente ad un universo giuridico segnato da diversi ordini normativi i cui rapporti sono improntati ad una dimensione non immediatamente gerarchica. Si tratta allora di verificare in che modo è possibile articolare una connessione concettuale tra vulnerabilità e giustificazione e le possibili conseguenze della stessa in ambito argomentativo e di teoria del ragionamento giuridico, facendo attenzione anche a quanto concretamente avviene nell'esperienza giuridica contemporanea. Nel percorrere questa ipotesi di lavoro è bene però tenere conto che questo panorama giuridico non è affatto scontato e che esistono elementi che possono mettere almeno parzialmente in discussione questa rappresentazione e che vanno oggi interrogati in un contesto politico-giuridico segnato da forti tensioni e contraddizioni. L'indebolimento delle strutture statuali delle ultime decadi – un discorso non necessariamente universale come è dato riscontrare dall'osservazione delle esperienze in contro-tendenza di rafforzamento relative a paesi importanti come Ci-

²¹ M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, pp. 95 e ss.

²² L'espressione è stata coniata da E. Mureinik, *A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights*, in "South African Journal on Human Rights", 1/1994, p. 31. Per un primo approccio ai problemi della cultura della giustificazione da ultimo cfr. K. Möller, *Justifying the Culture of Justification*, in "International Journal of Constitutional Law", 4/2019, pp. 1078-1097; sui nessi concettuali con il *diritto alla giustificazione* nel senso filosofico elaborato da Rainer Forst rinvio anche al mio V. Nitrato Izzo, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 159 e ss.

na e India – ma particolarmente avvertibile in Europa, è dovuto ad uno svuotamento interno ed esterno cui concorrono elementi molto diversi quali la globalizzazione, la crisi ecologica, l'accelerazione del tempo sociale, lo sviluppo delle tecnologie informatiche, fattori che rischiano di ingenerare una nuova era di disuguaglianza sociale innestatasi su una crisi fiscale che minaccia la struttura welfaristica di stampo europeo e le più fragili conquiste sociali avvenute in altri contesti geografici. La recrudescenza di pulsioni potenzialmente autoritarie in molti paesi accresce la preoccupazione per la tenuta delle strutture giuridico-politiche democratiche.

Sotto il profilo giuridico, seppure come si è detto al giorno d'oggi età dei diritti e svolta argomentativa possono essere sicuramente annoverati tra i fenomeni che più caratterizzano il panorama giuridico contemporaneo e anche al di là della battaglia teorica, a volte stucchevole, tra il campo positivista e quello non-positivista intorno alla rilevanza e all'interpretazione di questi aspetti, è a mio avviso possibile affermare che essi devono fronteggiare aspetti critici che si sono intensificati negli ultimi anni pur in un contesto culturale e istituzionale a loro favorevole. Il primo punto, che muove sostanzialmente dall'accezione bobbiana originale ossia del legame tra età dei diritti ed una fase storica di progresso morale e sociale²³, è oggi abbastanza discusso sotto profili diversi sia da coloro che si rifanno alla c.d. "critica dei diritti", in particolare nell'ambito culturale anglosassone, sia da chi non meno efficacemente è costretto a constatare che il fenomeno di espansione giuridica dei diritti conosce oggi numerose battute d'arresto e l'espandersi di zone d'ombra sempre più vaste²⁴. Se questi aspetti sono difficilmente confutabili sotto il profilo della realtà sociale e della capacità dei diritti di trasformare la società si dubita da un

²³ L'ovvio riferimento è a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.

²⁴ A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in "Etica & Politica / Ethics & Politics", 1/2013, pp. 120-145.

tempo lungo, è pur vero però che il “linguaggio” dei diritti continua a conoscere una straordinaria fortuna non limitabile al perimetro strettamente giuridico e testimoniata dal fatto che è a quell’evocazione di un traguardo da conquistare da parte di coloro che aspirano “ad avere diritti” che continuano a richiamarsi le soggettività individuali e collettive escluse per ragioni sociali, politiche, economiche, morali e giuridiche²⁵. Un’impostazione autorevole che trova una sua possibile conferma laddove si rilevi anche nella discussione teorica che è il meccanismo rivendicativo a contribuire non solo all’ottenimento di determinati beni giuridici ma anche a mettere in luce il momento della performatività della pretesa giuridica quale modalità di concreta determinazione delle protezioni giuridiche da affidare ai diritti ed a riempirli di contenuto sostanziale. Anche grazie a questa caratteristica, lo stato costituzionale di diritto può essere a mio avviso visto come un *facilitatore di pratiche rivendicative di diritti* che, fondandosi anche su una maggiore capacità argomentativa dei decisori giurisdizionali, apre a nuove modalità di relazione tra legislazione e giurisdizione.

In questo scenario, che ha ingenerato una trasformazione o crisi di alcuni diritti fondamentali, emerge sotto altro profilo un paradosso, una contraddizione apparente dell’età dell’argomentazione ossia *la scomparsa della giustificazione*. Con questa espressione si intende una tendenza crescente nella cultura giuridica contemporanea a spezzare il rapporto tra decisione e esplicitazione delle ragioni che ne costituiscono il fondamento giuridico. Diversi sono i fattori che entrano in gioco, dalla procedimentalizzazione e tipificazione dell’accesso al giudizio, al rapporto tra formalismo processuale e argomentazione, fino alla diffusione crescente di forme di “governo degli algoritmi”, tecnologie che portano alla imminente affermazione di una giustizia digitale ancora tutta da

²⁵ Come è stato messo ben in evidenza da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012

indagare nei suoi presupposti metodologici impliciti ed espliciti. Più concretamente, la motivazione degli atti giuridici è oggetto negli ultimi tempi di un ridimensionamento e di un restringimento in ambito nazionale dove essa è stata considerata strumento per potenziare l'efficienza processuale – si pensi qui alla riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., disposta dalla legge n. 134 del 7.8.2012 – oppure al potenziale maggiore rilievo acquisito anche nell'ordinamento giuridico italiano dal vincolo del precedente, potendosi però rintracciare tendenze analoghe anche in altri ordinamenti²⁶. In ogni caso resta salda e condivisa in dottrina l'idea che un *minimum* di motivazione degli atti giurisdizionali sia essenziale per soddisfare le esigenze dell'ideale dello stato di diritto²⁷. Evidentemente si tratta di un problema che travalica l'ambito stretto del diritto processuale e finisce inevitabilmente per riproporre spazi più ampi di divaricazione se non di totale elisione del nesso tra decisione e argomentazione, che pur essendo logicamente ammissibile appare meno in consonanza con l'ideale del controllo dell'esercizio del potere in generale ed in particolare di quello giurisdizionale e amministrativo e dunque dello stato di diritto. In particolare, appare manifestarsi in questo modo una delle modalità di prevalenza di considerazioni economicistiche, volte anche nell'ambito dell'organizzazione dei sistemi giudiziari in prima istanza a “ridurre i costi”,

²⁶ Un'analisi dettagliata delle ragioni che originano queste scelte di politica del diritto esula dai limiti del presente lavoro. È possibile rintracciare una comune origine di preoccupazione (legittima) di esigenze di economia processuale che però sembrano essere in grado di intaccare il ruolo di garanzia che la motivazione svolge anche nel disegno costituzionale. Per alcuni approfondimenti in senso critico e con particolare riferimento al rilievo dell'argomentazione giuridica, cfr. A. Abignente, *L'ordine del molteplice. Il ritmo dell'argomentazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

²⁷ Per un efficace e rapido inquadramento del tema e delle poste in gioco cfr. M. Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1/2014, p. 375 e ss.

nel quadro di una generale affermazione di un “neoliberalismo della giustizia”, per dirla con il titolo di un volume di Antoine Garapon, che si sostanzierebbe anche in un ambito apparentemente ad essa estraneo come l’argomentazione giuridica²⁸. Il terzo punto è dato proprio da un possibile contributo che la categoria della vulnerabilità può immediatamente offrire alle teorie del ragionamento e dell’argomentazione giuridica. Se il diritto è capace di vulnerare o quantomeno di valutare le categorie giuridicamente rilevanti di cui è possibile predicare la vulnerabilità, non si può per questo pensare che il diritto alla giustificazione possa essere sempre facilmente esigibile. Se si guarda ad uno dei settori che maggiormente negli ultimi anni ha contribuito a fornire spunti di riflessione anche per il suo drammatico carico di sofferenza umana, il “governo” delle migrazioni, esso è solo limitatamente appannaggio esclusivo di fonti legislative e primarie dal punto di vista normativo, con ciò che ne consegue in termini di possibilità di critica giuridica dei materiali normativi rilevanti e di offerta di interpretazioni quantomeno “costituzionalmente orientate”. Solo di recente si è sollevato il velo su ciò che molti operatori sul campo denunciano da tempo: ossia che una parte non trascurabile dell’esperienza amministrativa e giuridica passa attraverso atti formalmente di limitata significatività giuridica, come ad esempio le circolari amministrative²⁹, e che invece nell’intreccio che tende ad affrancarsi da controlli giuridici e garanzie, assumono una capacità di condizionamento delle condotte che pur formalmente non sarebbe loro ascrivibile. Contro il diffondersi di queste prassi e l’acquisizione di una sempre più pregnante importanza giuridica non è detto che le armi dell’argomen-

²⁸ Tra i pochi lavori disponibili che hanno indagato il nesso tra argomentazione e neo-liberalismo, si veda il lucido saggio del compianto A. Hespanha, *A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”*. *Crise, Direito e Argumentação Jurídica*, in “Revista do Ministério Público”, 130/2012, pp. 9-80.

²⁹ Cfr. I. Gjergji, *Circolari amministrative e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2013.

tazione siano quelle più idonee per affrontare la battaglia³⁰. Come è stato notato, molte decisioni, pur di fondamentale importanza sotto il profilo dell'essere capaci di indirizzare l'esito di una vicenda giuridica di primaria importanza quali di solito sono quelle connesse ai fenomeni migratori e di attribuzione di status, non sempre sono adeguatamente motivate e dunque meno passibili di essere messe in discussione, sottraendosi in questo modo ai controlli che la teoria dell'argomentazione giuridica cerca di offrire. Se questo non mette necessariamente in crisi il ruolo stesso dell'argomentazione, ne mostra altresì un limite importante ossia il suo poter essere inficiata nella sua tendenza razionalizzante dagli oggetti giuridici su cui l'argomentazione è concretamente esercitabile e la necessità che i modelli teorici dell'argomentazione conservino una capacità sia esplicativa sia critica delle pratiche giuridiche in essere senza lasciarsi andare inconsapevolmente ad una idealizzazione del diritto esistente³¹. Il momento giustificativo sembra allora mal conciliarsi con la temperie giuridica del nostro tempo.

3. *La vulnerabilità nel ragionamento giuridico: alcuni esempi*

Da un punto di vista generale, nonostante il proliferare di studi sul tema che prendono le mosse in particolare dall'analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di altre corti internazionali a presidio dei diritti umani³², l'elaborazione ri-

³⁰ Sul punto cfr. A. Schiavello, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale* in "Etica&Politica", 3/2019, pp. 255-277, p. 274.

³¹ Sul punto cfr. già le critiche mosse da Atienza al c.d. modello "standard" dell'argomentazione giuridica (Alexy, MacCormick) in M. Atienza, *Las razones del Derecho*, Fontamara, Mexico, 2004, p. 204.

³² Nella crescente letteratura, a titolo di orientamento, si vedano almeno il numero monografico *Vulnerabilità e interpretazione giudiziale*, "Ars Interpretandi", 2/2018; I. Nifosi-Sutton, *The Protection of vulnerable groups under Inter-*

guardante il nesso concettuale tra vulnerabilità e ragionamento giuridico sembra ancora carente. Il primo interrogativo, com'è stato correttamente osservato, riguarda sia il *se* sia il *come* l'approccio o teoria della vulnerabilità fondino una specifica teoria del ragionamento giuridico o se vi sia un tipo di ragionamento giuridico che si adatti meglio alla teoria della vulnerabilità rispetto ad altri³³. Naturalmente la questione dipende in modo cruciale dalla definizione di ragionamento giuridico che si adotti oltre che al contesto sociale, dogmatico o istituzionale in cui questo viene svolto. Non ci si occuperà qui di tentare di fondare un intero approccio di ragionamento giuridico al tema della vulnerabilità. Più modestamente, si cercherà di capire in che modo il sempre più frequente ricorso alla vulnerabilità come *concetto* ed il suo utilizzo come *argomento* stia influenzando alcune pratiche argomentative di rilievo, in particolare quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Uno dei primi aspetti da sottolineare è che la vulnerabilità è quasi sempre considerata una nozione da considerare in concreto e non in astratto. La condizione di vulnerabilità impone un giudizio *situato* ossia che parta e tenga conto del contesto specifico in cui si è sviluppata la situazione generatrice della controversia, giudizio peraltro maggiormente difficile da esigere nei confronti di corti come quella

national Human Rights Law, Routledge, Oxon, 2017; S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, in L. Burgorgue-Larsen (dir.) *La vulnérabilité saisie par le juge en Europe*, Pedone, Paris, 2014, pp. 59- 85; L. Peroni - A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in "International Journal of Constitutional Law", 4/2013, pp. 1056-1085.

³³ L. Corso, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, in "Ars interpretandi", 2/2018, p. 59. Per un utilizzo del concetto di vulnerabilità quale criterio fondante nella teoria generale dell'argomentazione e consistente nell'impossibilità di immunizzare un argomento da critiche legittime, cfr. R. Johnson, *The Principle of Vulnerability*, in "Informal Logic", 2/1995, pp. 259-269.

Edu, che si trovano spesso a valutare a notevole distanza temporale e materiale dai fatti.

Nella giurisprudenza della Corte Edu che riguarda casi connessi con la nozione di vulnerabilità, essa è stata prevalentemente utilizzata per indagare e a volte espandere i limiti dello scopo delle obbligazioni positive a carico di uno Stato contraente della Convenzione³⁴. In linea generale si può dire che questa linea argomentativa sembrerebbe confermare un assunto sviluppato nella teoria della vulnerabilità: ossia che un riconoscimento della condizione soggettiva della vulnerabilità richiede un intervento attivo, “reattivo” dello Stato, una tendenza dunque apparentemente in consonanza con le aspirazioni della teoria della vulnerabilità *à la Fine-man*, almeno *prima facie*. Il soggetto vulnerabile è un soggetto solo limitatamente auto-sufficiente ed in possesso di un grado limitato di autonomia, dunque è intitolato ad un trattamento da parte dello Stato che in una qualche misura lo protegga, lo aiuti, lo “tratti” in modo specifico. Il che pone allora un obbligo in capo allo Stato di mettere in chiaro le ragioni che possano fondare tale trattamento, poiché non esistono riferimenti alla definizione di vulnerabilità nel testo della Convenzione e anche una ricostruzione della nozione attraverso la giurisprudenza è problematica³⁵. In realtà, già ricorrendo alla nozione di “obblighi procedurali”, è possibile riconoscere un tratto distintivo di una cultura giuridica “[...] che permea un sistema fondato sui diritti fondamentali: il diritto alla giustificazione”³⁶. Le autorità nazionali nel sistema della Convenzione sono tenute a *giustificare* il proprio operato, a fornire ragioni che stanno alla base della limitazione dei diritti o dell’assenza di protezione,

³⁴ In questo senso cfr. E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani* in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 154.

³⁵ Cfr. i contributi di Diciotti e Chenal in “Ars Interpretandi”, 2/2018.

³⁶ Cfr. R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in “Ars interpretandi”, 2/2018, p. 44.

limitando dunque attraverso il ricorso al principio di proporzionalità le restrizioni dei diritti³⁷.

Nella breve analisi di casi che segue vorrei soffermarmi in particolare sul fenomeno della difficoltà del decidere che è rilevante per la questione della vulnerabilità in quanto espone il sistema giuridico nel suo complesso ad un fallimento della sua missione principale di regolazione delle condotte umane. Quello che vorrei provare a mettere in luce è che molti casi definibili come dilemmi giuridici o che presentano caratteristiche di indecidibilità *ovvero del non saper come decidere*, presentano legami argomentativi interessanti con la nozione di vulnerabilità. A sua volta questa sembra essere implicitamente utilizzata per violare il diritto alla giustificazione.

Innanzitutto, è possibile sottolineare che in molti casi ascrivibili ad una *fenomenologia di indecidibilità* il nesso con la vulnerabilità è presente seppur in modo implicito³⁸. È a mio avviso riscontrabile questo in decisioni come *Gäfgen v. Germany*³⁹, un caso noto e discusso, in cui il ricorrente viene sottoposto a minacce di tortura in stato di arresto, al fine di confessare il nascondiglio di un bambino che aveva precedentemente rapito e in realtà già ucciso al momento della minaccia dell'inflizione delle violenze fisiche al fine di ottenere informazioni. In questo caso, evidentemente tragico per le drammatiche circostanze, il riconoscimento della vulnerabilità della persona sotto custodia è sussidiario rispetto all'invalidabilità del divieto di tortura sancito dall'art. 3 e sempre confermato dalla giurisprudenza della Corte che anche in questo caso ritiene responsabile lo Stato tedesco per violazione dei diritti sanciti nella Convenzione.

³⁷ Ivi, p. 45

³⁸ Riprendo qui succintamente l'analisi di alcuni casi svolta in Nitrato Izzo, *Dilemmi e ragionamento giuridico*, cit., cap. IV.

³⁹ *Gäfgen v. Germany*, n. 22987/05, 1 giugno 2010.

Nella stessa linea è difficile non pensare ad un contesto di vulnerabilità estrema nel famoso caso deciso da una Corte di Appello Inglese⁴⁰, in cui venne autorizzata, contro il volere dei genitori, un'operazione di separazione di due gemelline siamesi, provocando nei fatti la morte di una delle sorelline: anche qui non si parla direttamente di vulnerabilità ma l'idea che si possa autorizzare l'operazione che comporterà la morte illumina tragicamente il riconoscimento dell'altissima vulnerabilità reciproca, al tempo stesso rendendo particolarmente esigente l'onere argomentativo in capo al giudicante.

In un altro conosciuto caso⁴¹, la Corte Costituzionale tedesca fu chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una legislazione federale che prevedeva la possibilità, nel contesto delle misure anti-terrorismo messe in essere all'indomani degli attentati dell'11 settembre 2001, di abbattere aerei sotto il controllo di terroristi o utilizzati quali armi, con il necessario coinvolgimento e sacrificio delle altre persone a bordo, passeggeri ed equipaggio. La Corte ritenne illegittima la legislazione in esame argomentando fondamentalmente attraverso una lettura kantiana del principio di dignità, leso nel caso fossero stati considerati solo come meri mezzi le persone a bordo oggetto dell'azione di eventuale abbattimento. Eppure, anche sotto il profilo della vulnerabilità appare possibile verificare quanto in realtà si tratti di vulnerabilità reciproche, quelle degli ostaggi ed eventualmente delle persone minacciate dall'aereo dirottato, in cui la reificazione del concetto di dignità umana potrebbe finire per non fornire sufficiente spazio ad un'argomen-

⁴⁰ Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation) [2001] Fam. 147.

⁴¹ BVerfG, Judgment of the First Senate of 15 February 2006 - 1 BvR 357/05. Il testo della sentenza è stato consultato nella traduzione inglese fornita dalla stessa Corte e disponibile all'indirizzo http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705en.html.

tazione sulla giustificazione di una scelta che chiaramente resterebbe tragica.

I casi citati non sembrerebbero riguardare direttamente la vulnerabilità ma invece, ad una osservazione più ravvicinata, mostrano un legame molto stretto tra fenomenologia dei dilemmi e condizioni di vulnerabilità. Questo legame tra vulnerabilità e diritto alla giustificazione si sostanzia fundamentalmente in un ancora maggiore rigore necessario nell'argomentazione che porta alla decisione finale, nel senso di una quanto più profonda articolazione possibile delle ragioni giuridiche che sostengono l'impianto decisionale. Il che non è affatto una questione che possa esaurirsi esclusivamente in un discorso di tipo "sostanzialistico" sulla concreta disciplina da adottare in un caso o nell'altro. Ad esempio, è possibile ritrovare nessi interessanti tra argomentazione, vulnerabilità e lesione del diritto alla giustificazione nel recente *Cordella c. Italia*⁴² dove in una delle tante azioni giudiziarie relativa alla vicenda dell'industria ILVA di Taranto⁴³, l'Italia è stata condannata per non aver intrapreso sufficienti misure per la protezione dell'ambiente. Qui il riferimento alla vulnerabilità appare come un *obiter dictum*, laddove la corte riconosce che l'inquinamento causato dalla fabbrica ha inevitabilmente reso più vulnerabili a determinate malattie⁴⁴. In realtà non si tratta davvero di un *obiter dictum* in quanto è proprio il riconoscimento della condizione di vulnerabilità dei ricorrenti in conseguenza dell'inquinamento a fondare la responsabilità dello Stato italiano per non aver preso contro-misure adeguate alla situazione ambientale che si è protratta nella zona in-

⁴² *Cordella et autres c. Italie*, nn. 54414/13 e 54264/15, 24 gennaio 2019.

⁴³ Sul tema si veda da ultimo la rilevante pronuncia della Corte Costituzionale n. 58/2018.

⁴⁴ Al §105 della sentenza si legge « Il n'en reste pas moins que, en l'espèce, il ressort des éléments de preuve dont la Cour dispose que la pollution a rendu inévitablement les personnes qui y étaient exposées plus vulnérables à diverses maladies ».

teressata dall'inquinamento prodotto dallo stabilimento ILVA di Taranto, una delle acciaierie più grandi d'Europa. A differenza di altre decisioni precedenti⁴⁵, la Corte in questo caso non si pronuncia direttamente sulla mancanza di riconoscimento giuridico di un danno provocato dal nesso eziologico inquinamento – patologia. Qui la corte sembra usare il concetto di vulnerabilità in modo analogo a quello indicato recentemente da Diciotti, ossia di vulnerabilità intesa in senso stretto per cui “[...] x è vulnerabile in senso stretto se subirà z per effetto di y”⁴⁶ laddove essendo questi dati fortemente determinati, data la intensità e la durata dell'azione inquinante e gli effetti sulla salute, accertati da rapporti di organismi come l'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente nel 2017, la vulnerabilità qui assume una significatività concreta e suscettibile di apprezzamento giuridico a differenza di una vulnerabilità come qualità astrattamente intesa e non individualizzabile in base alle circostanze. La Corte, riconoscendo una violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione, mette lo Stato italiano di fronte alle sue responsabilità laddove, attraverso svariati atti giuridici c.d. *Salva-Ilva*, in particolare decreti-legge, aveva sostanzialmente svuotato di ogni rilievo pratico la tutela giurisdizionale, impedendo ai ricorrenti di ottenere una pronuncia da parte degli organi giurisdizionali nazionali competenti relativamente alla situazione di inerzia rispetto alla necessità di misure da mettere in atto a tutela e salvaguardia della tutela della salute pubblica e dell'ambiente. Impedendo di esaminare una “doglianza difendibile” fondata sulla Convenzione⁴⁷, viene qui in evidenza una violazione di un diritto alla giustificazione che si sarebbe reso ancor più necessario proprio

⁴⁵ *Smaltini c. Italia*, 43961/09, 24 marzo 2015.

⁴⁶ E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in “Ars interpretandi”, 2/2018, pp. 14-15, dove Diciotti distingue tre significati di vulnerabilità *in senso stretto*, *in senso lato* e *in senso latissimo*.

⁴⁷ § 175 del testo della sentenza.

per la particolare situazione di vulnerabilità che si è venuta a creare.

Questioni relative a situazioni di vulnerabilità emergono spesso anche per quanto riguarda la capacità di un soggetto di esprimere valutazioni relative alla propria situazione soggettiva anche in presenza di atti personalissimi e di grande importanza per l'autonomia del soggetto. Penso qui ancora alla giurisprudenza della Corte Edu. Il caso *Delecalle vs. France*⁴⁸ riguarda la possibilità per un cittadino francese posto sotto tutela di esprimere la propria volontà di contrarre matrimonio contro la volontà del tutore e della famiglia; al termine di un complesso e travagliato iter giudiziario, la Corte, riconoscendo un grado di debolezza nella capacità dell'uomo di valutare la propria situazione, ha negato che vi fosse una violazione dei suoi diritti (art. 12 Conv.) laddove, pur in presenza di una volontà di quest'ultimo di contrarre matrimonio in età avanzata, vari gradi di giudizio in Francia avevano sancito l'inopportunità di tale scelta adducendo il pericolo di una circonvenzione di soggetto sotto tutela con il fine di ottenere diritti relativi all'eredità di quest'ultimo. La decisione, in cui è leggibile una netta opinione dissenziente da parte di uno dei giudici, è stata molto criticata, accusata di paternalismo. Al di là della complessa vicenda, che coinvolge alcuni meccanismi del sistema francese già oggetto di critiche da parte della dottrina e interessate da una recente riforma del codice civile francese⁴⁹, qui la pur evidente vulnerabilità del soggetto – anche se la corte non utilizza il termine ma sembra presumerlo dal regime giuridico cui è sottoposto il ricorrente – diventa un termine negativo nel bilanciamento effettuato dalla Corte avente come oggetto la proporzionalità delle misure adottate a livello legislativo e giudiziario da parte dello Stato francese nei confronti del soggetto coinvolto. Un contesto decisionale forse parzialmente as-

⁴⁸ *Delecalle v. France*, n. 37646/13, 25 ottobre 2018.

⁴⁹ In particolare, la modifica nel 2019 dell'art. 460 del *code civil*.

similabile anche alla recente sentenza della Corte Costituzionale⁵⁰ che ha sancito la possibilità di essere esonerati dal giuramento prescritto dalla legge in presenza di una impossibilità materiale al prestatamento dello stesso derivante da menomazione psico-fisica. Qui rileva un'articolazione complessa di interessi in gioco che devono evidentemente favorire l'esercizio della solidarietà e della rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità ex artt. 2 e 3 Cost. e l'adesione ai valori repubblicani in presenza di una condizione di vulnerabilità.

4. Conclusioni

In conclusione, mi sembra che questi casi problematici sollevino il problema del rapporto tra condizione di vulnerabilità e partecipazione al ragionamento giustificativo come dimensione imprescindibile dei processi argomentativi e del rispetto della dignità. Le oscillazioni giurisprudenziali segnalate credo avvalorino la tesi per cui è molto difficile individuare un significato stabile del lemma vulnerabilità che si presenta come un argomento che risponde prevalentemente alle condizioni pragmatiche in cui viene utilizzato, facendone una nozione dipendente dal contesto e poco suscettibile di letture in astratto⁵¹. In tutti questi casi, ogni qual volta viene riconosciuta implicitamente o esplicitamente una condizione di vulnerabilità, mi sembra vi si possa associare un potenziale affievolimento del diritto alla giustificazione la cui mancanza o lesione costituisce a sua volta il presupposto giustificativo della conclusione cui si arriva nel ragionamento. Lo stesso può dirsi a mio avviso del caso *Cordella*, in quanto le specifiche misure di immunità concesse

⁵⁰ Cfr. Corte Cost. n. 258/2017.

⁵¹ Cfr. Gentili, *La vulnerabilità sociale*, cit., p. 46; Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità*, cit., p. 46.

dalla legislazione italiana hanno di fatto impedito l'accesso ad una procedura giurisdizionale di accertamento dei diritti dei ricorrenti, privandoli della possibilità di ottenere un accesso alla giustificazione del trattamento loro riservato. Questo è molto evidente nei recenti casi citati della Corte Edu, ma credo che lo si possa dire anche degli altri più legati alla dimensione dei casi tragici. Una prospettiva che conferma la centralità del diritto alla giustificazione, seppur da altra angolazione rispetto a quella sviluppata da Rainer Forst. Quello che i casi esaminati mettono in luce è che, se vista dal punto di osservazione del diritto alla giustificazione, la vulnerabilità di nuovo mostra il suo carattere strutturalmente ambiguo. La rilevanza della motivazione come momento giustificativo assume un rilievo non solo di controllabilità della decisione ma anche un senso di legittimazione della decisione giuridica nei confronti di coloro che a questa decisione in qualche modo hanno partecipato. In questo modo si ricomponе la dimensione oggettiva e dunque sistemica del riferimento tra vulnerabilità e sistema giuridico, che nel contesto attuale non può abdicare dalla necessità di offrire una giustificazione dei corsi d'azione pretesi dai consociati così come nella relazione tra ordine e individuo che richiede la compresenza, anche conflittuale, di una pluralità di visioni relative alla concreta situazione delle soggettività⁵². Naturalmente si tratta di un'ipotesi di lavoro da approfondire in futuro ma spero di averne mostrato in questa sede almeno le condizioni di percorribilità.

⁵² Sul rapporto oggettivo-soggettivo in relazione alla vulnerabilità cfr. anche G. Blando, *Brevi note metodologiche sul rapporto tra Diritto, argomentazione e vulnerabilità*, in questo volume.

II.

SOGGETTO E VULNERABILITÀ

DAVIDE DE SANCTIS

*Sovranità della vittima e vulnerabilità dell'ordinamento,
materiali per una riflessione sociologico-giuridica*

Slegare ogni cosa da tutte le altre
è il più completo annientamento di ogni discorso:
infatti, è dal reciproco intreccio delle Forme
che nasce il nostro discorso.
Platone, *Sofista*.

Nessuna felicità, nessuna serenità, nessuna speranza, nessuna fiera-
rezza, nessun *presente* potrebbe esistere senza capacità di dimenticare.
Frederich Nietzsche, *La genealogia della morale*.

La forza di superare la situazione in cui si esibiscono le offese su-
bite come fossero simboli dell'onore...
è una dura conquista, in termini sia culturali sia personali.
Richard Sennet, *Autorità*.

1. *Il nuovo angelo della storia?*

L'ordinamento è vulnerabile¹, e dalle sue ferite sgorga inarre-
stabile il discorso della vittima. La sua figura conquista la scena a
partire dalla messa in evidenza di questa verità². I valori fondamen-

¹ Sulla 'vulnerabilità' come categoria applicabile sia nel, sia all'ordinamento giuridico: O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

² Sui dilemmi etico-politici che la 'sofferenza a distanza' comporta: L. Boltanski, *Lo spettacolo del dolore. Morale umanitaria, media e politica*, trad. it. B. Bianconi, Raffaello Cortina, Milano, 2000.

tali su cui riposa l'ordinamento sono stati violati, i beni cui riserva una speciale protezione sono sotto attacco, i presidi predisposti in loro difesa hanno fallito, qualcosa si è rotto e la vittima si staglia in volo – come l'angelo di Walter Benjamin – su questo mucchio di macerie che noi chiamiamo progresso. Cosa c'è di nuovo? Quale ostacolo ci ha impedito di vedere fino a ieri questa immagine in tutto il suo nitore? Perché solo adesso, la vittima? Assente dalla Costituzione e ignorata dal codice penale³, la vittima sta improvvisamente diventando protagonista di una nuova e urgente questione penale:

Il reato diviene sempre più *soggettivizzato* non solo rispetto all'autore ma anche in relazione alla persona offesa, superando quella *spersonalizzazione* del soggetto passivo che caratterizza il fatto criminoso nel tradizionale diritto penale liberale. Così, il diritto criminale, soprattutto in una prospettiva retributiva e *generalpreventiva*, diviene lo strumento privilegiato per la protezione della vittima di reato, e segnatamente delle vittime vulnerabili... Tale approccio 'vittimocentrico' si riflette sulla stessa idea di reato e di bene giuridico: l'illecito penale si svincola infatti dal tradizionale concetto di reato quale offesa a oggettività giuridiche astrattamente considerate, per divenire un'offesa a vittime individuali; il bene giuridico viene di conseguenza a perdere la sua originaria funzione garantistica di selezione dei fatti bisognosi di tutela penale e con sempre maggiore frequenza ad esso vengono ricon-

³ Nell'ordinamento italiano il sintagma 'vittima di reato' non compare né nel codice penale né in quello di procedura penale, dove vengono usate altre espressioni, quali: "l'offeso" (art. 70 n. 2, c.p.), "la persona offesa" (art. 92 e 122, comma 3, c.p.p.), oppure la "persona offesa dal reato" (artt. 120 c.p. e 90 c.p.p.). In dottrina si preferisce parlare del "soggetto passivo di reato", espressione con la quale si fa riferimento al titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

dotti interessi vaghi e scarsamente afferrabili, ma facilmente connotati in senso *vittimologico*.⁴

Si tratta solo di un riflesso indolore del diritto di avere diritti, dovuto alla generale tendenza alla personalizzazione e particolarizzazione delle tutele giuridiche? Oppure siamo di fronte a un fenomeno diverso, e bisogna riconoscere i segni di una modificazione profonda, che configura un protagonismo inedito e inquietante?

Forse la prima inquietudine, la più aberrante per una teoria dell'argomentazione, deriva dal fatto che, nell'epoca delle opinioni sotto scacco, non c'è discorso meglio attrezzato contro ogni forma di critica di quello pronunciato dalla parte della vittima: la vittima ha, prima di tutto, tutte le ragioni dalla sua parte. Ma, quando le ragioni stanno tutte da una parte, quando non c'è più la possibilità di seguire un altro filo del discorso, significa che qualcosa si sta inceppando, che conviene fermarsi a riflettere.

Chi come me ha un fratello, avrà sentito più volte i propri genitori ingiungergli di non fare la vittima, erano altri tempi! Man mano che la figura del padre è svanita, quel monito è diventato praticamente inudibile, e quella della vittima è rimasta l'unica verità ancora pronunciabile. Resta da chiedersi se il proliferare incontrollato di vittime (reali, potenziali, presunte, aspiranti) non sia per caso un ostacolo da rimuovere tra quelli che, "limitando di fatto la li-

⁴ M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?* Jovene, Napoli, 2015, p. XIV. D'altro canto, sul versante empirico, quello penale si rivela un ambito statisticamente adatto a tutelare solo parzialmente le vittime reali: il nostro Paese, ad esempio – con una certa persistenza negli andamenti – "è caratterizzato da un sistema giudiziario che introita ogni anno circa due milioni di delitti, ne allontana subito il 70%, perché a carico di ignoti, ed è in grado di denunciare, sempre ogni anno, circa 650.000 persone per delitti, ma giungendo alla condanna soltanto per 112.000 accusati"; L. Lanza - G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 1995.

bertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana".

Di fronte al processo di fluidificazione delle identità, diagnosticato a suo tempo da Bauman, la vittima promette l'unico approdo ancora sicuro, basta riconoscersi come l'oggetto, anche solo potenziale, di qualche discriminazione, sofferenza, ingiustizia, violenza e il gioco è fatto, la gratificazione identitaria garantita. Così vediamo la smorfia della vittima riflettersi nel volto del nuovo leader politico, che motiva le sofferenze di ognuno proiettandole nell'immagine spettrale di un popolo vittimizzato, ma finalmente unito nell'urlo che dice: "prima noi!" (sottinteso, "che siamo vittime"). Ma, allo stesso tempo, ne riconosciamo il volto nell'ultima persona che un welfare in ritirata può permettersi di ignorare.

Come osserva Daniele Giglioli, ingaggiando una temeraria 'critica della vittima', questo nuovo (contro-)soggetto riesce a attingere potenza dall'innocenza, un hapax nella fenomenologia del potere, il sogno di tutti i suoi detentori. Tuttavia il potere che conferisce è meramente passivo, un potere di sottrazione, dalla discussione, dalla complessità, dal mutamento. E che alla fine si rivela il miglior alleato possibile della paralisi politica dei nostri tempi:

Nessun oggetto può riempire il vuoto di un soggetto che non si protende più progettualmente verso il futuro, e non vuole chiamarsi responsabile del proprio passato. A questo tenta di ovviare come un farmaco la fata morgana dell'identità, intesa in senso proprietario come qualcosa che si ha, si possiede, si constata, indiscussa come un diritto naturale, inalienabile, indivisa... Al posto del soggetto – colui che fa, media, si scontra e nel far ciò diviene –, decostruito da un cinquantennio di teoria postmoderna, si insedia un simulacro che tanto più è ombra quanto più si pretende cosa salda: un simulacro cui la postura vittimaria conferisce un supplemento di compattezza apparente, assumendo omeopaticamente una passività che si rovescia in modo adialettico in prestigio: una

mia identità io ce l'ho, e ne ho le prove, e tutti voi me la dovete riconoscere.⁵

Lo statuto di vittima gode innegabilmente di un vantaggio competitivo tale da essere diventato un bene rifugio assai attrattivo sullo scacchiere delle posizioni sociali: assicura la stabilità di un credito irrisuotibile, non ammette la negazione, esige rispetto, rifiuta la negoziazione, si sottrae al conflitto, è impermeabile alla responsabilità. In questa lotta per il riconoscimento vince chi oppone all'incertezza della decisione l'evidenza del già deciso, chi impedisce il progetto imponendo la sovranità dell'accaduto, chi pietrifica il passato denunciando lo scandalo del divenire, chi coarta le emozioni sotto la maschera del risentimento, chi si sottrae alla prova in nome della riprovazione, chi sacrifica la dignità sull'altare dell'indignazione.

Cercherò, col supporto di testi e autori anche molto noti, di far emergere questo problema lungo un percorso divergente rispetto a quello ormai assodato dalla vittimologia in ambito criminologico⁶. Ricostruendo, attraverso una partizione concettuale solo rapsodica, diverse angolazioni da cui è possibile muovere per affermare non più la necessità – piuttosto evidente – di proteggere le vittime, quanto quella – solo apparentemente contraria – di proteggerci da loro. Lo farò attraverso l'allestimento di differenti palinsesti argomentativi: le tecniche utilizzate dagli antichi greci per trattare la *menis* di Achille vittimizzato da Agamennone, la vittima espiatoria nel paradigma sacrificale postulato da René Girard, il ruolo giocato dal reato nella messa a punto del metodo sociologico, la vittima

⁵ D. Giglioli, *Critica della vittima*, Nottetempo, Milano, 2014, p. 52.

⁶ Per lo statuto epistemologico della disciplina, e per le sue articolazioni interne: A. Saponaro, *Vittimologia. Origini, concetti, tematiche*, Giuffrè, Milano, 2004.

come prodotto di una recente ‘volontà di sapere’ e, in fine, la vittima come antagonista del cittadino.

2. *La vittima antica, della menis e del suo contrario*

Parola inaugurale della cultura occidentale, la *menis* – come il miasma che la metaforizza – fiacca le forze dei guerrieri, blocca la spedizione achea sotto le mura di Troia, rende impossibile progettare l’azione in comune, separa ciò che era unito e non sarà sazia fino a quando non avrà ridotto tutti i suoi eroi a “una cosa trascinata dietro un carro nella polvere”⁷. Secondo la bella interpretazione data da Simone Weil all’alba della seconda guerra mondiale, l’Iliade è il poema della forza, del cui cieco scatenarsi, alla fine, sono tutti ugualmente vittime.

Fonte del conflitto che non ha fine, causa efficiente di un processo stasiotico di vittimizzazione generalizzata – la *menis* eroica – trova la sua collocazione ideale fuori e prima della *polis*, come ciò che innanzitutto va rimosso se si vuole cominciare a parlare di politica. Mario Vegetti, ha giustamente fatto notare come nell’Iliade Omero faccia: “precipitare le sue figure esemplari, i suoi eroi, in una situazione politica, senza che essi possiedano la minima attrezzatura morale e sociale per farvi fronte”⁸.

Dal canto suo, Nicole Louraux, ha mostrato magistralmente come – tra le prime fondamentali leggi che la *polis* ha dovuto darsi – si trovano quelle che disciplinano i rituali funerari, traducendo le manifestazioni tradizionali del lutto in forme espressive politicamente accettabili. In questo modo la *polis* esprime: “un vigoroso rifiuto della memoria quando essa vorrebbe conservare la traccia

⁷ S. Weil, *L’Iliade o il poema della forza*, in Ead., *La Grecia e le intuizioni precristiane*, trad. it. C. Campo, Borla, Roma, 2008, pp. 7-33, la cit. è a p. 9.

⁸ M. Vegetti, *L’etica degli antichi*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 20.

di un equilibrio spezzato”⁹. Si tratta di un’operazione culturale della massima importanza, se è vero, come mostra Marcel Mauss studiando le società ‘primitive’ – e come conferma Sofocle nell’*Antigone* – che il lutto è a sua volta il migliore esempio della “espressione obbligatoria dei sentimenti”. Questi infatti si manifestano in “cerimonie pubbliche, ben regolate, facenti parte del rituale della vendetta e della determinazione delle responsabilità”¹⁰: dove “le lacrime, e ogni specie di espressione orale dei sentimenti, non sono fenomeni esclusivamente psicologici o fisiologici, ma fenomeni sociali, contraddistinti soprattutto dal segno della non spontaneità e del più perfetto obbligo”¹¹. In tali occasioni, “sono fissati non solo i tempi e le condizioni dell’espressione collettiva dei sentimenti, ma anche gli agenti di tale espressione”¹², infatti le persone – generalmente donne – costrette “a recitare questa parte, nel vero senso della parola, non sono quelle che intrattengono relazioni di fatto, figlie, sorelle di discendenza maschile, etc., ma quelle che vengono determinate da certe relazioni di diritto”¹³.

Tornando alla *polis*, Lourax insiste sulla “vigile coerenza con la quale le città proteggono la sfera del politico contro i comportamenti e i fenomeni emotivi che rischierebbero di intaccarne l’ordine”¹⁴, e individua proprio nel lutto il punto privilegiato di applicazione di una nuova tecnologia disciplinare: “basti pensare al ruolo centrale che il divieto del *thrènos* (la lamentazione) ha nell’ambito dell’orazione funebre o, dal lato della memoria vendi-

⁹ N. Loraux, *Le madri in lutto*, trad. it. M.P. Guidobaldi, Laterza, Roma-Bari, p. 12.

¹⁰ M. Mauss, *L’espressione obbligatoria dei sentimenti*, in M. Granet - M. Mauss, *Il linguaggio dei sentimenti*, ed. it. a cura di B. Candian, Adelphi, Milano, 2001, p. 5.

¹¹ Ivi, p. 4.

¹² Ivi, p. 8.

¹³ Ivi, p. 10.

¹⁴ N. Loraux, *Le madri in lutto*, cit., p. 21.

catrice, a ciò che avviene nelle procedure greche dell'amnistia"¹⁵; oppure, ancora, alla particolare attenzione che le leggi della *polis* riservano alle modalità dell'*ekphora* (il corteo funebre), al divieto di autoinfliggersi ferite sulla pelle, di tradurre il lamento in versi, di piangere un estraneo ai funerali di altri, e infine all'obbligo di portare il morto in silenzio¹⁶.

Nella rielaborazione politica del lutto, il ruolo della vittima può essere insomma incarnato solo sterilizzando il potere di cui è espressione. Perciò, da una parte viene riservato alle sole donne, escludendole dalla partecipazione civica attiva, e dall'altra viene strettamente limitato e regolato nelle sue manifestazioni, per evitare che debordi dai confini dell'*oikos* invadendo lo spazio pubblico: "se il lutto è femminile, questa è dunque l'occasione per reprimere la femminilità dell'uomo"¹⁷; "l'ideale sarebbe quello di chiudere ermeticamente il dolore femminile all'interno della casa, specie quando la donna in lutto è una madre che piange il proprio figlio"¹⁸; "*l'oikèionpènthos* (il lutto domestico) non deve contaminare la città, nello stesso modo in cui, in termini più generali, le manifestazioni del lutto non possono interferire sul funzionamento delle istituzioni politiche. E quando, malgrado tutto, questo avviene, è proprio il segno di un disordine nella città"¹⁹.

La *polis* è un dispositivo psichico oltre che istituzionale, psicologizzazione della *polis* e politicizzazione della psiche, ci ricorda ancora Vegetti, sono i due movimenti complementari che caratterizzano la *Politeia* nel più celebre dialogo messo in scena da Plato-

¹⁵ Ivi, p. 22.

¹⁶ Ivi, p. 23: "le donne che vanno alla cerimonia devono lasciare il *sèma* (la tomba) prima degli uomini (altrimenti, probabilmente, la loro sfrenata emotività potrebbe turbare questi ultimi e lasciare alla lamentazione l'ultima parola)".

¹⁷ Ivi, p. 25.

¹⁸ Ivi, p. 26.

¹⁹ Ivi, p. 27.

ne²⁰. L'equilibrio istituzionale, la costituzione, l'ordinamento, trova il suo corrispettivo nella complessione psichica individuale. L'istituzione politica implica un processo di disciplinamento delle emozioni²¹, interessato prima di tutto a scongiurare le conseguenze funeste della *menis*. Perché *menis* è memoria (*mnemosyne*) del male subito, rappresa nell'attimo che precede la resa dei conti, l'inizio della fine della pacifica convivenza:

Mènis: è nera come un figlio della Notte, terribile, duratura. È incessante, senza fine, al punto che la sua forza risiede nel fatto di essere inestinguibile. Si inserisce così un 'sempre' (*aèi*) immobile, pronto a competere inesauribilmente con l'accezione politica di *aèi* che, al servizio della città, parla per converso di una continuità che nulla deve turbare.²²

²⁰ Platone, nella *Repubblica*, istituisce: "un *isomorfismo* di fondo tra la struttura della comunità politica e quella dell'apparato psichico. Si trattava cioè di *psicologizzare* la politica, facendo dipendere la costituzione della città dai tipi di anime in essa prevalenti, in modo da renderla riformabile a partire da una strategia educativa di governo dell'anima; e, reciprocamente, di *politicizzare* l'anima, facendone il teatro di un conflitto per la guida della condotta individuale, suscettibile a sua volta di venir governato mediante quella stessa strategia"; M. Vegetti, *Quindici lezioni su Platone*, Einaudi, Torino, 2003, p. 132. Dello stesso Autore, a proposito delle strategie messe a punto per nominare, canalizzare, politicizzare la *menis*: *Passioni antiche: l'io collerico*, in S. Vegetti Finzi (a cura di), *Storia delle passioni*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 39-73.

²¹ In questo senso il teatro tragico è una delle sue prestazioni più peculiari: D. Lanza, *La disciplina dell'emozione. Un'introduzione alla tragedia greca*, il Saggiatore, Milano, 1997.

²² N. Loraux, *Le madri in lutto*, cit., p. 44. Parlando dei primi tentativi fatti in Grecia per addomesticare l'ira, Remo Bodei insiste sulla diagnostica dei suoi effetti: "gli effetti dell'ira sono disastrosi perché essa è contagiosa: le parole dette o l'esempio esibito eccitano le folle e le inducono talvolta al delitto e alla guerra"; R. Bodei, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, pp. 191-192. Dello stesso Autore anche: *Ira. La passione furente*, il Mulino, Bologna, 2011; dove *menis* viene definita come ciò che nasce "da un'offesa che si ritie-

Nel saggio intitolato *Dell'amnistia e del suo contrario*²³, Nicole Louraux torna ancora con maggiore precisione sul 'divieto di rievocare le sventure' che sta a fondamento del legame politico. Quel divieto, ci dice, è la cicatrice del conflitto che altrimenti si riaprirebbe se solo si desse libera espressione alla memoria dei mali subiti. Dopo il conflitto, l'unico ricordo che è bene rimanga, è quello dell'amnistia, ovvero della cancellazione della memoria. Rispetto al conflitto che c'è stato: "la politica è fare come se non fosse successo nulla. Come se nulla si fosse verificato. Né il conflitto, né l'omicidio, né il risentimento"²⁴.

L'ordinamento riposa sulla amnistia/amnesia del conflitto che è stato. Nella sua definizione isocratico-aristotelica, ci ricorda la Loraux, la politica è "ciò che comincia quando finisce la vendetta"²⁵. La politica si inaugura in definitiva con una disposizione a ricordarsi di dimenticare la memoria, a recedere dal non-oblio. L'indimenticabile, continua la grecista, andrebbe compreso come 'indimentico': "ciò che, nella tradizione poetica greca, non dimentica e abita l'individuo in lutto al punto da poter dire 'io' attraverso la sua bocca"²⁶. Ed è precisamente questo ciò che l'oblio, il 'dolce oblio', prende di mira. Alla cancellazione del conflitto corrisponde la "promozione di *Lethe* a fondamento della vita cittadina"²⁷. *Alastor penthos*, il lutto indimentico, "esprime in sé la durata atemporale", e "come *menis*, immobilizza in un valore negativo, che rende il passato un eterno presente"²⁸. L'*alastor*, il criminale, che per Plu-

ne di aver immeritatamente ricevuto"; p. 7, e si accompagna "al bisogno di salvaguardare reattivamente la propria immagine pubblica"; p. 10.

²³ In N. Loraux, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, trad. it. G. Pedullà, Neri Pozza, Vicenza, 2006, pp. 231-263.

²⁴ Ivi, p. 242.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ivi, p. 248.

²⁷ Ivi, p. 242.

²⁸ Ivi, p. 253.

tarco è tale perché ha compiuto cose che è impossibile dimenticare, è anche colui su cui ricade l'obbligo di vendicare il morto, colui che non dimentica e che "instancabilmente perseguita l'assassino"²⁹. Da questa dinamica del lutto, i greci, sono sedotti e affascinati, ma proprio per questo hanno anche imparato a diffidarne: "i greci si sono impegnati costantemente (fin dall'*Iliade* e dalla collera di Achille magnificamente messa in scena) a scongiurare il non-oblio come la più temibile delle forze di insonnia"³⁰. La *menis* è ciò che tiene svegli, che impedisce di riposare, che interrompe quella sorta di vigile sonnolenza che garantisce la pace e l'ordine della convivenza. La vulnerabilità dell'ordinamento, ha da sempre a che fare con il tempo che non passa della *menis*, con quel 'per sempre' che si tratta di negare per inaugurare il tempo della politica. L'unico modo per politicizzare la presenza della *menis* è neutralizzarla come movente, ma poiché il suo discorso è invulnerabile, l'unica cosa che rimane da fare è convincere la *menis* a cambiare discorso.

Le *Eumenidi* di Eschilo sono, sin dal titolo, il manifesto più esplicito al riguardo³¹. All'esito della tragedia che condanna il *ghe-nos* di Atreo a perpetuare l'omicidio intestino, l'*eu-* è la maschera che la *menis* deve indossare per rivelare sulla scena il volto autentico³² della giustizia. L'accoglienza della 'ira funesta' nel pantheon

²⁹ Ivi, p. 254.

³⁰ Ivi, p. 255.

³¹ Vedi Ch. Meier, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, ed. it. a cura di C. De Pascale, il Mulino, Bologna, 1988, in part. le pp. 149-253.

³² L. Gernet, *Authentes*, "Revue des Études Grecques", vol. XXII, 1909, pp. 13-32; riconduce il termine da cui l'italiano 'autentico' alla sfera penale, e individua il suo referente più antico nell'omicida intestino: colui che ha ucciso uno dei suoi, l'assassino di un congiunto, di un appartenente al suo stesso gruppo di sangue. Una figura tipica della tragedia antica, in cui vi è sovrapposizione completa di vittima e carnefice: un'endiadi fatta apposta per spiazzare l'argomento della vendetta e attivare un surplus di immaginazione collettiva. Nei confronti di tale

dei principi messi a presidio della concordia civica, è possibile solo a patto che questa stravolga le sue sembianze, converta il proprio discorso, smetta di ri-mostrare sempre il medesimo argomento e permetta l'apertura di uno spazio per la giusta punizione dei criminali più gravi.

Il commiato del coro delle Menadi – finalmente persuase da Atena³³ a sostituire il proprio terrificante discorso con quello contrario della ritrovata concordia – suona come un monito: “se onorerete la mia presenza, non dovrete mai recriminare [*outi mēmpse-*

soggetto, in effetti, la vendetta come diritto/dovere esercitato dal gruppo per rivalsa dell'onore violato da un'offesa ricevuta dall'esterno, non ha più alcun senso. La punizione della città esce, infatti, sovente dall'orbita semantica della vendetta (cui il termine greco *timoria* rimanda), per entrare in quella del verbo *kolazein*, che designa originariamente “la correction du chef de famille”, e che tra i tanti significati poi aggiunti, tra cui anche quello di repressione brutale, ha quello fondamentale di “punition modérée, moralisante, accompagnée d'obligations, d'invitations au repentir, d'appel à la raison”; tanto è vero – argomenta ancora Gernet – che il suo contrario (*akolasia*): “désigne l'absence de règle morale chez l'individu, l'anomie individuelle, l'intemperance”; vedi L. Gernet, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce. Étude sémantique* (1917), Albin Michel, Paris, 2001, pp. 131-132. Quindi, da una parte: “l'homicide a été défini délit lorsque, l'intégration des familles dans la cité se trouvant achevée, le sentiment éprouvé par les parents fut partagé par les autres citoyens, lorsque ceux-ci désignèrent le meurtrier par le même mot *authentès* que faisaient ceux-là” [ivi, p. 92]; mentre, dall'altra, è verosimile – conclude Gernet – che la prima forma di ‘delitto pubblico’ (*graphe*), ovvero di procedura che – a differenza della *dike*, attivabile solo dalla parte offesa – è messa a disposizione di chiunque voglia vedere punita un'ingiustizia, sia da rintracciare nella forma che prendono le *graphai kakoseos*, in cui le vittime “sont l'objet de sévices ou d'offenses de la part d'un parent”, ovvero dove: “la faiblesse physique ou l'incapacité juridique de la victime nécessitaient l'intervention d'un tiers” [ivi, p. 443].

³³ A proposito della prestazione argomentativa di Atena – letta in una chiave sociologico-giuridica: F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004; dove *peitho* (la persuasione) è una “mystérieuse alchimie qui mobilise alla fois l'argumentation qui convainc l'esprit et la séduction qui charme le cœur”; p. 122.

sthai] per le disgrazie della vostra esistenza” [vv. 1019-20]. Ancora la radice *mem-* di memoria, *memphomai* (dal Rocci): “biasimare, garrire, rampognare, accusare, incolpare, rimproverare, essere malcontenti, lagnarsi, rinfacciare”³⁴; a questa gamma di possibilità, dal momento in cui le (malefiche) Erinni sono diventate Eumenidi (benevole), non è più possibile attingere nelle relazioni reciproche tra coloro che si riconoscono parte della nuova alleanza politica.

Fino a quando durerà il “divieto di rievocare le sventure” sotteso all’operazione di sublimazione della vendetta? Fino a quando Atena sarà capace di farsi garante degli onori da tributare alla giustizia come *telos* (il fine, ma anche la fine) del conflitto paralizzato (*stasis*)? Eschilo fa porre questa domanda alla Furia stessa, quando, tentata dalle offerte della dea, le chiede se la potenza e gli onori promessi in cambio della sua alleanza, continueranno a esserle tributati “per tutto il tempo avvenire” [v. 898]. A questo punto Eschilo, con uno dei suoi colpi di genio, mette in bocca ad Atena le parole della contingenza: “non posso garantire per sempre, non so se potrò mantenere” [v. 899]. Solo davanti alla vulnerabilità di un avvenire al quale la dea ha già saputo avvincere la Furia, il discorso di questa muta di colpo: il capovolgimento avviene nel verso successivo, a parlare è ancora la Furia (?): “Un incantamento mi sembra questo, la mia ira va svanendo” [v. 900]. Da quel momento il suo discorso vira di centottanta gradi, e il rancore per la vendetta che non si compie, diventa odio per la vendetta infinita: un inno che prospetta i piaceri della pace avvenire.

³⁴ Per lo stesso verbo: P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Klincksieck, Paris, 2009: “‘Blâmer, reprocher’ avec l’accusatif de la personne, mais aussi avec le datif de la personne et l’accusatif de la chose; au sens juridique *oi memphomenoi* ‘les plaignantes’ (Gortyne, *Inscr. Cret.* 4, 41, 7, 13). Ce verb prend une coloration juridique, non passionnelle”; p. 660a.

3. *La vittima espiatoria, sacrificio contro vendetta*

L'incerta etimologia della parola vittima ci conduce dritti a uno dei contesti di elezione dell'antropologia: il sacrificio. In quest'ambito appare tutt'altro che trascurato il rapporto che questa forma di rituale intrattiene con la vulnerabilità dell'ordine sociale.

Se c'è un autore che pone la vittima al centro della sua teoria generale dell'ordinamento, o, se si preferisce, della sua ipotesi su come originano e funzionano le istituzioni e le emozioni umane, questi è sicuramente René Girard. Com'è noto, al cuore della sua antropologia, sta il mimetismo che spinge l'uomo a desiderare l'oggetto dell'altrui desiderio. Questo meccanismo innesca un conflitto che rischia ogni volta di risolversi nello scatenamento della violenza reciproca, rendendo necessario provvedere a una qualche forma di ordinamento. E la prima di queste forme, si stabilisce non appena – attraverso un meccanismo di canalizzazione collettiva – la violenza potenziale e latente scatenata dal desiderio mimetico, si trasforma in violenza unanime: effettivamente indirizzata su di una vittima espiatoria. Al sacrificio della vittima, corrisponde la sacralizzazione dell'ordine sociale, e – ogni volta che l'asticella della conflittualità reciproca supera la soglia di tolleranza – il meccanismo si ripete. Non è mia intenzione ripercorrere il filo dell'argomentazione girardiana, secondo la quale rito, mito, religione e – in definitiva – il complesso delle istituzioni umane, sono altrettanti modi di replicare e occultare allo stesso tempo la verità fondamentale del capro espiatorio³⁵. Mi basta constatare a quale livello di profondità antropologica Girard pone la figura della vittima, la cui problematica presenza non smette mai di interessare il rapporto che lega violenza e ordine sociale.

³⁵ R. Girard, *Delle cose nascoste sin dall'origine del mondo*, trad. it. R. Damiani, Adelphi, Milano, 1983.

In *La Violenza e il sacro*³⁶, egli spiega come, nelle società 'primitive' – poco organizzate e bassamente differenziate –, funzioni una 'vittima preventiva', selezionata arbitrariamente e sacrificata per impedire che il "processo infinito" della vendetta abbia inizio:

Se nelle società primitive non c'è rimedio decisivo contro la violenza, né guarigione infallibile qualora l'equilibrio sia turbato, si può supporre che le *mesures preventives*, in contrapposizione a quelle *curatives*, avranno un ruolo di primo piano... In un universo in cui il benché minimo conflitto può provocare dei disastri, come la minima emorragia in un emofiliaco, il sacrificio polarizza le tendenze aggressive su vittime reali o ideali, animate o inanimate, mai suscettibili comunque di essere vendicate, uniformemente neutre e sterili sul piano della vendetta... Il sacrificio impedisce lo svilupparsi dei germi della violenza. Aiuta gli uomini a tenere a bada la vendetta³⁷.

Nelle società sviluppate, invece, si avrà una 'vittima curativa'. Infatti, grazie al sistema giudiziario e alla monopolizzazione dell'uso della forza, non c'è più bisogno di evitare la vendetta scaricando la violenza sommariamente altrove; perché ora, la violenza stessa, viene perpetrata con la precisione della giustizia, facendo in modo che il conflitto si arresti ancora una volta sulla vittima. Girard la chiama ancora vendetta, ma è chiaro che questa funziona solo se diventa una punizione che ha perduto quel connotato fondamentale che la rendeva l'inizio di un 'processo infinito':

Il punto di rottura si situa nel momento in cui l'intervento di un'autorità giudiziaria indipendente diventa *costrittivo*. Soltanto

³⁶ R. Girard, *La violenza e il sacro*, trad. it. O. Fatica e E. Czerkl, Adelphi, Milano, 1980.

³⁷ Ivi, p. 33-34.

allora gli uomini sono liberati dal tremendo dovere della vendetta... A partire dal momento in cui è solo a regnare, il sistema giudiziario sottrae agli sguardi la propria funzione. Al pari del sacrificio, dissimula – anche se al tempo stesso rivela – ciò che lo rende identico alla vendetta, una vendetta simile a tutte le altre, diversa soltanto per il fatto che non avrà un seguito, che non sarà vendicata anch'essa³⁸.

La vendetta – nel primo caso – è scongiurata preventivamente, attraverso la periodica selezione di una vittima che nessuno desidera vendicare; mentre – nel secondo – viene ‘monopolizzata’, neutralizzando la contro-vendetta mediante una procedura inappellabile di individuazione della vittima. Ma, ciò che più rileva – ai fini del nostro discorso – è che, in entrambi i casi, vediamo comparire al centro della scena la figura di una vittima, preventiva o curativa, che consente di impedire alla violenza di propagarsi e alla vendetta di chiamarsi vendetta. Uccisa nel rito sacrificale, o punita in quello giudiziario, la vittima riesce efficacemente a condurre la crisi al suo epilogo: è la fine della violenza reciproca, il ripristino dell'equilibrio emotivo. La sua comparsa, in altri termini, è il prodotto culturale di una tecnologia immunitaria, prima religiosa e poi giudiziaria, che, attraverso l'uso regolato della violenza, ne impedisce l'incontrollabile propagarsi. Immolata o condannata, essenziale è che la vittima riesca a simbolizzare efficacemente – a portare con sé – il buon esito cui è giunta l'operazione collettiva che pone fine alla crisi scatenata del desiderio mimetico: nel primo caso sviando il conflitto, nel secondo portandolo a termine.

Proprio perché la vittima è capace di far cessare il conflitto, assorbendo in sé la violenza, le procedure di selezione che la riguardano non ammettono irrituali duplicazioni: il meccanismo vittimario è efficace se la vittima prescelta è l'ultima della serie. Una volta

³⁸ Ivi, p. 38.

istituito il sistema giudiziario, cioè una volta che diventa possibile fare del colpevole una vittima, tutti sono liberati, una volta e per sempre, “dal tremendo dovere della vendetta”. Vulnerabile è quel sistema nel quale il punto finale di questo processo, la vittima ritualmente selezionata per patire la violenza, non è sufficiente a fermare il propagare incontrollato di altre posizioni vittimarie. In ultima analisi – attraverso il prisma del meccanismo sacrificale individuato da Girard – non vedremo mai la maschera di vittima a disposizione di chi è legittimato a lamentare l’ingiustizia di un torto subito, perché tale maschera, se il sistema giudiziario vuole essere efficace, serve a coprire il volto del condannato su cui continua a ricadere la violenza unanime. La vittima, potremmo dire, è sempre il simbolo del fatto che la violenza è stata pagata, appagata o ripagata, che l’equilibrio è stato raggiunto, che sul conflitto (per il momento) è stata detta l’ultima parola.

4. Il reato e la sua vittima, su una regola del metodo sociologico

“Dimmi cosa punisci e ti dirò chi sei”, potrebbe essere questa la chiave di lettura più efficace per addentrarsi nel caleidoscopio metodologico messo a punto da Durkheim a partire dalla *Divisione del lavoro sociale*³⁹. Nessun sociologo è prima di tutto un sociologo del diritto come l’autore di questo libro. Dove si dice che l’unica via percorribile, se si vuole capire com’è fatta la solidarietà sociale, è guardare al suo “simbolo visibile”: il diritto⁴⁰; rivolgendo l’attenzione in particolare al reato, perché la sanzione punitiva, ha lo straordinario privilegio di rivelare, nella maniera più precisa e immediata, i connotati della ‘coscienza collettiva’. L’intera impresa

³⁹ É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, ed. it. a cura di A. Pizzorno, Comunità, Milano, 1999.

⁴⁰ Ivi, p. 86.

sociologica dipende dal regime di visibilità che si produce a partire da una particolare genealogia della sanzione punitiva. Che comincia col ridurre la distanza concettuale tra reato e sanzione, fino quasi a farla scomparire, per poi utilizzare l'endiadi così ricavata come cartina di tornasole del 'fatto sociale'.

Senza poterci avventurare lungo l'intero cammino tracciato da Durkheim, basta segnalare che – uno dei risultati più interessanti e polemici cui si giunge percorrendo questa strada – è senza dubbio l'idea secondo la quale il reato, ricondotto al 'cosa' della sanzione punitiva, non rappresenta in sé nessuna particolare patologia sociale⁴¹. Anzi, si potrebbe affermare che è la manifestazione del 'fatto sociale' per eccellenza, l'espressione più evidente di una 'coscienza collettiva' sana. Normale è la società che punisce suscitando e unificando, organizzando e controllando, dosando e regolando, la reazione collettiva sulla quale è possibile contare per operare la generalissima partizione tra i comportamenti consentiti e quelli devianti. In altri termini, il reato è una prestazione organizzativa irrinunciabile, costante, normale, e in definitiva utile di ogni società. La pena, infatti, è garanzia del fatto che un insieme di valori, condivisi e sostenuti da un unico e potente sentimento collettivo, trovi modo di esprimersi in una forma precisa e codificata, ma, nello stesso tempo, è indice della costitutiva modificabilità e plasmabilità di quello stesso insieme di norme⁴².

⁴¹ Vedi le *Regole relative alla distinzione tra normale e patologico*, in É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, trad. it. F. A. Namer, Comunità, Milano, 1996, pp. 59-79.

⁴² «È necessario che l'autorità di cui gode la coscienza morale non sia eccessiva; altrimenti nessuno oserebbe levare la mano su di essa, che si irrigidirebbe troppo facilmente in una forma immutabile. Affinché essa possa evolvere, occorre che l'originalità individuale abbia la possibilità di emergere; e affinché la personalità dell'idealista che sogna di oltrepassare il proprio secolo possa manifestarsi, occorre che quella del criminale, che è al disotto del suo tempo, sia possibile. L'una non può esistere senza l'altra... La libertà di pensiero della quale godiamo

Questa sociologia della pena/reato, tanto più precisa quanto più ci si avvicina allo strato arcaico della solidarietà sociale, si riflette in un'ipotesi genetica che sfida polemicamente quella di una logica pattizia dell'ordine sociale, formulata dal giusnaturalismo e rimetabolizzata dall'illuminismo giuridico e dall'utilitarismo filosofico. La primazia della 'coscienza collettiva', guadagnata osservando le sanzioni punitive, non ammette calcoli di parte. Quando si invoca la punizione a comparire è sempre:

... l'idea di una soddisfazione accordata a qualche potenza, reale o irreal, che ci è superiore. Quando reclamiamo la repressione del delitto, non vogliamo vendicare noi personalmente [*ce n'est pas nous que nous voulons personnellement venger*], ma qualcosa di sacro che sentiamo più o meno confusamente al di fuori e al di sopra di noi... Per questa medesima ragione possiamo spiegarci come essi paiano reclamare una sanzione superiore alla semplice riparazione, della quale ci accontentiamo nell'ordine degli interessi puramente umani⁴³.

Si tratta perciò di capovolgere l'ordine del discorso secondo il quale la sanzione penale sarebbe l'evoluzione del diritto alla vendetta, inteso come una prerogativa inalienabile spettante inizialmente all'individuo e al suo gruppo di appartenenza, e solo successivamente delegata all'istanza che agisce in nome della società tutta intera⁴⁴. Se così fosse, la 'coscienza collettiva' non sarebbe altro che la 'coscienza individuale' volta per volta prevalente, e non qualcosa

attualmente non avrebbe mai potuto venir proclamata se le regole che la vietavano non fossero state violate prima di venir solennemente abrogate"; ivi, pp. 76-7.

⁴³ É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 119.

⁴⁴ "Per quanto diffusa questa teoria è contraria ai fatti meglio stabiliti. Non possiamo citare una sola società nella quale la vendetta abbia rappresentato la forma primitiva della pena; anzi è certo che il diritto penale era all'origine essenzialmente religioso"; ivi, p. 112.

di qualitativamente diverso. La ‘coscienza collettiva’, insomma, non mutua la propria energia da quella dell’offeso, non legittima inizialmente la sua reazione fino al punto da assumersene successivamente l’onere, non è amplificazione di un sentimento individuale; ma produce invece stati d’animo – emozioni, rappresentazioni, ideali e paure – sue proprie, originarie, di cui quelle particolari e individuali non sono altro che parziali rifrazioni⁴⁵.

La vendetta privata va allora riscoperta nel suo valore di istituto giuridico maturo, frutto della comparsa del ‘diritto restitutivo’, espressione a sua volta della complessificazione normativa e relazionare che prelude al modello organico di solidarietà. Tutte le forme storicamente osservabili di vendetta, diventano allora figure ibride, che: “sono di natura mista, e ricordano nello stesso tempo le sanzioni repressive e le sanzioni restitutive”⁴⁶. Per osservare la ‘sanzione repressiva’ allo stato puro, Durkheim si trova allora a dover riformulare il problema della pena nei termini del sistema di divieti e interdizioni con cui si amministrano le cose sacre. Osservando i primi stadi dell’ordinamento sociale, i casi più numerosi “sono quelli che ledono la cosa pubblica – delitti contro la religione, contro i costumi, contro l’autorità”⁴⁷. A fronte del “posto relativamente piccolo fatto alle prescrizioni che proteggono gli individui”, Durkheim – muovendosi soprattutto tra le fonti ebraiche a lui vicine – registra: “l’ampio sviluppo della legislazione repressiva

⁴⁵ “Poiché in conseguenza della loro origine collettiva, della loro universalità, della loro permanenza nella durata, della loro intrinseca intensità, questi sentimenti hanno una forza eccezionale, essi si separano radicalmente dal resto della nostra coscienza, i cui stati sono molto più deboli. Essi ci dominano, hanno per così dire qualcosa di sovraumano... Ci appaiono dunque come l’eco in noi di una forza che ci è estranea, e che inoltre è superiore a quello che noi siamo. Dobbiamo quindi proiettarla al di fuori di noi, e riferire a qualche oggetto esteriore ciò che la concerne”; *ivi*, pp. 119-20.

⁴⁶ *Ivi*, p. 113.

⁴⁷ *Ivi*, p. 113.

a proposito delle diverse forme di sacrilegio, delle mancanze relative ai diversi doveri religiosi, alle esigenze del cerimoniale e così via”⁴⁸.

Nel diritto penale più arcaico il reato è, per definizione, senza una vittima individuabile che non sia il sentimento ‘partagé par tous’. In questo senso – spiega Durkheim – “non bisogna dire che un atto urta la coscienza comune perché è criminale, ma che è criminale perché urta la coscienza comune. Non lo biasimiamo perché è un reato, ma è un reato perché lo biasimiamo”⁴⁹. Insomma, più si scava in profondità, più diventa chiaro che il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici è tutt’altra cosa rispetto al titolare che gli serve da supporto. Ciò che lega il bene giuridico al suo titolare, non è una relazione di fatto, ma di diritto. Allo stesso modo dell’imputazione che lega il reato non alla sua causa naturale, ma al suo responsabile sociale. Questi ‘beni giuridici’ sono come: “forze collettive ipostatizzate, cioè forze morali; esse sono costituite dalle idee e dai sentimenti che desta in noi lo spettacolo della società... Esse non sono fissate con vincoli interni ai diversi supporti su cui vengono a collocarsi; esse non vi hanno radici... *esse vi sono sovrapposte*”⁵⁰. Durkheim mostra perciò fino a che punto è possibile interpretare come ‘arbitraria’ la soglia del penalmente rilevante, staccando il reato da qualsiasi concezione sostanzialistica, sia quella che lo collega – attraverso la responsabilità – al criminale, sia quella che – attraverso la vendetta – lo riconduce alla vittima.

Lo spirito della pena si agita non appena: “l’infrazione commessa solleva in tutti coloro che ne sono testimoni o che conoscono la sua esistenza la medesima indignazione”; è questo il suo mec-

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ivi, p. 103.

⁵⁰ É. Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, trad. it. C. Cividali, Comunità, Milano, 1963.

canismo genetico tipico, ed è interessante l'esemplificazione che Durkheim formula subito dopo, disegnando una sorta di paesaggio sociologico in cui la vittima non svolge alcun ruolo:

Tutti sono colpiti, e di conseguenza tutti fan fronte all'attacco. La reazione non è soltanto generale ma anche – cosa ben diversa – collettiva; non si produce isolatamente in ciascuno, ma accorda ed unisce tutti... Il delitto avvicina quindi le coscienze oneste e le concentra. Basta per questo considerare ciò che succede soprattutto in un piccolo centro, quando uno scandalo morale è appena stato commesso: ci si ferma per la via, ci si rende visita, ci si ritrova in luoghi convenuti per parlare dell'avvenimento e ci si indigna in comune. Da tutte le impressioni simili scambiate, da tutte le collere espresse, deriva una collera unica, più o meno determinata secondo i casi, che è la collera di tutti senza essere quella di nessuno in particolare⁵¹.

Di qui il noto schema dicotomico che vede, da una parte il 'diritto repressivo' punire gli attentati al sentimento condiviso da tutti, e dall'altra il 'diritto restitutivo' che raddrizza i torti subiti in particolare da qualcuno⁵². Se si vuole sapere che tipo di solidarietà lega i membri di uno stesso insieme sociale, bisogna guardare quale delle due sanzioni esibisce la frequenza statistica più alta: se a

⁵¹É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 121.

⁵² "Ciò che distingue questa sanzione è il fatto che non comporta un'espiazione [c'est qu'elle n'est pas expiatoire], ma si riduce a una semplice *riparazione* [mais se réduit à une simple *remise en état*]. Nessuna sofferenza proporzionale al misfatto viene infitta a colui che ha violato il diritto o che lo misconosce: egli viene semplicemente condannato a sottomettersi ad esso. Se il fatto è già stato compiuto [s'il y a déjà des faites accomplis], il giudice ripristina quello che avrebbe dovuto essere lo *status quo* [le juge les rétablit tels qu'ils auraient dû être]: parla in termini di diritto, non di pena [il dit le droit, il ne dit pas de peines]"; ivi, p. 129.

prevalere sono le punizioni, siamo in presenza di un legame sociale semplice o per similitudine (la solidarietà meccanica); se, invece, sono le sanzioni restitutive, ci troviamo di fronte a un legame complesso o per distinzione (la solidarietà organica). Tuttavia, non appena la società – per effetto della sempre maggiore complessità indotta dalla specializzazione delle funzioni – finisce per selezionare come sacro, e quindi prende a proteggere penalmente, il sentimento di rispetto che si deve alla persona umana, ci si trova nella impasse di dover proteggere la stessa cosa (la vittima) che bisogna punire (il criminale):

I sentimenti di pietà che ci ispira colui che viene colpito dalla pena non possono più essere così facilmente né così completamente soffocati da quegli stessi sentimenti che egli ha esasperato e che si ritorcono contro di lui: infatti gli uni e gli altri hanno una medesima natura e i primi non sono altro che una varietà dei secondi. Quel che placa la collera collettiva – che è l'anima della pena – è la simpatia che proviamo per ogni uomo sofferente, l'orrore che desta ogni violenza distruttiva; ma sono proprio quella stessa simpatia e quello stesso orrore che accendono la nostra collera. Così, questa volta, proprio la causa che mette in moto l'apparato repressivo è quella che tende a incepparlo: un medesimo stato d'animo, infatti, ci spinge a punire e a moderare la pena... c'è una vera e insanabile contraddizione nel vendicare la dignità umana, offesa nella persona della vittima, violandola nella persona del colpevole. Il solo modo, non tanto di eliminare l'antinomia (giacché a rigore non sarebbe possibile), quanto piuttosto di moderarla, è quella di attenuare al massimo le pene⁵³.

⁵³ É. Durkheim, *Due leggi dell'evoluzione penale*, ed. it. parz. in E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 177-193, la cit. è a pp. 188-9.

Con buona pace dell'atteggiamento giustizialista che la vittima alimenta sulla scena penale, Durkheim ci mostra le ragioni sociologiche per le quali la protezione della sua dignità è l'altra faccia di quella dovuta al criminale. Perché la pena, agendo su quest'ultimo in maniera sempre meno violenta, mostra fino a che punto tutti tengano in massimo conto il valore di ognuno in quanto persona. Questo significa che – per il funzionamento di una regola sociologica – se l'intensità punitiva delle sanzioni dovesse improvvisamente riprendere a salire, potremmo non trovarci affatto di fronte a una maggiore protezione accordata alle vittime, quanto piuttosto all'inequivocabile segno che la dignità personale sta perdendo gradualmente di importanza e che il diritto sta cambiando, con l'oggetto della sua tutela, un'altra volta strada.

5. La vittima in criminologia: vittimologia, vittimalità e vittimizzazione

Come il criminale che l'ha preceduta, la vittima è un costrutto scientifico recente, oggetto di una volontà di sapere che si dispiega a partire dalla metà del Novecento. Dopo il più macroscopico processo di vittimizzazione del secolo scorso, alcuni intellettuali ebrei tedeschi – riusciti in tempo a rifugiarsi negli Stati Uniti e in Canada – fanno convergere, indipendentemente l'uno dall'altro, il proprio interesse sul ruolo svolto dalle vittime nella realizzazione del reato. Inizialmente, con la scienza chiamata 'vittimologia', si è cercato di illuminare il cono d'ombra proiettato dalla sorella criminologia, cominciando a ripensare il reato come un evento complesso e dinamico, non sufficientemente comprensibile se – puntato il riflettore sull'autore – si trascurano le circostanze relazionali che lo hanno generato. In questa prima fase, l'attenzione rivolta alla vittima, era destinata – più o meno consapevolmente – a moderare la colpevolizzazione del reo. Si partiva cioè dal presupposto secondo

il quale il crimine è interazione e la vittima: “lungi dall’essere quel povero agnello sacrificale che l’immaginario collettivo vorrebbe, rappresenta piuttosto una componente significativa e, anzi, spesso attiva e partecipe rispetto al compimento degli eventi”⁵⁴.

Il proliferare delle più disparate tipologie di vittime diversamente colpevoli (apatiche, letargiche, passivamente sottomesse, conniventi, provocanti, cooperatrici, istigatrici, adescatrici), per una comprensibile eterogenesi dei fini, ha finito ben presto col costringere la vittimologia a capovolgere completamente il proprio discorso di partenza. Non appena il movimento femminista – verso la metà degli anni sessanta – intercetta le prime inchieste sullo stupro che mettevano in questione il ruolo delle donne che ne erano state vittime, i vittimologi si vedono costretti a rivedere le proprie posizioni: “facendo leva sul modello delle donne picchiate e stuprate, tanto a lungo disprezzate o ignorate, ma infine riconosciute, non si trattava più di sapere in che cosa la vittima poteva essere co-autrice del trauma, ma di sostenere che essa era a priori innocente”⁵⁵.

Rimosso il problema della co-responsabilità in sede di reato, la vittimologia ha cominciato a individuare un diverso oggetto di ricerca. Mimando il movimento che aveva portato la criminologia a spostare la propria attenzione dal criminale alla criminalità, si trattava ora di studiare non più la vittima, ma la ‘vittimalità’. Chiamando a raccolta tutte quelle competenze teoriche che a diverso titolo potevano contribuire a rendere conto della particolare predisposizione in cui un soggetto può venirsi a trovare in ragione della sua condizione (psicologica, giuridica, biologica, sociale, economica, storica) di vulnerabilità. Si è trattato, da quel momento in poi,

⁵⁴ S. Vezzadini, *La vittima di reato. Tra negazione e riconoscimento*, CLUEB, Bologna, 2006, p. 70.

⁵⁵ C. Eliacheff – D.S. Larivière, *Il tempo delle vittime*, ed. it. a cura di C. Calabrese e E. Carpani, Ponte delle Grazie, Milano, 2008.

di predisporre – per tutti i profili corrispondenti alla tipologia così configurata – le tutele necessarie a ridurre il rischio di vittimizzazione (primaria, secondaria, ripetuta, indiretta, collettiva, generalizzata).

Parallelamente, com'era successo col criminale a partire dai tempi di Lombroso, la vittima diventa intanto una categoria nosografica nella quale confluiscono una serie di disturbi della personalità, per diagnosticare e curare i quali sono richieste competenze di diversa natura, strutture appositamente attrezzate, personale qualificato, risorse disparate e soprattutto molti fondi. Tra gli esiti più rilevanti di questo sforzo nosografico, va certamente ricordato il PTSD (*Post-Traumatic Stress Disorder*), introdotto per la prima volta nel DSM III (*Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorders*) entrato in vigore nel 1980. Uno strumento diagnostico che diventerà il mantra del trattamento vittimario, ma che viene inizialmente adoperato per poter prestare assistenza professionale ai ragazzi tornati dal Vietnam; di modo che, i medici americani, hanno potuto cominciare a certificare il bisogno/diritto di assistenza per le vittime di violenza, non subita, ma perpetrata.

In ragione del circuito difficile da interrompere tra sapere e potere, alla crescita esponenziale di agenzie predisposte a tutela delle vittime, ha corrisposto un proporzionale aumento di richieste di riconoscimento, e la volontà di sapere ha finito col tramutare oggetti astratti di conoscenza in pratiche efficaci di soggettivazione. La vittima viene ora ricostruita dalla prospettiva di un potere/sapere alla spasmodica ricerca di soggetti da trattare. Si potrebbe parlare della messa in funzione di una vera e propria 'vittimopoietica'. Un sistema di produzione ben avviato nei dipartimenti universitari, sempre più sedotti da un oggetto di studio che ha il vantaggio di essere eticamente corazzato, capace di attrarre enormi finanziamenti, e soddisfare contemporaneamente il requisito della più alta interdisciplinarietà insieme a quello della più elevata spendibilità del sapere prodotto sul mercato del lavoro. A sua volta – il

prodotto che questa macchina immette nel circuito sociale – incontra, ma inevitabilmente anche alimenta, la domanda di sicurezza di cui si nutrono una molteplicità di poteri che – a diverso titolo – sono interessati a mantenere alto il livello di percezione del pericolo, della paura e del rischio⁵⁶. Dal canto suo, il vittimologo diventa infine l'ultimo erede di Sharlok Homes, nella fiorente letteratura criminale che imperversa nell'immaginario delle serie tv. In prodotti come *Criminal Minds* o *Law and Order SVU* (*Special Victim Unit*) – solo per citare due di quelli che da diversi lustri fanno la fortuna dei loro produttori – la figura del detective, viene sostituita da squadre in possesso di un articolato assemblaggio di competenze medico/securitarie, che si mettono in moto a partire da ciò che c'è da sapere sulle vittime. Ora il vero mistero, l'opacità da rimuovere, l'enigma da risolvere, non riguarda più il criminale, ma le sue vittime. Solo ricostruendo la verità della vittima, solo scoprendo la vittima dove non era ancora possibile vederla, il crimine può essere efficacemente fermato. La punizione in cui incorre il cattivo deve allora coincidere col momento conclusivo di un processo anamnastico al termine del quale la vittima appare finalmente, a se stessa e agli altri, in tutta la sua verità. È la realizzazione allucinatoria di un'ideologia della prevenzione che sarebbe sbagliato liquidare come una licenza letteraria⁵⁷. Come si è giustamente fatto notare:

La stessa vittima, in questo format, diviene simbolica in quanto riassume in sé i rancori, le rivendicazioni, le insicurezze, le frustrazioni e le delusioni di chi abita un mondo globalizzato, diso-

⁵⁶ Vedi in proposito A. Ceretti – R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013.

⁵⁷ Pitch T., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2008: “la maggior parte dei saperi criminologici odierni mette al centro ‘la vittima’, le ricerche sulla vittimizzazione e quelle sulle ‘paure della criminalità’ sono non solo le più diffuse, ma anche quelle che vengono richieste o comunque orientano le tendenze di fondo delle politiche criminali”; p. 110.

rientante e minaccioso... una vittima costruita sulle necessità della nuova “saggezza” politica, una vittima che incarna simbolicamente tutte le pretese di governo di una società che aspira a immunizzarsi da ogni rischio o minaccia. In questo contesto la vittima non è più percepita esclusivamente come chi ha subito una condotta penalmente rilevante, sulla quale si edifica l’azione penale statuale. La sua esperienza diviene il pretesto per costruire sentimenti condivisi e istanze collettive.⁵⁸

Arriviamo così all’ultima fase, nella quale quella di vittima diventa un’identità fungibile e collettiva, mimetica e contagiosa, che può tranquillamente staccarsi dalla persona di chi ha subito direttamente un evento traumatico e diventare il collante associativo di nuovi soggetti collettivi che si muovono contemporaneamente sullo scacchiere nazionale e globale. Forte politicamente e agguerrita economicamente, la folta congerie di associazioni di o/e pro vittime, dispone ormai di una potente *voice*, capace di incidere profondamente sulle scelte politiche operanti a tutti i livelli dell’ordinamento. Dalle Dichiarazioni delle Nazioni Unite⁵⁹ alle Direttive dell’Unione Europea⁶⁰, giù fino alle leggi nazionali, ai re-

⁵⁸ A. Ceretti e R. Cornelli, *Oltre la paura*, cit., p. 12.

⁵⁹ Risoluzione ONU n. 40/43, 29 novembre 1985: *Principi base della giustizia per le vittime di crimini e di abusi di potere*. Dove all’art. 1 si dichiara che: “La parola ‘vittima’ indica quelle persone che, sia singolarmente che collettivamente, abbiano subito dei danni, ivi compreso il ferimento sia fisico che mentale, la sofferenza emotiva, la perdita economica o l’indebolimento sostanziale dei loro diritti fondamentali, attraverso atti o omissioni che violano le leggi contro il crimine, in vigore negli Stati membri, ivi comprese quelle leggi che proscrivono l’abuso criminale di potere”.

⁶⁰ Direttiva 2012/29/UE che istituisce “norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato”. Dove (al Considerando n. 19) viene formulato il seguente auspicio: “una persona dovrebbe essere considerata vittima indipendentemente dal fatto che l’autore del reato sia identificato, catturato, perseguito o condannato”.

golamenti, ai provvedimenti amministrativi e alle sentenze dei giudici, non c'è più fonte dalla quale non sgorgino a cascata diritti riconosciuti alle vittime. Finalmente esercitabili anche per godere di una certa autonomia nel processo penale⁶¹, il luogo per eccellenza dal quale la vittima era stata progressivamente allontanata; riservandole, pertanto, la facoltà di costituirsi come parte 'civile'⁶².

6. Dal cittadino alla vittima

Possiamo immaginare il diritto penale come fosse l'hardware del nostro ordinamento. Nella sua struttura, nelle sue norme e procedure, è leggibile la fuoriuscita dell'individuo dalla condizione di minorità in cui era relegato fino a quando, il terribile diritto di

⁶¹ Sugli aggiornamenti necessari per far posto ai diritti di questa nuova figura nel processo penale: M. Bargas – H. Belluta, a cura di, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, Torino, 2017; dove peraltro, a commento del "messaggio-simbolo" della Direttiva Europea (vedi *supra*) – in cui afferma "il reato non è solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime" (Considerando n. 9) –, i curatori chiosano giudicandola: "un'affermazione di carattere, che avrebbe potuto risultare perfino rivoluzionaria, se solo si fosse detto che un reato lede prima i diritti individuali della vittima che lo subisce, beni fondamentali come la vita, la libertà, l'integrità o la dignità, solo dopo – essendo una persona parte di una società – trasformandosi in un'offesa collettiva"; p. 19.

⁶² "Il diritto penale moderno nasce con l'allontanamento della vittima dall'elaborazione del conflitto criminale. Solo una forza centralizzata, che all'inizio dell'epoca moderna riuscì a concentrare su di sé il monopolio della violenza, a imporre i suoi interessi e le sue regole contro altri agenti del controllo sociale e politico, sarebbe stata in grado di impiegare un diritto penale uniforme che vigesse per tutti e che fosse capace di articolare una politica nel lungo periodo. A tal fine, bisognava allontanare la vittima dal ruolo di attore che agiva autonomamente nel conflitto costituito dal reato"; W. Hassemer, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, ed. it. a cura di D. Siciliano, il Mulino, Bologna, 2012, p. 233.

punire, spettava a poteri svincolati dal rispetto delle più elementari libertà del cittadino. Il progetto illuminista ha posto non a caso la questione penale in capo alla sua agenda politica. Dove sono emerse le domande fondamentali da cui è dipeso quell'assetto antropologico-istituzionale che rende riconoscibile l'Occidente come una famiglia giuridica comune. Giovanni Tarello, nella *Storia della cultura giuridica moderna*, ha formulato un formidabile elenco delle domande che da allora è diventato ineludibile porsi:

Esiste, in capo a qualche soggetto, un diritto di punire, cioè di infliggere un male a un altro soggetto? Ammesso che tale diritto esista, a chi pertiene? Accertato a chi pertiene, nei confronti di chi si esercita? Quali punizioni sono lecite, cioè che tipi di mali possono essere inflitti a un soggetto in relazione a una azione o a un modo di essere di quest'ultimo? Quali azioni e quali modi di essere possono essere assunti come presupposti di un diritto di punire? Esiste un rapporto naturale tra il tipo della punizione e il tipo dell'azione o del modo di essere puniti? Se sì, quale tipo di rapporto? Come si eseguono le punizioni?⁶³

Naturalmente, sono tutte questioni cui le società umane hanno dato da sempre soluzioni empiriche ora simili ora discordanti. Tuttavia – come precisa Tarello – fino allora non erano esistite le condizioni – concettuali e politiche – necessarie per trattarle a questo livello di generalità e di astrattezza, e, soprattutto, per affrontarle nella loro reciproca connessione. Quella penale, insomma – a partire dal secolo XVIII – diventa una problematica concatenazione di questioni che possono essere affrontate e risolte solo unitariamente, in termini astratti, tendenzialmente razionali e universalizzabili. Preludio a quello sforzo culturale che, come si diceva, ha

⁶³ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 383.

programmato la memoria rigida del nostro ordinamento. Come afferma Rousseau nel *Contratto sociale* [1, VI], bisognava: “trovare una forma di associazione che difenda e protegga, con tutta la forza comune, la persona e i beni di ogni associato, e per via della quale ciascuno nell’unirsi a tutti non obbedisca pertanto che a se stesso e resti libero come prima”⁶⁴.

David Garland – indagando il rapporto tra punizione e società moderna – mostra in maniera efficace e convincente come quello penale rimanga, anche ai nostri giorni, un luogo decisivo nel quale si negoziano e decidono le aspettative di fondo che regolano la nostra convivenza:

Le pratiche, i discorsi, e le istituzioni penali promuovono una specifica concezione della soggettività e autorizzano specifiche forme di identità individuale. Nelle sue pratiche quotidiane, come nelle proclamazioni più filosofiche, la penalità proietta precise nozioni di ciò che deve essere una persona, di quali tipi di persone esistono, e di come tali persone e le loro soggettività devono essere comprese... Nel corso delle sue pratiche quotidiane, il sistema penale rende pubbliche le sue assunzioni sulle persone e conferisce ad esse una realtà istituzionale... Il sistema penale definisce dunque i vari soggetti che appaiono di fronte a lui in modo autoritativo ed influente... Costituisce infatti l'identità che ci si aspetta dalla gente, essendo quella legalmente e socialmente sanzionata e quotidianamente coercitivamente proposta. Il sistema penale, sotto questo profilo, agisce come un Altro dotato di autorità che contribuisce a definire l'io individuale che sta in relazione con lui. Esso fornisce un modello basilare per la nostra comprensione degli altri e di noi stessi... Queste pratiche creative della soggettività influenzano un pubblico che è molto più vasto di quello dei rei o dei de-

⁶⁴ J. J. Rousseau, *Sul contratto sociale o principi di diritto politico*, Laterza, Bari, 1962, p. 70.

tenuti; infatti nel costruire le identità devianti, la penalità produce anche un'immagine di ciò che vuol dire essere 'normali', di quale deve essere uno standard di soggettività... questi stessi metodi e concezioni penali contribuiscono a suggerire l'appropriata attitudine emotiva che deve essere adottata di fronte al comportamento deviante, se essa deve essere di rabbia, indignazione, compassione o indifferenza.⁶⁵

Nonostante l'astrattezza e la tecnicità, nonostante l'apparente distanza dalla vicenda interiore che connota la quotidianità delle nostre vite, l'ordinamento giuridico, ma in particolare il diritto penale – che ne rappresenta l'espressione più drammatica e fondativa, non condiziona quindi solo il nostro comportamento –, ma determina – più profondamente ancora – il nostro stesso stato d'animo. Torniamo allora alla torsione vittimologica cui assistiamo sulla scena penale, e chiediamoci quale stato d'animo contribuisce a diffondere.

Hegel, nel pensare a fondo il rapporto tra Stato e stato d'animo, afferma che:

Gli uomini confidano nel fatto che lo stato debba sussistere, e che soltanto dentro di esso possa realizzarsi l'interesse particolare, ma la consuetudine rende invisibile ciò su cui riposa la nostra stessa esistenza. Se qualcuno cammina sicuro, di notte, per strada, non gli viene in mente che possa essere altrimenti, poiché questa consuetudine della sicurezza è divenuta un'altra natura, e appunto non si riflette su come questo sia soltanto l'effetto di particolari istituzioni. Lo stato ha connessione grazie alla forza, reputa soven-

⁶⁵ D. Garland, *Pena e società moderna*, ed. it. parz. in E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit., pp. 337-345.

te la rappresentazione; ma ciò che lo sostiene è unicamente il sentimento fondamentale dell'ordine, che tutti hanno.⁶⁶

La realtà dello stato coincide col diventare seconda natura di questa disposizione interiore (*Gesinnung*) che rende al cittadino invisibile ciò su cui riposa la sicurezza della sua esistenza. Senza questa invisibilità del cittadino a se stesso, senza questa *Gesinnung*, senza questa volontà fatta abitudine, lo stato può continuare a esistere senza tuttavia essere reale:

Lo stato è reale, e la sua realtà consiste in ciò, che l'interesse dell'intero si realizza nei fini particolari. Realtà è sempre unità dell'universalità e della particolarità, l'essersi decomposta dell'universalità nella particolarità, la quale appare siccome autonoma, sebbene essa venga sostenuta e mantenuta soltanto nell'intero. Nella misura in cui questa unità non è sussistente, qualcosa non è *reale*, quand'anche possa venir ammessa un'*esistenza*. Un cattivo stato è uno stato che semplicemente esiste.⁶⁷

Lo stato inefficace, che non trova il suo corrispettivo nello stato d'animo del cittadino, può tuttavia continuare a esistere senza per questo risolversi in niente di reale. Dove invece ci sono dei cittadini che hanno dimenticato il fondamento della loro esistenza, dislocandolo – come un'abitudine che si è fatta natura – nella realtà dello stato, lì qualcosa come il crimine può apparire, per sorprenderli in quello che sono effettivamente diventati, ovvero degli uomini pacifici e disarmati. Il criminale allora conferma e rinforza lo statuto del cittadino. Il suo vero nemico invece – chi minaccia 'realmente' il suo statuto – è la *Gesinnung* della vittima, in cui av-

⁶⁶ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, ed. it. a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 362.

⁶⁷ Ivi, p. 365.

viene la derealizzazione in *interiore homine* dello stato. Il quale è ridotto a qualcosa di meramente esistente, che si rappresenta unicamente in relazione alla forza. Quando si produce questa metastasi del cittadino in vittima, è il segno evidente del fatto che allo 'stato esistente', lo stato come istituzione, non corrisponde più lo 'stato reale' e con lui svanisce 'la volontà fatta abitudine' (*Gesinnung*) su cui riposa la 'società civile'. L'atteggiamento della vittima – che ha ben presente i pericoli cui va incontro avventurandosi per la strada di notte – può prosperare solo nella non-realtà dello stato, nella sua irrealistica iper-esistenza, ovvero nell'azzeramento delle civili libertà.

Tornando al contemporaneo, per Niklas Luhmann, la funzione fondamentale del diritto, non risiede affatto nel garantire il soddisfacimento delle aspettative sociali, quanto piuttosto nel renderle stabili a fronte della delusione cui vanno incontro. Il diritto è una tecnologia sociale che si è sviluppata per assorbire le delusioni, mantenendo ferme le aspettative⁶⁸. Semplificando drasticamente, si potrebbe affermare che il comportamento criminale – in questo senso – è ciò che delude e, nello stesso tempo, permette di stabilizzare le nostre aspettative. Ma, rovesciando il quadro, si deve allora riconoscere che il comportamento vittimale – invece – mira al cuore stesso di questa tecnologia, inibendo il più elementare dei suoi funzionamenti. La vittima, infatti, non dice solo che un'aspettativa è stata delusa, ma vuole significare anche che è diventato impossibile continuare a nutrirla. Quello che la vittima proscrive, infondo, non è il comportamento di chi infrange le norme – di chi delude le aspettative – ma quello di chi continua a orientarsi in base a esse.

⁶⁸ N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, ed. it. a cura di A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari, 1977. Sulla procedura giudiziaria come tecnica che tratta individualmente le delusioni per stabilizzarle sul piano generale, anche: Id., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it. di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 128 e ss.

Per concludere provocatoriamente il discorso sulle aspettative, si potrebbe affermare che, il vero comportamento antigiusuridico, non è quello del criminale – in questo senso già Max Weber suggeriva di cogliere l'aspetto materiale della validità della norma che vieta di rubare proprio nel comportamento di chi per farlo si nasconde – bensì quello che l'autorità della vittima ci obbliga ad assumere. Se la complessità sociale riposa, in ultima istanza, sulla stabilizzazione di aspettative resistenti alla delusione, la prospettiva disegnata dalla vittima mira sistematicamente alla loro destabilizzazione. L'obiettivo insidioso della battaglia portata avanti in nome di questa riconfigurazione prospettica, è impedire che le aspettative normative di comportamento si stabilizzino. Una battaglia che sarà vinta non appena – l'autorità della vittima – sarà in grado di sospendere la validità dell'ordinamento, divenendo, di fatto, l'istanza sovrana in uno stato d'eccezione⁶⁹.

Non è il crimine ma la sovranità della vittima a mettere a repentaglio la tenuta dell'ordinamento. Essa ci impone di imparare la lezione impartita dalle aspettative deluse e non ha nessuna intenzione di continuare a farcele nutrire. La generalizzazione della prospettiva di chi ha disimparato a non apprendere dalle delusioni, ovvero, lo stato d'animo per il quale è diventato impossibile fare 'come se' non dovesse succederci niente di irreparabile – fa necessariamente regredire la complessità sociale – e quindi il numero di chances esperibili al suo interno. Bisogna convenire allora con Christopher Lasch quando descriveva l'avanzata dell'*Io minimo* come ciò che:

... finisce per privarci della capacità stessa di assumere la responsabilità di decisioni che interessano la nostra vita o di adottare

⁶⁹ Naturalmente il riferimento è a Carl Schmitt: "sovrano è chi decide sullo stato di eccezione"; *Le categorie del 'politico'*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33.

nei confronti della vita una posizione diversa da quella di vittime o di sopravvissuti... È proprio questa la ferita più profonda inferta dalla vittimizzazione: si finisce per affrontare la vita non come soggetti etici attivi, ma solo come vittime passive, e la protesta politica degenera in un piagnucolio di autocommiserazione⁷⁰.

Nella contro-morale che Nietzsche elabora nella sua genealogia, si trova forse la più violenta e consapevole polemica scagliata contro il *ressentiment*. Descritto come la peggiore malattia dell'anima – il ri-sentimento – rischia di prosciugare alla fonte le energie umane, trasformando la potenza espansiva in resistenza passiva, e la vita in mera sopravvivenza. Come ha visto chiaramente il filosofo dell'*Übermensch*, ciò che l'uomo del *ressentiment* si è ridotto a chiedere, non è più la giustizia, ma solo la vendetta. Ciò cui brama non è l'ordinamento della potenza ma il suo puro e semplice annientamento. Per queste "tarantole"⁷¹ è diventato impossibile distinguere il senso originario della giustizia dalle declinazioni moralistiche della vendetta.

Tuttavia, nella sua genesi, giustizia è: "buona volontà, tra uomini di potenza pressappoco uguale, di mettersi reciprocamente d'accordo, di nuovamente 'intendersi' mediante un compromesso – e in ordine a uomini peno potenti, di costringere questi a un mutuo compromesso"⁷². Di giustizia si può ancora parlare quando

⁷⁰ C. Lasch, *L'io minimo. Sopravvivenza psichica in tempi difficili*, trad. it. L. Cornalba, Neri Pozza, Vicenza, 2018, p. 66.

⁷¹ "Ecco questa è la spelunca della tarantola... dove morde cresce una crosta nera; con la vendetta, il suo veleno sconvolge l'anima... in ogni loro lamento risuona la vendetta, in ogni loro lode c'è un'offesa; ed essere giudice sembra a loro la beatitudine... perciò do strappi alla vostra tela, perché la vostra rabbia vi attiri fuori dalla vostra spelunca di menzogne, e la vostra vendetta salti fuori dalla vostra parola *giustizia*"; F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, trad. it. A. M. Campi, Newton Compton, Roma, 1988, pp. 78-9.

⁷² F. Nietzsche, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, trad. it. F. Ma-

una potenza più grande comincia a bandire le forze che la ostacolano, allora: “il delinquente è soprattutto un ‘violatore’, uno che ha trasgredito al contratto e alla parola *nei confronti del tutto*, per quanto riguarda tutti i beni e le comodità della vita comunitaria”⁷³. Quando poi la potenza della comunità si afferma come dominio stabile, finisce la necessità di espellere all'esterno le forze trasgressive. Ma, nel trattenerle all'interno, bisogna ora dispiegare una complessa tecnologia punitiva, che ha due poli di applicazione: il corpo del condannato e la collera collettiva. Per evitare che toccandosi mandino in cortocircuito il sistema, è necessario in primo luogo agire su ‘quanti sono stati principalmente colpiti dal misfatto’, in fondo è da loro che dipende la buona riuscita della giustizia:

Col crescere della potenza una comunità non prende più tanto sul serio le mancanze dei singoli, poiché essi non possono più essere considerati da questa, nella stessa misura di prima, pericolosi e eversori in ordine alla sussistenza del tutto: il malfattore non viene più ‘posto al bando’ e scacciato, l'ira collettiva non può più scatenarsi in guisa così sfrenata come per l'innanzi – al contrario, da quel momento, il malfattore viene prudentemente difeso e tutelato da parte del tutto nei confronti di questa collera e particolarmente da quella dei direttamente danneggiati. Il compromesso con la collera di quanti sono stati principalmente colpiti dal misfatto; gli sforzi per circoscrivere il caso ed evitare una più larga o addirittura generale partecipazione e inquietudine; tentativi di trovare equivalenti e di comporre l'intera faccenda (la *compositio*); soprattutto la volontà, manifestantesi in forma sempre più determinata, di considerare ogni mancanza in qualche modo *estinguibile*, di *isolare* dunque, tra loro, almeno in una certa misura, il delinquente e la

sini, Adelphi, Milano, 2000, p. 59.

⁷³ Ivi, p. 61.

sua azione – sono questi i tratti che si sono sempre più chiaramente impressi nell'ulteriore sviluppo del diritto penale⁷⁴.

Il malfattore, quindi, non costituisce più un pericolo reale. Il vero pericolo che corre la 'sussistenza del tutto', può arrivare solo da un cattivo disciplinamento della reazione: quando uno spazio troppo grande è lasciato ai sentimenti di coloro che sono stati direttamente danneggiati. Tutt'altro è la vendetta, ragione per la quale Nietzsche critica fino al disprezzo la ragione storica che vede nella giustizia un'evoluzione interna a quello stesso principio⁷⁵.

Al contrario di quanti salutano con favore l'ascolto che finalmente il diritto riserva alle vittime – scorgendovi solo il primo passo verso un futuro nel quale la pena sarà finalmente destinata a soddisfare prima di tutto le loro esigenze di giustizia⁷⁶ – Nietzsche afferma che:

Il diritto rappresenta sulla terra... la lotta *contro* i sentimenti di reazione, la guerra con essi da parte di potenze attive e aggressive, che usavano in parte la loro forza nell'imporre freno e misura al disfrenarsi del *pathos* reattivo e nel costringere a un accordo. Ovunque viene esercitata giustizia e giustizia viene mantenuta, si vede una potenza più forte... cercare mezzi per porre fine all'insensato infuriare... del *ressentiment*, in parte strappando dal-

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ "Una parola di ripulsa, ora, contro i tentativi recentemente apparsi di ricercare su un terreno completamente diverso l'origine della giustizia – quello, cioè, del *resseintiment*... di consacrare la *vendetta* sotto il nome di *giustizia* – come se la giustizia non fosse altro, in fondo, se non un ulteriore sviluppo del sentimento proprio di chi si sente offeso – e in seguito di rendere onore con la vendetta agli affetti di *reazione*, in generale e a tutti quanti"; ivi, p. 62.

⁷⁶ Sui i fini che il nostro ordinamento assegna alla pena: S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 2006.

le mani della vendetta l'oggetto del *ressentiment*; in parte ponendo dal canto suo, al posto della vendetta, la lotta contro i nemici della pace e dell'ordine; in parte escogitando, proponendo, talora imponendo accordi; in parte innalzando a norma certe forme di compensazione del danno alle quali, da allora in poi, viene rimandato una volta per tutte il *ressentiment*⁷⁷.

In polemica col sapere storico che ricostruisce una continuità di forme tra vendetta e giustizia, la genealogia nietzschiana ha il merito di pensare quest'ultima come una lotta portata direttamente contro lo spirito dell'altra. La giustizia non adula la vendetta, non la insegue per darle soddisfazione, non integra in sé le sue ragioni, non la combatte solo per poi accaparrarsela. Ma – dove si afferma – la mette a tacere, la inibisce e la debella, prosciuga alla fonte gli impulsi che la originano, mortifica gli argomenti che la sostengono. Se si afferma, la giustizia: “storna il sentimento dei suoi soggetti dal danno prossimo, cagionato da tali misfatti, e raggiunge in tal modo a lungo andare il contrario di ciò che ogni vendetta vuole, intenta com'è ad attenersi unicamente al punto di vista del danneggiato e a far valere soltanto quello –; d'ora innanzi, l'occhio si esercita a un apprezzamento sempre *più impersonale* dell'azione, perfino l'occhio dello stesso danneggiato”⁷⁸.

7. Per finire

Al termine del suo ultimo libro, in cui rievoca il tempo trascorso a partire da *La mattina dopo* l'assassinio del padre – Mario Calabresi – racconta un episodio sul quale vale la pena soffermarsi, per chiudere – con le sue parole – il nostro discorso:

⁷⁷ F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, cit., p. 64.

⁷⁸ Ibidem.

Ricordo l'esatto momento in cui mia madre mi disse che era giusto fare così. Eravamo seduti in macchina sotto casa della nonna... Dovevamo compilare un modulo per dare il nostro parere sulla richiesta di grazia per Ovidio Bompressi, condannato per aver sparato a mio padre, il presidente della Repubblica era Carlo Azeglio Ciampi. Il modulo prevedeva che noi potessimo dire sì o no. Mia madre si rifiutò e ragionò: non siamo nel Medioevo che una famiglia decide se una persona deve stare o meno in carcere, la giustizia non può essere un fatto privato, tanto che viene amministrata nel nome del popolo italiano. Lo Stato deve avere il coraggio delle sue decisioni, assumendosene la responsabilità. Non può nascondersi dietro una famiglia. Noi ci rimettiamo all'interesse generale, non ci metteremo di traverso e non commenteremo in alcun modo, faccia il presidente della Repubblica quello che ritiene giusto per l'Italia. Da quel momento mia madre non ha più detto una parola sulle vicende e ha intrapreso con convinzione un processo di pacificazione interiore. Un percorso privato, con cui ha sempre cercato di contaminare me e i miei fratelli.⁷⁹

⁷⁹ M. Calabresi, *La mattina dopo*, Mondadori, Milano, 2019, p. 132.

FLORA DI DONATO

*Vulnerabilità e vittime di tratta:
proposte di empowerment legale*

1. *Introduzione*

Se il dibattito attorno alle funzioni assegnabili al concetto di vulnerabilità risulta sviluppato già da qualche decennio, nell'ambito filosofico-politico, esso è più recente in ambito giuridico¹. Lo scopo di questo contributo è di individuare uno dei significati possibili del termine 'vulnerabilità', situandolo all'interno di un ambito specifico, quello della protezione internazionale riservata alle donne vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale e mostrare come la vulnerabilità non possa e non debba essere considerata come uno status permanente della persona ma come una condizione transitoria e rimovibile. In quest'ottica, esso mette in luce nuove 'pratiche collaborative', condivise tra operatori giuridici e sociali² e calibrate sui bisogni dei destinatari, con una conseguente moltiplicazione di ruoli ed attori nella difesa dei clienti vulnerabili³.

Queste pratiche che si vanno diffondendo nell'ambito della protezione internazionale possono essere ricondotte a ciò che nel gergo tecnico si definisce come 'collaborative lawyering', promos-

¹ Cfr. E. Pariotti, *Introduzione*, in "Ars Interpretandi", 2/2019, pp. 7-11.

² P. Galowitz, *The Opportunities and Challenges of an Interdisciplinary Clinic*, in "International Journal of Clinical Legal Education", 18/2012, pp. 163-178.

³ E. D'Halluin, *Le nouveau paradigme des 'populations vulnérables' dans les politiques européennes d'asile*, in "Savoir/Agir", 36/2016, pp. 21-26.

so, sin dagli anni 1990, da alcune frange ‘ribelli’ dell’educazione clinico-legale di matrice statunitense, allo scopo di creare forme di collaborazione con le comunità marginalizzate e sostenere i clienti nella soluzione dei problemi legali oltre che nelle rivendicazioni sociali⁴. Per fornire un esempio di come queste forme di collaborazione possano concretamente atteggiarsi nella pratica, propongo l’analisi dei casi di sfruttamento sessuale presi in carico da un ente anti-tratta con sede a Napoli e che ho avuto l’opportunità di presentare nell’ambito del corso di *Formazione clinico-legale*, durante l’anno accademico 2017/2018.

Il contributo è strutturato nel modo seguente: il par. 2 mette in evidenza alcuni profili applicativi della disciplina in materia di protezione internazionale; il par. 3 mette a fuoco una definizione di ‘vulnerabilità’ come premessa per la tutela giuridica delle donne vittime di tratta; il par. 4 – ed i relativi paragrafi 4.1. e 4.2. – ricostruiscono il contesto legislativo nazionale e sovranazionale in materia di protezione delle vittime di tratta; i par. 4.3. e 4.4. analizzano le modalità attraverso cui la storia di una ‘vittima di tratta’ è stata ri-costruita dall’ente napoletano anti-tratta, in funzione della redazione del parere finale destinato alla Commissione territoriale competente a giudicare il caso.

L’analisi mostra punti di forza e criticità di un modello cooperativo di assistenza legale che coinvolge non solo operatori del diritto ma anche mediatori culturali e sociali, offrendo spunti teorici e metodologici per un possibile miglioramento di tali pratiche al fine di un effettivo *empowerment* delle clienti ‘vulnerabili’, anche all’interno di uno spazio accademico clinico (par. 5).

⁴ A. Alfieri, *Rebellious Pedagogy and Practice*, in “Clinical Law Review”, 5/2016, pp. 5-36; G.P. López, *Rebellious Lawyering: One Chicano’s Vision of Progressive Law Practice*, Westview Press, San Francisco, 1992; G.P. López, *Transform-Don’t Just Tinker With-Legal Education*, in “Clinical Law Review”, 23/2017, pp. 471-576.

2. L'adeguamento dei dispositivi legislativi per rendere effettiva la tutela dei richiedenti asilo

La normativa europea in materia di protezione internazionale prevede una serie di misure destinate all'accoglimento dei migranti vulnerabili, come le vittime di tratta o le vittime di altre forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, prevedendo in linea di principio l'adeguamento dei dispositivi umanitari, sociali e giuridici ad alcune delle peculiarità di queste categorie di persone. L'obiettivo è di assicurare condizioni di accoglienza commisurate alla situazione specifica (genere, handicap), fornendo consigli giuridici pertinenti, un interprete in grado di fare da mediatore culturale in occasione di colloqui e udienze formali; fornendo assistenza medica o psicologica laddove sia necessario⁵. Di qui la moltiplicazione di figure specializzate che facciano da intermediarie tra le istituzioni e questa peculiare tipologia di clienti. Data infatti la provenienza di queste persone da Paesi dove il diritto dei costumi primeggia sul diritto formale e difficilmente la protezione dei diritti umani è garantita e considerata inoltre la natura traumatica degli avvenimenti di cui esse sono vittime, il rapporto con le istituzioni può essere particolarmente problematico. Il compito primario dei *non-lawyers* è allora quello di operare una mediazione culturale in senso lato che miri all'acquisizione di una minima consapevolezza sul funzionamento delle norme e delle procedure nel Paese d'accoglienza, da un lato, ed alla costruzione di un atteggiamento fiduciario e di apertura verso gli operatori sociali e giuridici, dall'altro. In modo tale da facilitare l'identificazione da parte delle vittime ed aiutarle a ricostruire in maniera plausibile e credibile la loro storia, rendendola degna di riconoscimento giuridico.

Nello scenario della protezione internazionale dunque una plu-

⁵ E. D'Halluin, *Le nouveau paradigme des 'populations vulnérables' dans les politiques européennes d'asile*, cit., pp. 21-26.

ralità di soggetti intermediari finisce per assumere ruoli diversi: può trattarsi di volontari non giuristi (assistenti sociali) quanto di avvocati impegnati nella difesa dei più vulnerabili. In questo caso si parla anche di *cause lawyering*⁶ dal momento che il sapere specialistico di questi professionisti, la difesa della “causa” di certi gruppi sociali si avvantaggia della loro competenza giuridica ma anche del loro impegno politico permettendo un’azione che sia il più efficace possibile⁷.

Potendo immaginare un parallelismo con la letteratura clinico-legale di matrice statunitense, si potrebbe parlare anche di *rebellious lawyers*. Infatti, tra la fine degli anni 1980 e gli inizi degli anni 1990, si diffonde questo movimento cd. ribelle rispetto al modo tradizionale di concepire il rapporto cliente-avvocato dal momento che esso sottolinea l’importanza di una collaborazione tra avvocati e clienti appartenenti a fasce economiche e sociali demunite⁸. I *re-*

⁶ A. Lejeune, *Le professionnels du droit comme acteurs du politique: revue critique de la littérature américaine et enjeux pour une importation en Europe continentale*, in “Sociologie du travail”, 53/2011, pp. 216–233.

⁷ J. Miaz, *Politique d’asile et sophistication du droit. Pratique administrative et défense juridique des migrants en Suisse (1981–2015)*. Thèse de doctorat soutenue le 2 juin 2017 à l’Université de Lausanne, Faculté de Sciences Politiques.

⁸ A. Alfieri, *Reconstructive Poverty Law Practice: Learning Lessons of Client Narrative*, in “Yale Law Journal”, vol. 100, 1990-1991, pp. 2107-2147; A. Alfieri, *Rebellious Pedagogy and Practice*, in “Clinical Law Review”, cit., pp. 5-36; G.P. López, *Rebellious Lawyering*, cit.; G.P. López, *An Aversion to Clients: Loving Humanity and Hating Human Beings*, in “Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review”, 31/1996, pp. 315-23; G.P. López, *Shaping Community Problem Solving Around Community Knowledge*, in “New York University Law Review”, 79/2004, pp. 59-114; G.P. López, *Living and Lawyering Rebelliously*, in “Fordham Law Review”, 73/2005, pp. 2041-2054; G.P. López, *Changing Systems, Changing Ourselves*, in “Harvard Latino Law Review”, 12/2009, pp. 16-38; G.P. López, *Transform-Don’t Just Tinker With-Legal Education*, cit., pp. 471-576; L.E. White, “Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients to Speak”, in *N.Y.U. Review of Law And Social Change*, vol. 16, 1987-1988, pp. 535-564.

bellious lawyers incitano i clienti a fare sforzi come singoli e come comunità nel parlare della loro oppressione⁹ e sfidare i sistemi di potere¹⁰. Essi sottolineano inoltre le potenzialità delle storie dei clienti indigenti come veicolo per il cambiamento sociale.

Ispirandomi a questo tipo di letteratura e in continuità con le mie pregresse ricerche sullo *storytelling*¹¹, illustrerò alcuni esempi di ri-costruzione collaborativa della storia per mostrare in quali condizioni il/la cliente possa essere attivamente coinvolto/a come “alleato/a” nella soluzione del caso, come direbbe López¹², e come avviene la transizione da una forma quotidiana di racconto ad una storia che corrisponda alle attese della commissione giudicante. In particolare, evidenzio come queste diverse figure – l’avvocato, la mediatrice culturale – supportino, nel caso specifico, la cliente, stimolandola nel racconto e ri-costruendo il caso nel rispetto della sua storia.

3. Per una definizione situata della vulnerabilità

Non esiste in letteratura una definizione univoca di ‘vulnerabilità’¹³. Il dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, nelle sue espressioni più consolidate, piuttosto che ascrivere tale caratteristi-

⁹ A. Piomelli, *Rebellious Heroes*, in “Clinical Law Review”, 23/2016, pp. 283-310.

¹⁰ G.P. López, *Shaping Community Problem Solving Around Community Knowledge*, cit., pp. 59-114.

¹¹ F. Di Donato, *The Analysis of Legal Cases. A Narrative Approach*, Routledge, London and New York, 2019.

¹² G.P. López, *Shaping Community Problem Solving Around Community Knowledge*, cit., pp. 59-114.

¹³ O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

ca a gruppi specifici di individui, ne fa una condizione ontologica del genere umano:

La vulnerabilità è innegabilmente universale, in quanto espressione della finitezza e della fragilità proprie degli esseri umani, ma è anche particolare, in quanto vissuta nella concretezza esistenziale delle persone e influenzata da svariati elementi contestuali (relazionali, ambientali, sociali, economici, politici, istituzionali). È proprio il suo configurarsi come dato esperienziale legato alle dinamiche di interazione che permette di spiegare il passaggio dall'universale al particolare¹⁴.

Come Fineman¹⁵ ed altri hanno puntualizzato, non si tratta infatti di una caratteristica da attribuire *a priori* a specifici gruppi di individui¹⁶: sono le condizioni geografiche, politiche, economiche ed istituzionali, in senso lato, che rendono alcune persone dipendenti e senza mezzi e dunque con maggior probabilità di essere esposte a danno¹⁷.

In particolare, secondo la spiegazione proveniente da una certa parte della letteratura femminista, gli esseri umani sono vulnerabili perché in rapporto con gli altri fin dalla loro venuta al mondo e perché lungo tutto l'arco della vita sono corpi esposti gli uni agli altri¹⁸. La vulnerabilità deriva da questa esposizione caratterizzan-

¹⁴ B. Pastore, *Introduzione*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, p. 7.

¹⁵ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in "Yale J.L. & Feminism", 1/2008-2009, pp. 1-23.

¹⁶ L. Peroni –A. Timmer, *Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention of Law*, in "International Journal of Constitutional Law", 4/2013, pp. 1056-1085.

¹⁷ Su questo concetto di danno, si veda E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, p. 16 e p. 24.

¹⁸ J. Butler, *Prearious Life: The Power of Mourning and Violence*, Verso, London- New York, 2004; C. Gilligan, *In a Different Voice*, Harvard University

do la condizione umana nella sua totalità. Genericamente vulnerabilità può essere intesa come ‘susceptibilità ad essere feriti’¹⁹, in senso fisico e morale²⁰. Di conseguenza, la fragilità non è qualcosa di cui vergognarsi né da misconoscere in nome di un’illusione di controllo e di dominio ma è qualcosa che caratterizza gli esseri umani come creature che vivono in relazione. Negare la vulnerabilità significa anche negare la capacità ed il bisogno relazionale che fanno parte integrante della condizione umana²¹. La vulnerabilità diviene allora un concetto relazionale e situato²².

In termini di riconoscimento e tutela dei diritti umani, aderire ad una condizione ontologica della vulnerabilità significa tentare di evitare vittimizzazioni, promuovendo l’autonomia del soggetto attraverso forme di *empowerment* come “risultato di relazioni e contesti che pongono il soggetto nella condizione di compiere scelte autonome”²³. L’autonomia a sua volta non è “una caratteristica umana intrinseca, ma una condizione da coltivare attraverso relazioni e modelli sociali e istituzionali che prestino attenzione ai bisogni” nella preoccupazione del raggiungimento di forme di eguaglianza sostanziale²⁴. Come precisato ulteriormente da Pariotti:

Press, Cambridge, MA, 1982. Si veda su questa letteratura W. Tommasi, *Relazioni, dipendenza e vulnerabilità*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 101-113, spec. pp. 101-111.

¹⁹ E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per i diritti umani*, in Giolo O. - Baldassare P. (a cura di), *Vulnerabilità* cit., pp. 147-160, spec. p. 147.

²⁰ Distinzione ripresa da G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo e B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 13-37, spec. pp. 18-22.

²¹ J. Butler, *Precarious Life*, cit.

²² R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità*, in “Ars Interpretandi”, 2/2018, p. 50.

²³ E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto*, cit., pp. 147-160, spec. p. 149.

²⁴ Ibidem.

Nella misura in cui la vulnerabilità è intesa come condizione universale della persona e soggetta a graduazione, l'applicazione di tale categoria può orientare il processo di specificazione, come anche i processi di implementazione, dei diritti umani verso il superamento dei rischi di stigmatizzazione e stereotipizzazione. Inoltre, proprio perché nell'esperienza concreta essa è esperita in forma ed intensità diverse, il riferimento alla vulnerabilità può contenere quella deriva inflazionistica della moltiplicazione dei diritti, denunciata dalle teorie minimaliste dei diritti, e contribuire alla prioritizzazione degli obiettivi cui mirare. È chiaro che per l'effettivo conseguimento di tale esito, nell'applicazione di questo approccio l'enfasi del discorso non va posta su chi è vulnerabile quanto piuttosto sulle cause e sulle circostanze alla base di uno specifico inasprimento della generale condizione di vulnerabilità²⁵.

La domanda chiave che guida allora questa mia riflessione è la seguente: “come conquistare e proteggere tale autonomia o agency²⁶ della persona vulnerabile?”

Come messo in evidenza da Virgilio alla luce della Dichiarazione di Barcellona²⁷, “la vulnerabilità risulta essere costitutiva di tutti

²⁵ E. Pariotti, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in “Ars Interpretandi”, 2/2019, p. 156.

²⁶ Sul concetto di cliente-agente, vedi F. Di Donato, *The Analysis of Legal Cases*, cit.

²⁷ Secondo la Dichiarazione di Barcellona del 1998.

Vulnerabilità esprime due idee fondamentali:

a) La prima esprime la *fragilità e la finitezza dell'esistenza* umana su cui poggia, nelle persone capaci di autonomia, la possibilità e la necessità di ogni vita morale.

b) La vulnerabilità è l'oggetto di un principio morale che richiede l'esercizio della cura nei confronti delle persone vulnerabili. *Le persone vulnerabili sono quelle persone la cui autonomia e dignità o integrità possono essere minacciate*. In questo senso tutti gli esseri umani in quanto portatori di dignità, sono protetti da questo principio. *Ma il principio di vulnerabilità richiede specificatamente non*

gli esseri umani, posto che tutti possono essere minacciati nella propria autonomia, integrità e dignità” ed in quanto tali tutti necessitano di cura ed assistenza per realizzare il proprio potenziale²⁸.

Il riconoscimento della condizione di vulnerabilità – piuttosto che dar vita ad una categoria giuridica sostanziale anche perché come osservato da Ciaramelli è lo stesso diritto ad essere vulnerabile²⁹ – si pone allora a fondamento dell’azione istituzionale che è chiamata a proteggere la persona ferita nella sua autonomia e minaccia allo sviluppo personale. L’obiettivo non è quello di eliminare completamente la vulnerabilità dai contesti giuridico-istituzionali ma elevarla a “principio orientatore delle *policies*”³⁰. La logica che orienta la Dichiarazione di Barcellona permette di superare la visione tradizionale della vulnerabilità intesa come situazione penalizzante da contrastare, favorendo piuttosto l’acquisizione dell’idea della vulnerabilità come ambito umano di concretizzazione dell’agire politico.

Meno univoca è la lettura della vulnerabilità da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo che non fornisce criteri precisi per definire la vulnerabilità ma, attraverso la sua giurisprudenza, prova a identificare i soggetti vulnerabili, le cause della loro vulnerabilità e l’origine delle minacce cui sono esposti. La Corte proce-

solo in un interferire con l'autonomia, la dignità o l'integrità degli esseri umani, ma anche che essi ricevano assistenza affinché possano realizzare il loro potenziale. Da questa premessa ne consegue che vi sono diritti positivi per l'integrità e l'autonomia che fondano le idee di solidarietà, non discriminazione e comunità.

²⁸ M.M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 161-171.

²⁹ F. Ciaramelli, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 170-182, spec. p. 179.

³⁰ Su questo punto si veda T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 92-94.

de preliminarmente ad una distinzione tra i soggetti vulnerabili in un determinato caso e coloro che fanno parte di “una categoria di soggetti vulnerabili”³¹. Sono considerati come facenti parte di una categoria di ‘persone vulnerabili’ le donne, le donne incinte, le adolescenti incinte, i bambini, le persone fisicamente o psichicamente malate, le persone alla fine della loro vita, i transessuali, gli omosessuali, i prigionieri. La Corte fa anche riferimento a ‘gruppi vulnerabili’ che sono o sono stati vittime di discriminazioni e persecuzione, ad esempio, i Rom, i richiedenti asilo, i disabili. Come osserva Chenal, “l’unico elemento che accomuna tutti i casi nei quali la Corte utilizza la nozione di vulnerabilità è la necessità di effettuare un esame individualizzato della posizione del ricorrente che tenga conto delle sue peculiarità e che ciò, a seconda del livello di vulnerabilità riscontrato, conduca a una maggiore o minore livello di protezione”³².

Le cause di vulnerabilità individuate dalla Corte, poi, possono essere intrinseche o naturali (ad esempio, sesso, età, orientamento sessuale, malattie mentali, gravidanza), ma anche estrinseche o circostanziali (ad esempio, detenzione, lavoro, migrazione). Sono possibili diverse combinazioni (ad esempio, malattia psicologica in detenzione, gravidanza in detenzione, infanzia in migrazione)³³. Secondo la Corte, queste combinazioni creano forme di vulnerabilità ‘aggravate’ o addirittura nuove sollevando anche la questione

³¹ “Parmi les sujets considérés comme vulnérables par la Cour, il faut distinguer entre ceux qui le sont de manière concrète, dans un cas donné, et ceux qui le sont de manière à devenir une catégorie de personnes vulnérables pour l’avenir”. S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme. L’exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme*, in L. Burgourgue Larsen (ed.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Editions Pedone, Paris 2014, pp. 59-85, spec. p. 69.

³² R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 51.

³³ Si tratta di un caso di vulnerabilità ricorrente per le donne vittime di tratta.

di come affrontarli quanto alla valutazione della gravità della violazione e dell'entità del risarcimento. Questa distinzione in gruppi comporta il rischio, secondo taluni, che si creino gerarchie tra le cause di vulnerabilità e le categorie o gruppi di persone vulnerabili e tali gerarchie potrebbero creare discriminazioni.

In estrema sintesi, sembra che la giurisprudenza della Corte si avvalga della vulnerabilità sia per estendere il campo di applicazione di taluni diritti e sviluppare nuovi tipi di obblighi speciali, in particolare quelli positivi in capo agli Stati che devono predisporre misure per un'adeguata protezione dei diritti individuali³⁴, sia per ampliare la propria giurisdizione. Ascrive quindi alla vulnerabilità un ruolo piuttosto normativo³⁵. Come notato da Ippolito, la vulnerabilità viene interpretata come un principio-guida emergente del diritto internazionale, in particolare nell'ambito dei diritti umani. Gli effetti della vulnerabilità si avverirebbero sotto il profilo interpretativo, giacché essa agirebbe come ottimizzatore nella determinazione degli obblighi degli Stati³⁶.

Nello spazio di questo contributo, alla luce dei significati analizzati, la vulnerabilità delle donne vittime di tratta verrà interpretata con l'intenzione di comprendere come contribuire a ridurre o a eliminare tale vulnerabilità attraverso forme di aiuto legali e sociali che rafforzino (*empower*)³⁷ la posizione e l'*agency* di questa tipologia di persone, restituendo loro dignità e rendendo possibile l'ascolto della loro 'voce' al cospetto delle istituzioni del Paese di accoglienza³⁸.

³⁴ E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 13-34, spec. p. 23.

³⁵ S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme*, cit., pp. 59-85.

³⁶ F. Ippolito, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani*?, in "Ars Interpretandi", 2/2019, pp. 85-86.

³⁷ E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto*, cit., p. 151.

³⁸ C. Gilligan, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982.

4. Una specifica categoria di richiedenti asilo: le donne vittime di tratta

Il contesto normativo di contrasto al fenomeno della tratta e tutela delle vittime si articola a tre livelli. Al livello internazionale, vanno menzionati il protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale diretto a prevenire, reprimere e punire:

[...] il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi. [...].

Va inoltre menzionata la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani* del 2005, ratificata in Italia con Legge 108 del 2010. Al livello europeo, vanno ancora menzionate la *Direttiva 2004/81/CE del Consiglio d'Europa* del 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti e la *Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime³⁹.

³⁹ Vedi S. Mondino, *Il fenomeno della tratta in Italia e in Piemonte*, in C. Blen-

Tale ultima direttiva fornisce, al secondo paragrafo dell'articolo secondo rubricato "Reati relativi alla tratta di esseri umani", una definizione della "posizione di vulnerabilità" intendendola come "una situazione in cui la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima".

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.

Come evidenziato da Virgilio, la definizione europea non è stata ripresa dalla legislazione del nostro ordinamento interno⁴⁰. La direttiva è stata infatti recepita con il decreto legislativo n. 24 del marzo 2014 che, all'articolo 1, contiene una elencazione di persone identificate come vulnerabili e tale elenco non è espressivo dell'adozione di un unico criterio bensì accomuna situazioni eterogenee che vanno da fattori generazionali a quelli dell'aver subito taluni delitti o gravi violenze.

Nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della *specifica situazione delle persone vulnerabili* quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subi-

gino (a cura di), *Against Human Trafficking. La clinica legale come strategia innovativa di contrasto alla tratta*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 9-15.

⁴⁰ M.M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea*, cit., p. 163.

to torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere.

L'art. 2 del decreto legislativo, nel momento della sua entrata in vigore, ha apportato inoltre modifiche al codice penale e nello specifico agli articoli 600 e 601 introducendo per la prima volta in tale contesto la parola vulnerabilità e definendola come la "situazione di cui approfitta chi riduce o mantiene altri in schiavitù, servitù o chi pone in essere le condotte di tratta di persone".

Alla luce dell'articolo 601 rubricato "Tratta di persone", la tratta di esseri umani è considerata reato:

È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età. [...]

Tale articolo è stato così sostituito dall'art. 2, comma 1 lett. b) del decreto legislativo n. 24 del 2014. Inoltre, i commi 3° e 4° sono stati inseriti dall'art. 2 del decreto legislativo n. 21 del 2018, concernente "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103", con de-

correnza dal 06.04.2018 (cd. Decreto sicurezza). Il comma di maggiore rilevanza ai fini di questo studio è il primo che individua le caratteristiche tipiche della tratta di esseri umani definita come:

la condotta volta a reclutare, introdurre nel territorio dello Stato, trasferire anche al di fuori di esso, trasportare, cedere l'autorità sulla persona, ospitare una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero realizzare le stesse condotte su una o più persone mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una posizione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali o al compimento di attività illecite.

4.1. *Il problema dell'identificazione delle vittime di tratta*

Al fine dell'identificazione delle vittime di tratta, è previsto un esame in via prioritaria della domanda di protezione internazionale, con possibilità di accesso al programma di emersione, assistenza e integrazione sociale ai sensi dell'art. 18 del decreto legislativo n. 286 del 1998.

L'articolo 18 ha il merito di aver creato un sistema di assistenza e protezione delle vittime di grave sfruttamento e tratta, istituendo i programmi di assistenza e integrazione sociale che hanno iniziato ad attivarsi su tutto il territorio nazionale. Esso ha previsto il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale⁴¹

⁴¹ Secondo l'articolo 18 del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero: "Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge n. 75 del febbraio 1958, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violen-

in favore delle persone straniere che siano state vittime di situazioni di violenza o grave sfruttamento e che risultino esposte ad un concreto pericolo per la loro incolumità a causa delle dichiarazioni rese nel procedimento penale o a causa della decisione di sottrarsi alla situazione di sfruttamento. Tale permesso si fonda sulla possibilità alternativa che la vittima denunci i propri sfruttatori oppure che l'accertamento della condizione di sfruttamento della vittima sia effettuato da uno degli enti attuatori del programma unico di emersione, assistenza ed integrazione. La possibilità, ricorrendone i presupposti, di ottenere lo status di rifugiato amplia la possibilità di protezione per la vittima di tratta, anticipando la soglia della tutela⁴².

I requisiti necessari per il rilascio del titolo di soggiorno sono essenzialmente due: la situazione di violenza o grave sfruttamento e la sussistenza del pericolo che deve essere concreto, grave ed attuale. In merito al pericolo devono essere prese in considerazione le eventuali conseguenze dei rischi per l'incolumità personale ai quali potrebbero essere esposti nei paesi di origine tanto gli stranieri interessati, a seguito di un eventuale rimpatrio, quanto i loro familiari⁴³.

za o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale”.

⁴² Tale possibilità si fonda sulla previsione delle conseguenze dannose che la persona subirebbe in caso di rientro nel paese d'origine e non richiede, a differenza del permesso per motivi di protezione sociale, che la persona sia già stata vittima di violenza o grave sfruttamento in Italia. Si veda sul punto il già citato C. Blengino (ed.), *Against Human Trafficking*.

⁴³ Sul punto si veda il già citato S. Mondino, *Il fenomeno della tratta in Italia e in Piemonte*.

A livello nazionale sono messi in atto meccanismi atti a garantire recupero fisico, psicologico e sociale alle vittime di tratta attraverso la fornitura di alloggio, consulenza e informazione legali, assistenza medica, psicologica e materiale, così come opportunità di impiego, istruzione e formazione tenendo conto di età, genere e necessità specifiche delle vittime di tratta.

Nel quadro di queste procedure è significativo il ruolo di associazioni di volontariato impegnate in programmi anti-tratta. Esse oltre a contribuire all'identificazione delle vittime, le accompagnano in percorsi di integrazione sociale che sono anche funzionali all'accoglimento della domanda di protezione internazionale. Ai fini della tutela delle vittime di tratta, l'identificazione costituisce infatti il primo e delicato step per la predisposizione di un'adeguata protezione e assistenza⁴⁴. In Italia la procedura è articolata in due fasi: vi è una fase preliminare che consiste in una prima analisi delle circostanze che possono far ritenere che la persona interessata sia vittima di tratta. Sono abilitati ad effettuare questa identificazione preliminare le Forze dell'ordine, la Polizia di frontiera, il Personale sanitario, le Commissioni territoriali. La Commissione territoriale, dopo aver effettuato l'identificazione preliminare, segnala possibili vittime di tratta agli enti preposti alla tutela delle vittime. I colloqui debbono infatti essere effettuati da soggetti qualificati e appositamente formati (enti sociali, pubblici e privati, che realizzano programmi di emersione, assistenza ed integrazione sociale), secondo l'art. 18, co. 3 *bis* del decreto legislativo n. 286 del 1998. Essi si svolgono alla presenza di una mediatrice culturale che normalmente è dello stesso sesso del richiedente ed ha un ruolo molto importante nel corso dell'intervista poiché, avendo di norma la stessa nazionalità dell'intervistato, può contribuire a facilitare il

⁴⁴ Si veda la Strategia dell'Unione Europea per l'eradicazione della tratta degli esseri umani che prevede delle misure specifiche e concrete volte ad attuare la Direttiva 2011/36/UE.

colloquio su aspetti delicati ed interpretare meglio il linguaggio del richiedente. A volte può trattarsi di un processo lungo e complesso a causa della resistenza delle vittime stesse che per timore, pudore o scarsa fiducia nelle autorità, non raccontano i fatti di cui sono state protagoniste. In altri casi, sono le persone stesse a riferire della vicenda di tratta e sfruttamento e dunque a riconoscersi come vittima di tratta e in tal caso si parla di “auto-identificazione”. Può accadere che la persona non voglia fornire informazioni complete e vere sulla propria esperienza di tratta per timore, vergogna o scarsa fiducia nell’interlocutore oppure potrebbe non avere consapevolezza della propria condizione di vittima e trovarsi in una situazione in cui non abbia compreso del tutto il proprio destino, come il caso di tante ragazze nigeriane accompagnate dall’uomo che credono essere il proprio fidanzato o benefattore. Ancora, spesso la vittima non parla perché la sua libertà è influenzata da legami sociali o magico-rituali, in ragione dell’ambiguità del rapporto che lega le vittime alle proprie sfruttatrici, *la madame*, cui non di rado sono legate da vincoli di parentela e che l’attende dall’altro capo del viaggio con la promessa di un lavoro e di una qualche forma di accoglienza. Come evidenziato da Blengino “si realizza un circuito per certi versi paradossale che vede nella condizione stessa di vulnerabilità della vittima il principale ostacolo alla possibilità che tale condizione possa trovare un riconoscimento formale”⁴⁵.

Alla fine del percorso di ascolto e di orientamento, viene redatta una relazione che viene inviata alla commissione territoriale con natura di parere. La relazione serve per consentire alla Commissione di proseguire il procedimento per il riconoscimento della protezione e inquadrare il caso come tratta di esseri umani.

Nel procedere all’identificazione formale, gli operatori devono raccogliere una serie di informazioni che rientrano nei cd.

⁴⁵ C. Blengino (ed.), *Against Human Trafficking*, cit.

indicatori anti-tratta: dati personali (nome, sesso, nazionalità, paese di provenienza); aspetto fisico (verificare la presenza di ferite o segni di torture o segni di paura); condizioni di vita e di lavoro, etc.. Per esempio, nel caso di donne provenienti dalla Nigeria – che a partire dal 2015 costituisce uno dei paesi col numero più elevato di sbarchi verso l'Italia – tra gli indicatori di tratta si elencano: la giovane età della persona proveniente dalla Nigeria (Edo State o Lagos); il basso livello di istruzione; le condizioni economiche fortemente disagiate e la provenienza da una famiglia numerosa; il racconto di un matrimonio forzato con un uomo spesso più vecchio della richiedente; generalità diverse rispetto a quelle indicate nel modello C3⁴⁶; storia poco chiara o poco precisa rispetto alle tappe del viaggio. In genere, nei reports, vengono menzionati i nomi di persone cui la vittima era stata affidata durante il viaggio o che ha obbligato la persona a fare il viaggio, le tappe del viaggio, etc.

4.2. *La credibilità del racconto della vittima*

Costituisce una tappa cruciale dell'accertamento dello status di rifugiato o in alternativa dello status della protezione sussidiaria⁴⁷, il colloquio personale (art. 12 del decreto legislativo n. 25 del 2008) che si svolge dinanzi ad una Commissione territoriale, “con la dovuta attenzione al contesto personale o generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale o la vulnerabilità del richie-

⁴⁶ Si tratta del modulo fornito dalla Questura italiana ai fini della richiesta di protezione internazionale: <https://portaleimmigrazione.eu/modulo-c3-protezione-internazionale/>

⁴⁷ La lett. g) dell'art. 2, co. 1 del decreto legislativo n. 25 del 2008 definisce lo “status di protezione sussidiaria” come “il riconoscimento da parte dello Stato di un cittadino straniero quale persona ammessa alla protezione sussidiaria, a seguito dell'accoglimento della domanda di protezione internazionale, secondo le procedure definite dal presente decreto”.

dente” (art. 15 del decreto legislativo n. 25 del 2008). Secondo l’art. 13 dello stesso decreto legislativo n. 25 del 2008, nel corso del colloquio, “al richiedente è assicurata la possibilità di esporre in maniera esauriente gli elementi addotti a fondamento della domanda” secondo quanto previsto dall’art. 3 del d.lgs. 251 del 2007. Quest’ultimo, rubricato “Esame dei fatti e delle circostanze”, prevede al comma 1 che:

Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, *tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda*. L’esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda.

L’art. 3 precisa inoltre, al comma 5, che⁴⁸:

Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, *essi sono considerati veritieri se l’autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che: a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell’eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; [...]; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile. [...]*⁴⁹.

⁴⁸ Il decreto legislativo n. 251 del 2007 attua la direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

⁴⁹ L’articolo 3 del decreto legislativo n. 251 del 2007 risulta in linea con il Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugia-

Data la particolarità della situazione, dovuta alla distanza geografica e culturale tra il luogo in cui i fatti si presumono accaduti e il paese in cui viene esaminata la domanda e di fronte alla possibile carenza di prove documentali e di altro tipo che confermino o supportino le affermazioni del richiedente, si riconosce sia una generale attenuazione dell'onere della prova che il dovere dell'esaminatore di attivarsi per verificare le informazioni fornite. In mancanza di prove in senso stretto, le dichiarazioni del richiedente sono pertanto considerate veritiere se risultano 'coerenti e plausibili' e non in contraddizione con le informazioni sia generali – vale a dire riguardanti il paese di origine (COI) – che specifiche riguardanti il suo caso.

L'UNHCR⁵⁰ ha identificato i seguenti indici di credibilità al fine di ridurre il margine di soggettività nella valutazione della credibilità dei fatti prospettati dal richiedente asilo:

- (a) sufficienza e specificità dei particolari;
- (b) *coerenza interna* dei fatti affermati verbalmente e/o per iscritto dal richiedente (comprese le affermazioni del richiedente e tutte le prove documentali o di altro tipo da lui fornite);
- (c) *coerenza* delle affermazioni del richiedente *con le informazioni* fornite da eventuali familiari e/o altri testimoni;
- (d) *coerenza* delle affermazioni del richiedente *con le informazioni specifiche e generali disponibili*, compresi i dati attinenti al suo paese di origine (COI), relative al caso del richiedente;
- (e) *plausibilità*; e

to, pubblicato a Ginevra nel settembre del 1979, dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati. Quest'ultimo chiarisce infatti che "quantunque l'onere della prova spetti in principio al richiedente, l'accertamento e la valutazione di tutti i fatti rilevanti faranno carico congiuntamente al richiedente e all'esaminatore" (p. 49 Manuale, § 196).

⁵⁰ In italiano questa sigla corrisponde all'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (Acnur): <http://www.unhcr.org/51a8a08a9.html>

(f) condotta del richiedente.

Letteralmente l'UNHCR ha precisato che, nel valutare la credibilità generale del richiedente:

l'esaminatore dovrebbe considerare fattori quali la ragionevolezza dei fatti citati, la consistenza generale e la coerenza della storia del richiedente, gli elementi corroborativi addotti dal richiedente a supporto delle sue dichiarazioni, la coerenza rispetto alla comune conoscenza o a fatti notori, e la situazione conosciuta relativamente al paese di origine. La credibilità viene stabilita allorquando il richiedente abbia presentato una domanda coerente e plausibile, che non contraddica fatti notori e che dunque sia, in modo bilanciato, suscettibile di essere creduta

Inoltre, le informazioni sui paesi di origine (COI) devono essere usate per supportare l'esame individuale, obiettivo e imparziale della domanda. Esse devono essere indipendenti, affidabili, obiettive, precise, aggiornate e devono provenire da fonti diversificate. A fare chiarezza sul sistema probatorio italiano circa i requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, precisando anche il valore ed il ruolo della normativa internazionale su quella nazionale, è intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione del 2008 (n. 27310). Tra gli altri aspetti, la Corte ha precisato che l'art. 3 del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, di attuazione della direttiva (sopracitato), rafforza e valorizza i poteri istruttori sia del giudice, riconoscendo:

la possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione reperibile per verificare la sussistenza delle condizioni della protezione internazionale. [...] Ne risulta così delineata una forte valorizzazione dei poteri istruttori ufficiali prima della competente Commissione e poi del giudice, cui spett-

ta il compito di cooperare nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale, acquisendo anche di ufficio le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica del paese di origine. *In tale prospettiva la diligenza e la buona fede del richiedente si sostanziano in elementi di integrazione dell'insufficiente quadro probatorio, con un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio dettate dalla normativa codicistica vigente in Italia.*

Infine, la Corte ricorda che l'ampiezza dei poteri officiosi del giudice è ribadita nel d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, di attuazione della direttiva 2005/85/CE [(recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (di recente modificato dal d.lgs. 3 ottobre 2008)], il quale pone altresì a carico di detta Commissione il compito di assicurare che le informazioni circa i Paesi di origine, costantemente aggiornate, siano fornite agli organi giurisdizionali chiamati a pronunciarsi su impugnazioni di decisioni negative.

Data la pluralità di fonti e di figure che sono interpellate per definire la credibilità della storia del richiedente asilo è possibile concludere che siamo in presenza di forme di risoluzione collettiva di un caso e di narrativa collaborativa.

4.3. L'esperienza sul campo: pratiche di un ente anti-tratta con sede a Napoli

Il lavoro di identificazione delle vittime viene affidato in Italia ad enti anti-tratta che, come già anticipato, sono generalmente deputati all'assistenza ed integrazione sociale delle vittime. La molteplicità degli attori e le diverse funzioni che caratterizza l'attività dell'ente – secondo la nostra esperienza sul campo – per-

mette di azzardare un parallelismo con forme di *collaborative lawyering*, tipiche di alcuni approcci di *legal clinics*⁵¹, di cui ho parlato al par. 2. L'ente anti-tratta si avvale infatti di una fitta rete di collaboratori adeguatamente formati che perseguono il fine della protezione e la tutela dei diritti delle donne vittima di tratta, avvalendosi di fatto di strumenti 'clinici' quali l'ascolto del/la cliente, lo *storytelling* e la ricostruzione del caso⁵².

All'interno dell'ente, ogni collaboratore ha una mansione ben definita ed accompagna la richiedente in un percorso di assistenza ed integrazione sociale. L'operatore che inizia un nuovo caso si preoccupa delle condizioni di salute della persona proponendole anche di fare visite mediche nel caso in cui non le avesse ancora fatte nella struttura di accoglienza. Attraverso queste azioni "esterne"⁵³ in quanto non dovute ma necessarie, la cliente acquisisce fiducia nei confronti degli operatori e della mediatrice e quindi con il trascorrere del tempo può trovare il coraggio per aprirsi e raccontare la sua vera storia. Lo scopo è quello di creare un rapporto di fiducia tra i due interlocutori in modo tale che queste giovani donne possano raccontare la loro storia senza sentirsi giudicate. In un secondo momento, subentra la fase della "ricostruzione" del racconto, che è il momento più importante di tutto l'iter. In questo caso entrano in gioco le abilità dell'operatore giuridico e della mediatrice culturale che devono ricostruire la storia, appunto, non solo sulla base dei racconti ascoltati in precedenza dalla richiedente ma anche sulla base delle proprie competenze personali, esperienza in materia e le informazioni sui paesi d'origine (COI), sui motivi

⁵¹ Si veda quelli citati al par. 2 di questo contributo.

⁵² A. Shalleck, *Toward a Jurisprudence of Clinical Thought: Investigating the Contours, Urges and Trajectories*. Scritto trasmesso dall'autrice.

⁵³ Definizione impiegata da Mariapia Frisina nel suo elaborato di tesi dal titolo "Vulnerabilità e giustizia: forme di identificazione e tutela delle donne vittime di tratta in una prospettiva di *Collaborative Lawyering*" (discusso a luglio 2019).

di persecuzione, verificando se tali motivi permangono in caso di rientro nel paese di origine della richiedente vittima di tratta.

In genere vengono utilizzate modalità differenti di colloquio, a seconda del caso, della storia, del grado di conoscenza della lingua e del personale a disposizione. Lo scopo è di costruire una trama narrativa coerente e dettagliata che sarà fornita alla Commissione territoriale che valuterà l'istanza di protezione internazionale.

Lo sforzo degli operatori va nel senso di aiutare queste clienti a capire il significato dell'iter amministrativo entro cui il loro percorso va canalizzandosi; quali parti della loro storia possano essere rilevanti ai fini dell'audizione e come il racconto vada contestualizzato tenendo conto della cornice politico-sociale e giuridica più generale che riguarda il loro Paese di origine.

Nelle procedure di identificazione, l'ente anti-tratta è normalmente delegata dalla Commissione territoriale da cui riceve un dossier contenente le notizie emerse in sede di prima audizione ed il modulo per il trattamento dei dati sensibili (C3). Come già anticipato, il colloquio avviene alla presenza di un mediatore culturale che parla la stessa lingua della richiedente asilo e di un operatore legale.

4.4. Il lavoro collaborativo di ricostruzione della storia: il caso di Margaret

Nel corso dell'a.a. 2017/2018 abbiamo avuto la possibilità di seguire alcuni casi presso un ente anti-tratta con sede a Napoli. Nel processo ricostruttivo della storia, abbiamo constatato atteggiamenti differenti da parte delle vittime: talora di collaborazione e fiducia, talaltra di resistenza e mancanza di consapevolezza rispetto alle vicende subite ed alla possibilità di integrazione e recupero nel paese di accoglienza⁵⁴.

⁵⁴ Si veda più ampiamente la tesi di Frisina (ibid.) sui casi di Jenny, Obioma e

La storia di Margaret⁵⁵ che propongo qui solo per la parte che riguarda il lavoro di identificazione compiuto dall'ente anti-tratta è una storia-tipo. L'identificazione di Margaret è avvenuta attraverso una serie di colloqui cui ho avuto la possibilità di assistere personalmente presso l'ente, tra febbraio ed aprile 2018. Qui di seguito, ricostruisco brevemente alcuni passaggi di questi colloqui sulla base delle note da me rielaborate dopo gli incontri.

Primo incontro

Il primo incontro cui ho assistito ha avuto luogo ad inizi febbraio: Margaret è arrivata presso la cooperativa accompagnata da una psicologa del centro in cui è ospite, un cd. SPRAR⁵⁶. Prima che il colloquio avesse inizio la psicologa ha informato le operatrici (la mediatrice e l'operatrice legale) che Margaret aveva iniziato un tirocinio e che dalla settimana seguente sarebbe andata a lavorare presso un'azienda. L'operatrice legale, Evelina, nel preparare il setting del colloquio e nel consentirmi di assistervi, ha spiegato a Margaret le modalità con cui esso si sarebbe svolto, sottolineando quale fosse la funzione e la valenza del percorso che stavano per fare insieme, vale a dire ricostruire la sua storia ed orientarla ai fini dell'intervista davanti alla commissione che di

Fatima ed il diverso atteggiamento che riguarda le clienti al cospetto degli operatori dell'ente anti-tratta.

⁵⁵ Il nome di Margaret e delle altre operatrici sociali sono degli pseudonimi.

⁵⁶ Si tratta del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), costituito dalla rete degli enti locali che garantisce sistemi di "accoglienza integrata". Essi non si limitano alla distribuzione di vitto e alloggio e prevedono anche misure di informazione, accompagnamento, assistenza e orientamento, attraverso la costruzione di percorsi individuali di inserimento socio-economico. <http://www.sprar.it/lo-sprar>. In seguito all'entrata in vigore del D.L. 113/2018, convertito in Legge 132/2018, i titolari del permesso di soggiorno ex art. 18 decreto legislativo n. 286 del 98 possono essere accolti dalle strutture di accoglienza per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI che corrispondono agli ex SPRAR).

lì a qualche mese avrebbe incontrato Margaret. Evelina ha sottolineato l'importanza di costruire una storia che le desse più chances di ottenere il permesso di rifugiato. Le ha spiegato che il riconoscimento dell'asilo si basa sulla premessa che ci siano validi motivi di ritenere che se la persona torni nel paese di origine corra dei rischi molto gravi: "Dobbiamo fare un lavoro di ricostruzione precisa della tua storia da quando eri in Nigeria; non lo facciamo tutto oggi; è un lavoro complicato. Se facciamo bene questo lavoro abbiamo più chance di costruire una storia che abbia un esito positivo". Evelina ha poi chiesto a Benedict di spiegare a Margaret che "noi siamo qui per lei, lei può farci tutte le domande, se ha dei dubbi". Benedict, in parte in inglese e in parte nella sua lingua, ha aggiunto: "you must convince them about the risks you are going to face, you must show solide reasons, not problem if you don't remember, feel free and relax". L'operatrice legale le ha chiesto poi notizie della sua famiglia in Nigeria che sembra essere composta di nove figli (2 maschi e 7 femmine). Il padre è morto a seguito di una malattia. Margaret è cresciuta a Benin city, nella periferia. Non è andata a scuola. La madre l'aveva affidata ad una signora che aveva promesso di farla studiare e che invece l'ha portata a lavorare la terra. Sono una conferma di questo racconto le sue mani che non assomigliano a quelle di una persona della sua età (circa venti anni) e sono deformate dalla fatica. Ad un certo momento la signora affidataria avrebbe informato Margaret che la mamma stava male, a quel punto lei è partita per andarla a cercare al villaggio. Dopo la morte della madre, Margaret è andata a vivere con una delle sue sorelle; il marito di questa sorella l'avrebbe messa in contatto con qualcuno che l'avrebbe fatta arrivare in Italia e poi in Belgio dove ad attenderla ci sarebbe stata una *madame* che le avrebbe dato del lavoro. L'operatrice legale le ha chiesto che cosa le avessero proposto queste persone. Domanda che Benedict ha tradotto nella maniera seguente: "what is the promise when you reach the woman"? La risposta di Marga-

ret è stata: la prostituzione. Vale a dire che lei era consapevole del destino che l'attendeva ma ha deciso egualmente di intraprendere il viaggio che rappresentava l'unica possibilità di tirarsi fuori da una situazione di miseria e difficoltà. Nel frattempo, Margaret era diventata madre di tre figli, con difficoltà ad occuparsene. Margaret ha dichiarato di non aver avuto scelta, che doveva partire e che ha fatto ciò che le hanno chiesto. A questo punto Margaret si è interrotta e si è messa a piangere. Evelina le ha proposto di interrompere il colloquio e continuare una volta successiva ma Margaret ha chiesto di continuare. Il racconto ha continuato con la descrizione di alcune tappe del viaggio, una volta usciti da Benin City, luogo di partenza, insieme ad altre ragazze. Viaggiavano in un autobus con conducenti uomini, armati; una volta giunte a destinazione Margaret e le altre sono state picchiate e violentate. Evelina le ha chiesto maggiori dettagli sulle diverse tappe: "Facciamo un pezzettino di questo viaggio? Usciamo da Benin city". Margaret ha ripreso il racconto precisando che dopo ore di viaggio la persona che le aveva in carico le aveva lasciate da qualche parte attribuendo a ciascuna un numero; sarebbero rimaste in questo luogo imprecisato fino a quando non sono state chiamate sulla base del numero. Poi lei ed un'altra persona hanno viaggiato in autobus per due giorni e sono arrivate in un'altra destinazione. Dal momento che ci sono dei salti nella storia, dopo circa due ore di colloqui, Evelina ha proposto di interrompere e riprendere in un'altra data, commentando in questo modo: "Il viaggio è una tappa molto importante per la ricostruzione della storia. Dunque, ci fermiamo qui e la prossima volta continuiamo". Margaret si è mostrata impaziente ed ha chiesto quanto tempo dovesse attendere prima che la commissione la convocasse per l'audizione. L'operatrice ha risposto che in genere il tempo di attesa è fino ad un anno dall'inizio della procedura e che l'obiettivo non è quello di fare in fretta ma di fare un buon lavoro. Alla fine del colloquio, io ho chiesto all'operatrice le ragioni di alcune domande fatte,

come quelle relative a certi dettagli del viaggio per meglio comprendere quali elementi fossero di interesse per la commissione. Evelina mi ha fatto degli esempi di indicatori della tratta. Il viaggio è cruciale: il trasferimento della persona, la passività del trasportato, le false promesse, l'inganno, sono tutti indicatori di tratta. Ha aggiunto inoltre che il fatto che Margaret fosse consenziente rappresenta un elemento di eccezionalità e di problematicità. Ragon per cui questo elemento andrà forse omesso o comunque circostanziato nella relazione che verrà inviata alla commissione.

Secondo incontro

Nell'incontro successivo, a distanza di due settimane, Evelina ha proposto alla mediatrice di continuare da sola con Margaret il lavoro di ricostruzione della storia, nella speranza di una maggiore apertura da parte sua. Benedict e Margaret si sono confrontate di nuovo sui documenti di identità; inoltre Benedict ha posto come premessa dell'incontro quella di voler chiarificare una serie di elementi della storia che non trovano corrispondenza o non collimano col racconto più generale. Ci sono dei gaps ("points we miss"): "they are direct, you must be specific", la incita Benedict. "From Nigeria to Libia, how many days? How long you stay in Libia? Where? How did you survey? Did they give you cloths?" Le chiede Benedict. Date le resistenze di Margaret, la mediatrice ha cercato di spronarla invitandola a riflettere sulle conseguenze di un eventuale ritorno a casa: "What happen if you go back?" le chiede. La risposta di Margaret è stata la seguente: "My life would be worst, nobody could care my children". Benedict le ha spiegato che durante l'esame davanti alla commissione, lei sarà confrontata a domande del tipo: "Why you left your country?" Le ha ricordato che la commissione dovrà decidere se lasciarla rimanere in Italia: "Ti chiederanno se eri in condizione di difenderti da sola in Nigeria ricorrendo alla polizia, la commissione possiede delle informa-

zioni circa la Nigeria, they combine informations. You should be more aware about your country. You must be able to give account. There are a lot of gaps we need to fill”, dice Benedict.

Terzo incontro

Nel terzo incontro, avvenuto a distanza di due settimane, Benedict ha fatto di nuovo presente la necessità di chiarire meglio alcune tappe del viaggio specificando meglio il senso delle sue domande ed invitandola ad essere precisa e concisa nelle risposte. Ha mostrato segni di nervosismo perché lei e l'operatrice non hanno collezionato abbastanza materiale per ricostruire la storia: “I am not understanding anything so what do we do? You don't forget the truth because is your truth, truth is inside you, so you answer quickly”. Poi ha esclamato spazientita in italiano: “*ma che stiamo facendo*”? Ed ancora in inglese: “We are doing everything we can. I am not responsible because I tried. It is time! Who was that man? I want the name! What happened between the two of you? Is him the father of your baby? How long you stay at that house? Who was she?” A questo punto, Margaret ha cominciato a raccontare nella sua lingua, senza interruzioni, alternando dei momenti di pianto. Benedict ha aggiunto qualche commento in italiano che mi hanno permesso di comprendere il cuore della storia: “Lei [*mada-me*] fa venire 7 uomini al giorno e prende soldi per tre settimane”. Dal momento che la ricostruzione della storia di Margaret non si è ancora tradotta in un parere da parte dell'ente anti-tratta né vi è stato il colloquio dinanzi alla Commissione il mio racconto si arresta a questa fase preliminare della procedura di identificazione.

Uno sguardo retrospettivo su questi incontri che costituiscono un vero e proprio esempio di *collaborative lawyering*, permettono di esaminare il ruolo di guida svolto da Evelina e soprattutto da Benedict, nella ricostruzione del percorso di Margaret, nella messa a fuoco di elementi della storia che sono significativi per la sua identificazione come vittima di tratta: la condizione di povertà e di

riduzione in schiavitù, durante la sua vita in Nigeria ma anche dopo, durante il viaggio e dopo il suo arrivo in Europa; l'opportunità che Margaret si affidi a lei/a loro e che racconti la verità se non vuole correre il rischio di essere rimandata nel suo Paese; la necessità di mettere a fuoco le diverse tappe del viaggio, le date, le persone incontrate e la formulazione di risposte incisive.

I brevi passaggi di conversazione mostrano l'evoluzione del tipo di domande da un incontro all'altro: esse diventano più incalzanti e dirette, a mano a mano che gli incontri si intensificano. I comportamenti verbali sono accompagnati inoltre da segni di innervosimento da parte di Benedict che per spronare Margaret a raccontare la sua storia dichiara di aver fatto tutto il possibile per aiutarla e sostenerla nel percorso che la condurrà all'audizione dinanzi alla Commissione. Più incisivo e limitato alla definizione del quadro operativo e legale è l'intervento di Evelina, l'operatrice legale, che sarà presente solo al primo di questi incontri.

5. La proposta di un modello clinico per l'empowerment legale delle donne vittime di tratta

A chiusura di questo contributo, ciò su cui vorrei soffermarmi è il ruolo e la centralità del racconto del richiedente asilo nella procedura di audizione dinanzi alla Commissione territoriale. In mancanza di documenti e altri mezzi di prova che possano confermare la veridicità e l'autenticità della sua identità e della sua provenienza, si evince che la/il richiedente la protezione internazionale fonda la possibilità di ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato sulla sua performance ovvero sulla possibilità di raccontare una storia che sia coerente, plausibile e verosimile⁵⁷. Come è stato det-

⁵⁷ E. D'Halluin-Mabillot, *Les épreuves de l'asile. Associations et réfugiés face aux politiques du soupçon*, EHESS, Paris, pp. 44-46.

to altrove⁵⁸, la spontaneità e la trasparenza della storia non sono sufficienti a renderla meritevole di riconoscimento e protezione se ritenuta generica, incongrua ed in definitiva poco plausibile ed attendibile. Di qui la prassi sviluppata dall'ente anti-tratta per accompagnare clienti come Margaret, per esempio, nel percorso di identificazione e di audizione dinanzi alla Commissione che dovrà decidere del suo status. Prassi che, seppure fondata sulla competenza e l'esperienza rispettivamente dell'operatrice legale e mediatrice culturale, potrebbe ben essere integrata da altre figure professionali, e tecniche cliniche specifiche che vertono sull'uso della narrativa legale.

Tuttavia, alcuni punti critici possono essere sollevati circa l'interazione tra Margaret e le due operatrici. Prima di tutto, sembra esserci una sorta di non comprensione o mancanza di rispetto per il racconto spontaneo della vittima e la sua origine culturale quando la mediatrice le dice: "la verità è dentro di te". Margaret sembra avere poca libertà di raccontare la storia spontaneamente, per esempio nell'elaborare il modo in cui si è progressivamente trovata coinvolta in questa storia di viaggio. In secondo luogo, in termini di 'credibilità e plausibilità' della storia, secondo gli psicologi culturali⁵⁹, storie di violenza e abbandono sono credibili solo se verificate e convalidate da più autori, a seconda degli scopi e del contesto: la verità non è dentro di Margaret né della sua singola storia. La sua frustrazione in quanto vittima è comprensibile data la mancanza di comprensione della mediatrice culturale. L'avvocato, Evelina, avrebbe potuto utilizzare la narrazione di partenza per mediare nell'interazione, il che avrebbe probabilmente fornito alcune delle informazioni desiderate, evitando a Margaret ulteriori abusi in questo processo di ricostruzione di informazioni. In terzo luogo, in termini di coerenza/consistenza della sua storia,

⁵⁸ F. Di Donato, *The Analysis of Legal Cases*, cit.

⁵⁹ C. Daiute (Comunicazione personale dell'autrice).

in particolare la coerenza del ‘consenso’ di Margaret a partecipare alla tratta si colloca non solo all’interno della storia, come suggerito dall’avvocato a partire dalle categorie legali, ma anche come coerenza che si è evoluta nel tempo, nelle diverse fasi del viaggio e nella realtà del fatto della sua schiavitù.

Ciò che forse può giustificare le forzature della mediatrice culturale è che la storia spontanea non è sufficiente a fare riconoscere la persona vittima e degna di protezione. Ciò può allora spiegare l’artificialità della situazione sopra descritta e le forzature da parte della mediatrice culturale.

Pur basandosi sulle rispettive competenze ed esperienze di un avvocato e di un mediatore culturale, ritengo che la pratica sopra descritta possa essere completata da altri professionisti e da specifiche tecniche cliniche che dipendono dall’uso della narrazione legale. Il processo di ricostruzione della storia dovrebbe essere inteso in una prospettiva più interattiva, dando sufficiente spazio alla storia del/la cliente, secondo un approccio “ribelle” della formazione clinico-legale.

Infatti, i principali studiosi clinici hanno cercato di illustrare come la teoria narrativa possa produrre pratiche narrative che aiutino gli avvocati a sviluppare una comprensione della vita dei loro clienti e dei loro bisogni nel rivolgersi agli avvocati⁶⁰. Dal loro punto di vista, raccontare la storia è anche la “cura” per le voci silenziose o inascoltate⁶¹. Purtroppo, questi approcci tradizionali presentano il limite di considerare il/la cliente come *powerless* prestando poca attenzione all’aspetto del narrare come processo relazionale nella vita culturale e personale quotidiana. Una svolta verso

⁶⁰ S. Elmann, et al. *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, Thomson Reuters, American Casebook Series, St. Paul, MN, 2009, p. 139 ss.

⁶¹ R. Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, in “Michigan Law Review”, 8/1989, pp. 2411–2441.

la considerazione del processo narrativo come processo relazionale e interattivo nonché “paritario”, condiviso in momenti diversi nel tempo, permetterebbe di utilizzare il racconto come un mezzo di inclusione sociale⁶². Nel caso di Margaret la questione è quella di dare il giusto spazio alla storia della persona straniera e aiutarla a dotarsi di strumenti affinché possa mediare la sua posizione nei confronti delle istituzioni del paese ospitante.

A chiusura di questo contributo, la mia proposta è di rendere effettive queste collaborazioni all'interno di spazi socio-clinici, con la partecipazione di attori non esperti (i clienti) e professionisti (avvocati, associazioni di volontariato, studenti clinici), in modo da permettere uno scambio reciproco di conoscenze e pratiche e migliorare la consapevolezza dei meccanismi istituzionali. Un tale spazio permetterebbe al/la cliente (straniero/a e non) di comprendere come funziona il sistema giuridico, quali sono le pratiche formali e informali cui egli/ella è confrontato/a, riducendo la sua vulnerabilità e facendone un ‘alleato/a’ nella soluzione del caso. Come ha affermato Fineman, riconoscere, etichettare e proteggere le persone cosiddette ‘vulnerabili’ non è sufficiente: è necessario compensare le loro disuguaglianze e svantaggi⁶³, rendendo effettivo il loro *empowerment*⁶⁴.

⁶² C. Daiute, & P. Kreniske, *Hopes, misunderstandings, and possibilities of narrating for inclusive education*, in Surian, A. (ed.), *Open spaces for interaction and learning diversities*, Sense Publishers, Rotterdam, The Netherlands, 2016, pp. 53-67.

⁶³ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject*, cit., p. 22.

⁶⁴ E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto*, cit..

VALERIA MARZOCCO

*La vulnerabilità umana è una “verità ovvia”?
Soggetti vulnerabili e paradigmi identitari*

1. *Soggetto vulnerabile e identità umana. Un'introduzione*

Occuparsi della vulnerabilità dal punto di vista della teoria del diritto significa misurarsi con una delle qualificazioni della soggettività più pervasive dell'esperienza politica e giuridica contemporanea¹. Nonostante il concetto in sé sia certamente indeterminato sotto il profilo definitorio², in ragione dei distinti significati che la parola assume nei contesti discorsivi in cui essa è concretamente impiegata, nel linguaggio giuridico, della vulnerabilità, si dà un significato prevalente e specifico. Più particolarmente, rapportandosi alla crescente, e più risalente, diffusione del termine nel campo delle scienze umane e sociali³, gli ambiti in cui la vulnerabilità trova spazio nel discorso giuridico sono così più circoscritti e, in parte, distinti.

¹ M. A. Fineman – A. Grear (ed.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, London and New York, 2016.

² Su questo aspetto, che costituisce ormai una premessa condivisa negli studi sulla vulnerabilità, si sottolinea ora la vaghezza del termine (M. C. Ruof, *Vulnerability, Vulnerable Populations and Policy*, in “Kennedy Institute of Ethics Journal”, 4/2004, pp. 411-425, spec. pp. 411, 423), ora la sua ambiguità (M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in “Yale Journal of Law & Feminism”, 1/2008, pp. 1-23, spec. p. 9).

³ E. Ferrarese, *Les vulnérables et le géomètre. Sur les usages du concept de vulnérabilité dans les sciences sociales*, in “Raison Publique”, 2011, pp. 11-37.

Ciò è evidente se si consideri il privilegio accordato in sociologia alla connessione con i concetti di rischio⁴ e di catastrofe⁵, contesti in cui la vulnerabilità (dei sistemi e degli agenti sociali) acquisisce un suo chiaro radicamento nel quadro delle teorie sistemiche e funzionalistiche⁶. Diversamente da questi ultimi significati, nel linguaggio giuridico la rilevanza della vulnerabilità è prevalentemente invocata come *condizione dell'esistenza materiale* (lì dove si tratta di definire una condizione soggettiva, di individui o di gruppi), e *indice di pratiche di discriminazione*, al quale, cioè, si collegano azioni giuridiche positive di garanzia⁷, o reazioni sanzionatorie da parte dell'ordinamento, in ragione della specifica tutela di cui le posizioni soggettive sono riconosciute meritevoli.

Nel campo del diritto, *chi sia* il soggetto giuridicamente vulnerabile implica per questo l'assunzione di uno specifico punto di vista sulla *funzione* che la vulnerabilità svolge nella tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali.

Intorno a questa declinazione soggettiva della vulnerabilità si concentrano segmenti chiave del panorama normativo sovranazionale e statale, nonché una parte cospicua della giurisprudenza delle alte Corti⁸. A questo stesso significato della vulnerabilità si rivol-

⁴ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986), Carocci, Roma, 2000; N. Luhmann, *Sociologia del rischio* (1991), Bruno Mondadori, Milano, 1996. Su vulnerabilità e rischio: B. Evans – J. Reid, *Dangerously exposed: the life and death of the resilient subject*, in "Resilience: International Policies, Practices and Discourses", 1/2013, pp. 83-98.

⁵ P. O'Malley, *Uncertain Governance and Resilient Subjects in the Risk Society*, in "Oñati Socio-Legal Series", 2/2013, pp. 180-195.

⁶ Mi sia consentito rinviare, su ciò, a: V. Marzocco, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico politico-giuridico del neo-liberismo*, in M. G. Bernardini - B. Casalini - O. Giolo - L. Re (a cura di), *Vulnerabilità. Etica, politica, diritto*, IF Press, Firenze, 2018, pp. 295-314.

⁷ A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002.

⁸ A. Timmer, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of*

gono altresì tendenze ricostruttive del dibattito giusfilosofico contemporaneo, non di rado scettiche sull’interpretazione del quadro identitario su cui il riconoscimento delle soggettività vulnerabili fa leva, sotto il profilo giuridico e politico.

Se diverse sono le tesi, anche per l’incidenza dei particolari contesti in cui esse trovano affermazione, è comune, soprattutto nel quadro dei contributi di teoria del diritto, la premessa dalla quale muove la discussione nel suo complesso. Tutte le ricostruzioni in materia aderiscono a un quadro antropologico e teorico generale definito, assumendo come non *vexata quaestio* la matrice specifica che il costituzionalismo contemporaneo ha impresso alla domanda “chi è il soggetto del diritto?": ritrovandosi, ognuna, a far leva su questa domanda, l’ambizione condivisa da queste tesi è sempre, in un modo o nell’altro, protesa a superare le concezioni di identità umana e di uguaglianza su cui una certa artificiosità della qualificazione moderna aveva insistito⁹.

Il tema dell’identità umana, tuttavia, è questione tutt’altro che pacifica nel dibattito contemporaneo, sia che lo si consideri dal punto di vista antropologico¹⁰, che lo si approcci sul versante del pensiero filosofico, ambito in cui esso è investito da accenti critici che si ricollegano a distinti orientamenti¹¹.

Per la questione specifica della *definizione* e della *funzione* della vulnerabilità in ambito giuridico, la pluralità dei “paradigmi” ai

Human Rights, in A. Grear - M. Fineman, (ed.), *Vulnerability*, cit., pp. 189-214.

⁹ S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in “Filosofia politica”, 3/2007, pp. 365-378.

¹⁰ F. Remotti, *Contro l’identità*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

¹¹ Per i diversi approcci sulla questione: P. A. Taguieff, *Le néo-racisme différentialiste. Sur l’ambigüité d’une évidence commune et ses effets pervers. L’éloge de la différence*, in “Langage et société”, 34/1985, pp. 69-98; Ch. Taylor, *Le radici dell’io. La costruzione dell’identità moderna* (1989), Feltrinelli, Milano, 1993; J. Butler, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione dell’identità* (1990), Laterza, Roma-Bari, 2013.

quali si fa riferimento nel definire l'identità soggettiva va considerata con attenzione, per la tendenza a qualificare le condizioni di vulnerabilità facendo ricorso a profili di matrice identitaria e alle loro diverse radici concettuali. Qualificare le condizioni di vulnerabilità soggettiva a muovere da una concezione dell'identità che fa leva sull'*appartenenza* a categorie o gruppi è così cosa diversa dall'ipotesi in cui, per converso, la vulnerabilità sia intesa come *tratto umano universale*, a muovere dal quale poter cogliere i profili di violazione e le pratiche discriminatorie.

Oscillando tra questi due modelli definitivi, è possibile assumere orientamenti valutativi distinti sulla funzione che il riconoscimento giuridico della vulnerabilità soggettiva può esercitare in chiave antidiscriminatoria.

2. Nel prisma dell'identità. Vulnerabilità e principio di uguaglianza

Nel quadro del costituzionalismo contemporaneo, quando ci si riferisce al tema dell'identità si intende la condizione soggettiva o di gruppi e, per questo, la pratica (e la conseguente dommatica definitoria) delle rivendicazioni che trovano il proprio fondamento di legittimità nella *vocazione pluralistica* degli ordinamenti contemporanei¹². Occorre tuttavia rilevare che, sebbene sia pacifico che il *pluralismo* sia un connotato indiscusso in cui *si identificano* gli ordinamenti del secondo dopoguerra, di esso può offrirsi un duplice ordine di rappresentazioni: come *dato*, il pluralismo è un aspetto descrittivo recepito dalle Costituzioni della seconda metà del Novecento (il pluralismo dei valori, l'articolazione plurale delle co-

¹² Cfr., da ultimo, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna, 2017; B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto: costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018.

munità politiche e delle loro autonomie); come *idea*, d'altro canto, esso è a tutti gli effetti un valore da tutelarsi, un principio di carattere normativo al quale tendere.

In questi due volti si manifesta un aspetto che incide direttamente sul tema della relazione tra pretese identitarie e personalità umana, come tratto caratterizzante della vocazione pluralistica dei sistemi giuridici e politici contemporanei. Questi ultimi, non solo *assumono* il pluralismo delle identità (personali e di gruppo) come principio fondamentale, ma sono altresì strutturati per *resistere* e *assorbire* i conflitti e le trasformazioni che le rivendicazioni identitarie facciano valere, incanalandoli nelle forme e nelle garanzie previste dai modelli liberal-democratici degli stati di diritto contemporanei.

Nella sua dinamica virtuosa e fisiologica, nel costituzionalismo si istituisce dunque una connessione tra il pluralismo, come *elemento che conferisce identità* al corpo politico, e le *pretese identitarie* delle persone, che trovano, nel suo contesto, le proprie premesse e le condizioni stesse della loro esplicitazione. Nella specifica declinazione che si è appena proposta, le rivendicazioni identitarie e il pluralismo dei sistemi costituzionali contemporanei si implicano così vicendevolmente. Le prime sono certamente declinate nel nome di un'appartenenza che si radica nell'autodeterminazione personale o nel gruppo, mentre l'altro è il quadro stesso in cui si riconosce la fisionomia del corpo politico statuale, quale affermato in seno agli Stati costituzionali, e nel rapporto che essi istituiscono con le comunità sovranazionali, sia politiche che giurisdizionali.

In questa cornice ha senso interrogarsi su di un punto più specifico e rilevante per la questione della definizione giuridica dell'identità umana, che ricade nella qualificazione delle condizioni di vulnerabilità soggettiva.

Considerando il significato *artificiale* e *pubblico* che l'identità umana assumeva nelle dottrine della modernità, le odierne rivendicazioni che si iscrivono variamente nel nome dell'appartenenza

identitaria, sono solo *prima facie* affermazione di differenze, essendo invece e certamente pretese di uguaglianza¹³. Più particolarmente, si tratta di pretese che mettono in crisi una determinata concezione *liberale* della cittadinanza la quale, come osserva Will Kymlicka, va disancorata dalla sua malintesa neutralità¹⁴.

Non si tratta di un'affermazione scontata alla luce di una questione ancora in parte irrisolta che, su quest'aspetto, riguarda l'adeguatezza del principio di uguaglianza a garantire le differenze di cui le identità sono portatrici¹⁵. Proprio su questi aspetti, nella prospettiva della teoria del diritto, è opportuno non allontanarsi dagli argomenti proposti sul tema da Letizia Gianformaggio.

Conducendo la propria analisi sul rapporto dilemmatico tra *uguaglianza* e *differenza*, la studiosa poneva l'accento sulla concezione giuridica dell'eguaglianza, riconducendone a unità il principio, per la sua capacità di assorbire il trattamento delle differenze secondo le istanze di perequazione di cui, di volta in volta, esse necessitano¹⁶.

¹³ Sull'eguaglianza, in chiave teorico-generale: R. Guastini, *La grammatica di «eguaglianza»* (1992), in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 157-161. Su eguaglianza e costituzionalismo: G. Zanetti, *Eguaglianza*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 43-66. Dello stesso Zanetti, si può vedere, da ultimo, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015.

¹⁴ W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale* (1996), il Mulino, Bologna 1999.

¹⁵ Th. Casadei, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Aracne, Roma, 2017, spec., pp. 103-107, 139-141.

¹⁶ L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di C. Faralli, A. Facchi, T. Pitch, il Mulino, Bologna, 2005.

Gli argomenti di Gianformaggio erano e sono ancora del tutto validi. Le rivendicazioni identità offrono un’articolazione decisiva dello specifico significato giuridico dell’uguaglianza: questi temi richiamano dell’uguaglianza tanto la dimensione della garanzia formale al pari trattamento dinanzi alla legge, quanto quella che implica l’assunzione delle condizioni di differenza in cui si esplica la concreta “vita materiale” della persona, questioni che richiedono un intervento perequatore e, talvolta, differenziato¹⁷.

Proprio in ragione della specificità di questo scenario, governato dai principi costituzionalistici del pluralismo e del personalismo, il riconoscimento delle soggettività vulnerabili pone però più domande di quante risposte sia in grado di offrire. Esso lascia aperta la definizione degli orientamenti che è dato assumere sul suo collegamento con *la* o *le* identità dell’essere umano, sulla definizione stessa di uguaglianza che da ciò ne discenderebbe e, infine, sull’effettività delle garanzie poste a presidio del suo principio.

Nel privilegio accordato dal costituzionalismo alla persona o, se si vuole, nell’emersione di un catalogo di diritti fondamentali il cui perimetro si definisce nelle condizioni della sua “vita materiale”¹⁸, la centralità giuridica assunta dalla qualificazione della vulnerabilità soggettiva può valutarsi attraverso una lente specifica. Essa mostra di riarticolare un circuito profondo della modernità giuridica, quello della reciproca significazione che si istituisce tra la definizione dell’uguaglianza giuridica e le concezioni dell’identità umana di volta in volta prevalenti¹⁹. In un quadro teorico-generale,

¹⁷ L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo* (1982), in Id. *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, pp. 123-145.

¹⁸ AA.VV., *Il diritto e la vita materiale. Giornate lincee sul tema* (28-29 maggio 1982), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1984.

¹⁹ Su ciò, mi sia consentito rinviare a V. Marzocco, *Identità umana. La soggettività giuridica moderna e i suoi paradossi*, in A. Andronico - T. Greco - F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 321-344.

che assume il passaggio dal *soggetto* alla *persona*, la qualificazione delle “soggettività vulnerabili” non interrompe affatto questa connessione, alimentandosi ancora del formante identitario per perseguire obiettivi normativi di affermazione o di riconduzione a eguaglianza delle condizioni di volta in volta considerate.

Assumendo come punto di osservazione paradigmatico il diritto giurisprudenziale europeo, emerge tuttavia come la strategia di definizione, attraverso il profilo identitario, dei criteri di vulnerabilità soggettiva non è univoca, ripetendo dalle concezioni dell’identità che se ne assumono normativamente, una diversa *definizione* e *funzione* per la qualificazione soggettiva in esame, soprattutto con riguardo al suo impiego in termini di rilevazione e contrasto in materia di pratiche discriminatorie.

3. *Vulnerabilità soggettiva e concezioni dell’identità. Il caso della giurisprudenza EDU*

La tendenza ad ancorare il riconoscimento di condizioni di vulnerabilità soggettiva a parametri di tipo identitario ha una sua direttrice di sviluppo nel diritto giurisprudenziale e, in special modo, nella giurisprudenza della Corte EDU, organo che ha contribuito, negli ultimi anni, a conferire determinazione e solidità a un’interpretazione in chiave antidiscriminatoria dei principi di matrice convenzionale. In questo senso, l’opera di tessitura che ha impegnato il giudice internazionale sulla definizione delle condizioni della vulnerabilità soggettiva è in continuità con alcuni degli sviluppi interpretativi di cui è stato fatto oggetto l’impianto assiologico e giuridico complessivo della Carta EDU.

Non si tratta, tuttavia, di una ricostruzione lineare. Condivisibile è infatti la posizione di quanti, proprio con riguardo a questi temi, hanno evidenziato le distinte accezioni del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza del Giudice di Strasburgo, tra le quali

prevale, ma non è esclusiva, la matrice più strettamente legata a identità di gruppo²⁰. Nel *case law* della Corte EDU, accanto cioè alle ipotesi in cui la condizione di vulnerabilità soggettiva è chiaramente una variabile dipendente dell'appartenenza a gruppi o categorie, nelle quali i giudici riconoscono uno specifico tratto di esposizione alla discriminazione o alla disparità di trattamento, vi è spazio per una diversa costruzione della vulnerabilità, che parrebbe far leva su di un suo tratto universale e *tout-court* umano²¹.

Ripetendo distinti atteggiamenti ricostruttivi del collegamento tra concezioni dell'identità e criteri di qualificazione della vulnerabilità soggettiva, i “paradigmi” identitari osservabili nella giurisprudenza EDU mostrano le funzioni che la vulnerabilità come categoria è concretamente chiamata a svolgere, sul piano dell'affermazione e della garanzia di taluni principi fondamentali della CEDU.

Come condizione di gruppi o categorie (e dunque, in un'accezione *identitaria*) la vulnerabilità entra negli argomenti della Corte di Strasburgo in *Chapman c. Regno Unito*²², per connotare quella che si sarebbe consolidata successivamente nei termini della “specifica condizione di una minoranza svantaggiata e vulnerabile” dei Rom²³. In alcuni e decisivi arresti degli anni seguenti, questa concezione si rafforza in virtù di interpretazioni estensive che ne hanno ampliato gli ambiti applicativi a gruppi e categorie variamente declinate²⁴, consolidando l'uso argomentativo della “vulnerabilità dei gruppi” nel contesto delle strategie impiegate della

²⁰ A. Timmer, *A Quiet Revolution*, cit.

²¹ A. Timmer, *op. cit.*, spec. p. 200 ss.

²² *Chapman c. Regno Unito* [GC], (27238/95), 18 gennaio 2001.

²³ *D.H. e all. c. Repubblica Ceca* [GC], (57325/00), 13 novembre 2007.

²⁴ Fattori che si sono identificati in grandi categorie identitarie, come per il caso della disabilità (*Kudla c. Polonia* [GC] [30210/96], 26 ottobre 2000; *Renolde c. Francia*, [5608/05], 16 ottobre 2008), o quello dei richiedenti asilo (*M. S. S. c. Belgio e Grecia* [GC], (30696/09), 21 gennaio 2011).

Corte per qualificare e censurare situazioni di disparità e di disuguaglianza.

Determinato in virtù dei suoi tratti di relazionalità, e per la rilevanza di circostanze sociali, economiche e di contesto, il *soggetto vulnerabile* che emerge nel quadro di questa giurisprudenza è un soggetto esposto alla discriminazione, in ragione di fattori che derivano dall'appartenenza al gruppo di cui egli è parte. Della vulnerabilità prevale una rappresentazione statica, come condizione sociale e identitaria, definita in virtù di indicatori molteplici.

Nel quadro della violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione, la vulnerabilità di gruppo si è sviluppata così come una nozione estensiva, talvolta costruita attraverso un *iter* argomentativo che, anche quando si è ritrovato a prestare attenzione alla specifica e particolare condizione di vulnerabilità dell'*applicant*, ne ha comunque inteso la complessiva rilevanza nel quadro del gruppo di riferimento, alla luce di indicatori che si sono progressivamente emancipati dal mero ancoramento a criteri di misconoscimento o abuso, per radicarsi in fattori di origine culturale e storica.

Al di là di un chiaro rinvio a strategie che, nel nome della tutela di gruppi svantaggiati, si concedono a contestabili costruzioni essenzialistiche di questi ultimi²⁵, uno dei principali limiti di questa giurisprudenza sta nel consolidamento teorico di una concezione della vulnerabilità dai tratti *monolitici*, che sovente non è stata in grado di cogliere le condizioni specifiche dei soggetti ricorrenti. Ciò è osservabile particolarmente in tema di etnia Rom, con ricorrenti toccate, in quanto donne, da ulteriori e particolari condizioni di svantaggio specifico, in ragione delle gerarchie vigenti nel gruppo considerato. In molti casi, si sono così rappresentati argomenti facenti leva su costruzioni paternalistiche (dal punto di vista della tutela giuridica), nonché culturalmente deterministiche, che hanno

²⁵ A. Phillips, *What's wrong with Essentialism?*, in "Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory", 1/2010, pp. 47-60.

sottostimato la capacità ad autodeterminarsi del singolo individuo nel contesto del gruppo²⁶. Una giurisprudenza che si è mostrata, nel complesso, recettiva dei *limiti*, piuttosto che dei *tratti virtuosi*, dei modelli di diritto antidiscriminatorio che pure hanno avuto origine grazie alla sua opera interpretativa²⁷.

Un’ulteriore area di affermazione di questa ricostruzione giurisdizionale della vulnerabilità ricade nella materia degli obblighi positivi, ambito in cui la definizione della vulnerabilità si fa argomento funzionale alla valutazione dell’adeguatezza dei parametri normativi nazionali alla luce della Convenzione EDU. Anche su quest’aspetto, l’attenzione della Corte, recentemente riaffermata in *Talpis c. Italia*²⁸, proprio nel rivolgersi ad una declinazione dell’identità come appartenenza ad una categoria, finisce con il concentrarsi sulla valutazione della adeguatezza della misura di carattere penale statuaria, alla luce della attuazione del carattere antidiscriminatorio affermato dai principi convenzionali.

Chiamata a esprimersi, su doglianza della ricorrente, in ordine alla violazione degli artt. 2, 3 e 8 della Convenzione, in relazione ad una lamentata inadeguatezza e non appropriatezza delle misure disposte dalle autorità italiane che erano state inerti, nonostante le denunce effettuate della donna a seguito di episodi di violenza perpetrati dal marito, il giudizio si ritrova a concentrarsi sulla valutazione di una categoria centrale e ambigua dell’impianto codicistico italiano, quella della pericolosità sociale²⁹. Riconosciuto il qua-

²⁶ Su ciò, si veda l’opinione dissenziente del Giudice Borrego (*D.H. e all. c. Repubblica Ceca* [cit., nt. 18], Borrego J., *dissenting*).

²⁷ M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007. Sul paradigma assimilazionistico: K. Yoshino, *Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of “Don’t Ask, Don’t Tell”*, in “Yale Law Journal”, 3/1998, pp. 485-571.

²⁸ *Talpis c. Italia* (41237/14), 2 marzo 2017.

²⁹ Su ciò, mi sia consentito il rinvio a V. Marzocco, *Psichiatria e diritto. Affermazione e trasformazione di una liaison dangereuse*, in S. Rossi-P. Tincani (a

dro degli obblighi positivi gravanti sotto il profilo degli artt. 2 e 3 (nei termini di protezione delle persone vulnerabili, tra le quali, le vittime di violenza domestica) e rinvenuti, altresì, gli estremi di violazione dell'art. 14 della Convenzione (in relazione alla discriminazione di genere), la ricostruzione del quadro normativo italiano vigente – in cui, particolare importanza è riservata al principio di obbligatorietà dell'azione penale posto dalla Carta fondamentale (art. 112 Cost.) e alle misure cautelari di natura special-preventiva –, è meritevole di attenzione perché destinata a incidere sull'attualità di un panorama normativo che è rafforzato dalla decisione dei Giudici di Strasburgo, per il privilegio accordato alla risposta penale e sanzionatoria³⁰.

Ad uno sguardo complessivo, nonostante siano ormai molteplici i fattori di vulnerabilità che i giudici di Strasburgo hanno posto a fondamento dei propri canoni argomentativi – in uno sviluppo che, di fatto, ha contribuito a definire l'interpretazione estensiva offerta in questi anni soprattutto degli artt. 3, 4 e 8 CEDU – la Corte pare non cogliere l'occasione di liberare dal radicamento al gruppo la concezione dell'identità assunta in premessa, mancando di ridefinire, nel nome della vulnerabilità, il soggetto giuridico liberale³¹.

È nel solco tracciato da questa casistica che trova origine una critica che qualche ragione ha dalla sua. Si evidenzerebbe un orientamento “biforcuto” all'interno del ragionamento giuridico che conduce al riconoscimento delle identità vulnerabili, in cui sarebbe osservabile una decisa incompatibilità di una tale concezione essenzialistica della vulnerabilità soggettiva, prevalente in questa

cura di), *I diritti forzati. Conversazioni sulla follia a quarant'anni dalla Legge Basaglia*, L'Ornitorinco, Milano, 2018, pp. 77-94.

³⁰ M. Graziosi, *Femminicidio: i rischi delle leggi manifesto*, in “Studi sulla questione criminale”, 2/2013, pp. 7-12.

³¹ A. Timmer, *op. cit.*, p. 199 ss.

giurisprudenza, con la tensione universalistica che è propria del linguaggio dei diritti umani³².

Come si è detto, accanto a questi orientamenti, trovano però spazio pronunce in cui i giudici di Strasburgo hanno mostrato di accogliere una diversa concezione della vulnerabilità, a muovere da distinte costruzioni del paradigma identitario.

Vi è, per un verso, la ricorrenza di ipotesi in cui il richiamo alla condizione in esame ha una funzione di tipo retorico, all'interno di un ragionamento giuridico complesso. Sono i casi in cui la vulnerabilità, anche declinandosi in congiunzione con il principio della dignità umana³³, ha suggerito strategie di attuazione di diritti fondamentali³⁴ o ha veicolato, in altri giudicati, l'estensione di obblighi inerenti la sfera economico-sociale. Rilevante è particolarmente la considerazione dei casi in cui è dato cogliere un significato specifico della vulnerabilità soggettiva, che si emancipa da aspetti culturalistici, in ragione di una diversa costruzione del suo significato e in collegamento con una concezione dell'identità non legata alla mera dimensione dell'appartenenza.

³² A. Grear, *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, spec. pp. 132-133.

³³ A. R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland (OR.), 2004.

³⁴ Riferendosi alla vulnerabilità come argomento per “giustificare la creazione di nuovi diritti o l'estensione di altri già esistenti”: Ch. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in “European Journal of International Law”, 4/2008, pp. 655-724, spec. p. 721 ss.

È questo senz'altro il caso di *Siliadin c. Francia*, in cui la Corte, attraverso l'argomento della vulnerabilità, sviluppa un'interpretazione delle norme della Convenzione in materia di riduzione in schiavitù, sottraendosi a una declinazione fortemente identitaria della vulnerabilità soggettiva che in altri casi era stata (e sarebbe stata) prevalente.

Intervenendo sul caso della giovane Siwa Akofa Silidin, condotta in Francia, all'inizio del 1994, da una cittadina francese, che la aveva obbligata a prestazioni di lavoro domestico per sé e per altri, a titolo gratuito e privandola del proprio passaporto, la Corte era chiamata a una valutazione complessa, alla luce dell'art. 4 della Convenzione EDU (in materia di schiavitù e lavoro forzato), e in ordine all'adeguatezza della norma penale prevista dall'allora vigente art. 225 (parr. 13 e 14) del *Code penal* francese³⁵.

Nel quadro della citata norma convenzionale, la Corte ha la necessità di definire la fattispecie, indicando, anche sulla base di suoi precedenti orientamenti³⁶, elementi utili a distinguere tra le diverse ipotesi previste dalla disposizione. Rispetto alla schiavitù (costruita in pronuncia come una forma di *oggettivazione*, idonea a ridurre la persona a *res*, consentendo l'esercizio nei suoi confronti di una pretesa analoga a quella di un proprietario), il giudizio della Corte si orienta a indicare nell'ipotesi del divieto di servitù la più corretta qualificazione del fatto proposto al suo esame. Di questa valutazione, costituiva il perno l'assenza di un libero consenso alle prestazioni, non remunerate e in condizioni di una pressione psicologica esercitata ai danni di un soggetto la cui vulnerabilità – in ragione della condizione di minore età e dello *status* di migrante – era stata acuita dalla sottrazione del passaporto. Nel difetto di sanzione penale di cui all'art. 225 (parr. 13 e 14), e nell'incertezza in-

³⁵ *Siliadin c. Francia*, (73316/01), 26 luglio 2005.

³⁶ La Corte rinvia, per i principi in materia di violenza domestica a *Opuz c. Turchia*, (33401/02), 9 giugno 2009.

interpretativa della giurisprudenza statuale francese, la decisione di condanna della Corte contro la Francia, per non aver adempiuto agli obblighi di cui all’art. 4 della Convenzione, conduce alla modifica del dettato dell’art. 225, di cui è specificato il precetto penale. Una decisione importante, sebbene schiacciata sulla risposta sanzionatoria, sulla cui specificazione la Corte radica la valutazione dell’adempimento dello Stato francese, in un’interpretazione in chiave special-preventiva della condotta che lascia dubbi in ordine al fatto che essa esaurisca *in toto* la *ratio* dell’art. 4, la quale avrebbe potuto anche (o forse, *piuttosto*) definirsi sul piano della predisposizione di misure di intervento di matrice non penale.

Sebbene nella sintetica panoramica appena proposta, può dirsi che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo non vi sia una concezione della vulnerabilità soggettiva univoca, mostrandosi quest’ultima sempre *in funzione* dei diversi paradigmi identitari assunti in premessa al ragionamento proposto.

Se, sotto l’egida di un paradigma identitario di gruppo, la sensibilità alla discriminazione nasce dalla dimensione di un’appartenenza a una categoria identitaria e per questo vulnerabile, diverso è il caso in cui la vulnerabilità sia intesa come categoria umana, espressione di una condizione universale alla quale è affidata una definizione specifica dell’identità.

4. Una nuova universalità? Vulnerabilità e condizione umana

In uno scenario di frammentazione, in cui *la pluralità delle identità* prevale su una concezione unitaria e universale *dell’identità*, una parte del discorso filosofico ha mostrato di poter ricondurre a un nucleo che potrebbe dirsi classico il concetto della *vulnerabilità*, declinandola come condizione che riguarda l’esistenza materiale di ciascun essere umano. Si tratta di un tema che interpreta una tendenza a definire, attraverso la vulnerabilità, un nuovo

approccio all'identità soggettiva, argomento su cui studiose come Judith Butler³⁷ e Martha Fineman³⁸ si concentrano con attenzione, sebbene con accenti distinti.

Dal punto di vista teorico, l'ambizione di queste tesi sta nel volersi costituire in antagonismo rispetto ai due principali modelli in cui la concezione dell'identità si è lasciata articolare nella sua storia moderna: la sua connessione con la *natura*, con la pretesa universalità del soggetto giuridico-politico della modernità e, di contro, la sua riduzione ad *accezione deterministica*, radicata in una dimensione asfittica dell'appartenenza, di cui le identità si prestano ad essere le categorie statiche, come nel caso del "sesso/genere" o della controversa categoria della "cultura"³⁹.

Nella cornice degli accenti critici mossi all'uno e all'altro dei modelli dell'identità umana, la vulnerabilità è chiamata così a esprimere una funzione specifica, che ambisce a pensare ancora l'identità a muovere da una comune condizione umana, sottraendola al contempo da una sola pretesa neutralità.

Condizione ontologica (come per Butler) o *strumento di comprensione o di rinvenimento della disegualianza* (come in Fineman), la vulnerabilità interpreta l'aspirazione a cogliere filosoficamente ciò che di universale si lasci riconoscere (o sia rivelato) dal carattere plurale che le identità umane assumono nell'intersezione delle categorie dell'appartenenza, in considerazione del prodursi concreto delle disegualianze, e nella dinamica di avanzamento delle pretese di riconoscimento. Sarebbe in altri termini possibile teorizzare, a muovere dalla vulnerabilità, una categoria che, proprio perché immediatamente idonea a rinviare a quanto di materia-

³⁷ J. Butler, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto collettivo* (2004), trad. it a cura di O. Guaraldo, Meltemi, Roma, 2004.

³⁸ M. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in "Emory Law Journal", 2/2010, pp. 251-275.

³⁹ J. Butler, *La disfatta del genere* (2004), Meltemi, Roma, 2006; Ead., *Vite precarie*, cit.

le vi è nell’esistenza umana, sia in grado di superare le rappresentazioni astratte e neutrali della modernità giuridica e politica, senza però rinunciare ad avvalersi di un quadro concettuale di sintesi.

Piuttosto che attributo di gruppi o di categorie predefinite, nella vulnerabilità si riconoscerebbe, così per Fineman, una condizione condivisa, restituita da pratiche istituzionali e pubbliche – una *shared vulnerability* –, mai esclusivamente soggettiva, ma qualificabile a muovere dalla dimensione istituzionale coinvolta nei meccanismi di esclusione⁴⁰. La sua funzione sarebbe, per questo, analoga a quella di un dispositivo euristico – “heuristic device” –, che consente di indagare “le assunzioni profonde e nascoste che riguardano i pregiudizi interni alle pratiche giuridico-istituzionali”⁴¹, ai quali tutti gli esseri umani sono potenzialmente esposti.

Sebbene una tale concezione della vulnerabilità si mostri pervasa, ancora, da una male interpretata concezione del principio giuridico dell’uguaglianza (perché ancora sconta una certa familiarità con la tendenza a considerare l’uguaglianza come una categoria che omologa e annichilisce la differenza)⁴², è sicuramente interessante come, attraverso la vulnerabilità, si intenda affermare la sfida di un’identità che non è data di per sé, ma si costruisce nelle *forme della sua soggettivazione*, cogliendo così un aspetto “universale, permanente e inerente alla condizione umana”⁴³.

In questo specifico discorso, la vulnerabilità sembra assumere un significato vicino a quello che già ha aveva avuto in passato, quando, annoverata tra le *ovvie verità* o *truismi* da Hart, essa rinviava a un *contenuto minimo del diritto* senza il quale “gli uomini,

⁴⁰ M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, cit.

⁴¹ M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, cit., p. 26, nt. 53.

⁴² L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.

⁴³ M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject*, cit., p. 1.

così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma⁴⁴.

5. Cosa significa essere vulnerabili?

Diversamente dalla riflessione filosofica alla quale si è appena fatto cenno, che della vulnerabilità accentua il carattere di condizione materiale che fa universale l'esistenza umana, prevale, nel linguaggio giuridico, una concezione che insiste sulle soggettività vulnerabili. Sovente, come si è analizzato in precedenza, quest'ultima si ritrova in connessione con significati prevalentemente identitari, come condizione idonea a denotare talune posizioni giuridiche di individualità o gruppi.

Accanto alle posizioni filosofiche che costruiscono la vulnerabilità come categoria dell'umano, piuttosto che come mero attributo specificamente soggettivo, si fanno spazio approcci di analogo segno critico rispetto a questi temi, anche nel campo più specifico della teoria del diritto⁴⁵. Essi vanno dagli sforzi sistematici della dottrina, impegnata a concettualizzare la vulnerabilità come categoria⁴⁶, ai contributi che si confrontano con la definizione giuri-

⁴⁴ H. Hart, *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore* (1961), trad. it. a cura di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, p. 225 ss.

⁴⁵ Su questo punto, proprio nella prospettiva della teoria del diritto, trova spazio una considerazione della vulnerabilità come categoria giuridica non eminentemente soggettiva. Essa, in altri termini, consentirebbe di valorizzare caratteri propri del diritto, come esperienza che si vivifica nell'apertura all'alterità e, per altro verso, prodotto dell'opera di stabilizzazione progressiva affidata alla comunità degli interpreti. Su questi aspetti, si cfr., rispettivamente i contributi di Angelo Abignente (*Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale*) e di Fabio Ciarraelli (*Vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*), entrambi in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 171-185.

⁴⁶ M. A. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, cit.; S.

dica del soggetto *vulnerabile* e con talune delle sue principali criticità⁴⁷.

Anche in questa cornice, oggetto di analisi è il punto cruciale della condizione alla quale è subordinato il riconoscimento dei criteri di *vulnerabilità soggettiva* e, specificamente, l’insoddisfazione nei riguardi di una qualificazione che si riferisce a classi o categorie di soggetti titolari, non in quanto *persona*, ma in quanto appartenenti a talune categorie (il genere, l’etnia, l’orientamento sessuale), di una strutturale esposizione ad esser discriminati o a subire pratiche che si sostanzino in una disparità di trattamento.

Richiamando alcuni argomenti sviluppati in precedenza, una tale concezione strettamente identitaria della vulnerabilità assume in premessa una prospettiva normativa quanto meno contestabile, anche solo se si consideri come la costruzione di tali qualificazioni cristallizzi la personalità umana nell’appartenenza a categorie statiche, con il risultato di costruire classi soggettive assunte vulnerabili *per definitionem*. Una tale qualificazione finisce per il fissare normativamente l’esistenza dei soggetti che tipizza, il che è naturalmente tipico delle qualificazioni. Accanto a ciò, però, occorre considerare, su di un piano evidentemente valutativo, che il soggetto vulnerabile, poiché strutturalmente portatore di una condizione permanente, come se si trattasse di un dato ontologico è toccato, in fin dei conti, da un’etichetta non priva, potenzialmente, di un valore discriminatorio (sotto il profilo sociale), e non estranea alle logiche di un’ideologia giuridica paternalistica e securitaria (che si evidenziano sotto il versante della risposta preventiva o sanzionatoria).

Piuttosto che *verità ovvia*, su cui si fonda il minimo contenuto

Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in “Politica del diritto”, 3/2016, pp. 475-508.

⁴⁷ S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in “Rivista AIC”, 2/2017, pp. 1-61.

dei più tipici precetti del diritto, la vulnerabilità umana apparterebbe, in altri termini, solo a queste classi di soggettività (il minore, il migrante, la donna vittima di violenza) definendo *chi è vulnerabile* e *chi non lo è*.

Le soggettività vulnerabili però non esistono di per sé. Esse sono sempre la formalizzazione delle disuguaglianze definite dai rapporti di potere e dalle asimmetrie che si danno in una data società sul piano storico ed è per questo che vi è un rischio in questa qualificazione: esso riguarda la possibilità di concedere spazio a una forma di definizione identitaria stigmatizzante, che chiude taluni gruppi in un destino deterministico, in ragione di caratteristiche date per definite, come se si trattasse di classi di soggettività 'sotto tutela'. Anche in considerazione di questi aspetti, non stupisce come il tema delle soggettività vulnerabili sia un argomento su cui è tornata a rinnovarsi una parte della teoria critica nei riguardi delle accezioni *essenzialistiche* dell'identità.

È probabile che, concepito nei termini che appena si sono rappresentati, il discorso giuridico sulla vulnerabilità potrebbe apparire come una strategia retorica che non afferma nulla di nuovo, trovandosi a ribadire, anzi, qualcosa di ovvio. A ripetersi, con altri termini e altre definizioni, sarebbe il segno di una dinamica del tutto connaturata al diritto e alle sue pratiche, che cioè esprime, sebbene con la forza evocativa di cui è portatrice la parola "vulnerabilità", forme di istituzionalizzazione storica del riconoscimento o misconoscimento di situazioni soggettive.

Ma proprio alla luce di questa considerazione, il discorso sulla vulnerabilità come condizione umana guadagna senso, rafforzandosi sui limiti (e sui rischi stigmatizzanti) in cui, per contro, la qualificazione tipizzante delle identità vulnerabili incorre. Tanto alla luce dell'indagine diacronica, quanto in virtù di un'osservazione comparata e sincronica degli ordinamenti, il concetto della vulnerabilità si mostra così come un tratto permanente agli sviluppi dell'esperienza giuridica, restituendola come pratica capace di *correggere* le disuguaglian-

ze, ma anche di *costruirle*, sul piano della dinamica storica e degli equilibri tra le forze che si danno in una data società⁴⁸.

⁴⁸ Su ciò, particolarmente: F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels*, in “International Journal of Feminist Approaches to Bioethics”, 1/2009, pp. 121-139.

III.

RADICI FILOSOFICHE DELLA VULNERABILITÀ

FABIO CIARAMELLI

*La hybris come tirannia della legge.
Considerazioni su Edipo e Antigone*

“La *hybris* [Raffaele Cantarella traduce: La dismisura] genera il tiranno” è il verso 873 della tragedia sofoclea nota in italiano col titolo *Edipo re* (in lingua originale *Oidipoustyrannos*)¹. Questo verso stabilisce un nesso stringente fra le nozioni di *hybris* e di tirannia, la cui comprensione rimanda necessariamente a quell’esperienza storico-politica, al tempo stesso unica e fondatrice (almeno per noi occidentali), che fu la *polis* democratica *par excellence*, cioè Atene. Si dà il caso che quest’ultima sia stata contemporaneamente il contesto di quell’esperienza letteraria (poetica, per la precisione) e civile, altrettanto unica e fondatrice, che fu la tragedia classica, per la precisione ateniese e non genericamente greca. Precisazione importante, su cui non si stancava di tornare nei suoi seminari Cornelius Castoriadis², come non manca di ricordare Jacques Taminiaux³. Benché non si tratti d’una precisazione erudita, può essere utile rifarsi alle parole d’una grande ellenista, Jacqueline de Romilly, secondo la quale “la tragedia nasce e muore col grande momento della democrazia ateniese: l’una e l’altra coincidono”⁴.

¹ Cfr. Sofocle, *Edipo Re, Edipo a Colono, Antigone*, trad. it. R. Cantarella, con testo greco a fronte, Mondadori Oscar Classici, Milano, 2016.

² Cfr. C. Castoriadis, *Ce qui fait la Grèce*, Séminaires 1982-83, Seuil, Paris, 2004 (précédé de “Castoriadis et la Grèce ancienne” de Pierre Vidal-Naquet) *passim*.

³ Cfr. J. Taminiaux, *Maillons herméneutiques. Etudes de poétique, de phénoménologie et de politique*, PUF, Paris, 2009, p. 15.

⁴ J. de Romilly, *Pourquoi la Grèce?*, Editions de Fallois, Paris, 1992, p. 185

Ecco il punto: non c'è in Grecia tragedia senza democrazia. Osservazione fondamentale che dobbiamo lasciare sullo sfondo per comprendere il nesso concettuale tra *hybris* e tirannia da cui, citando il verso di Sofocle, siamo partiti.

Tuttavia, prima di approfondirne le implicazioni, occorre soffermarsi brevemente sull'angolo visuale dal quale emerge lo stretto legame tra *hybris* e tirannia nell'*Edipo Re*, l'opera di Sofocle che già Aristotele considerava il suo capolavoro e al tempo stesso la realizzazione più perfetta della tragedia, in quanto quest'ultima tratta dell'inopinata caduta nella sventura d'un individuo sino ad allora felice, tanto che la sua esperienza diventa esemplare, poiché quel che succede a lui potrebbe succedere a ciascuno di noi⁵. In questo, sostiene ancora Aristotele, la vicenda di Edipo, in quanto oggetto di poesia (tragica) e non di storia, è emblematica poiché non si tratta in essa del resoconto d'un fatto compiuto⁶; il suo te-

(che prendo da J.Taminiaux, *Les fondements anthropologiques de l'institution athénienne de la démocratie*, in Id., *Chroniques d'anthropologie politique. Poïèsis et praxis des Anciens aux Modernes*, Hermann, Paris, 2014, p. 20). Il testo della de Romilly così prosegue: "Nel nucleo originario del teatro tragico, si ritrova l'ispirazione che animava le istituzioni primarie della democrazia. Le tragedie, ad Atene, erano oggetto di una manifestazione collettiva, organizzata dallo Stato, e alla quale assisteva tutto il popolo. Atene creò molto presto un'indennità per compensare le perdite di guadagno dei cittadini poveri, venuti ad assistere alle rappresentazioni tragiche" (*Pourquoi la Grèce?*, cit., pp. 185-186). Si sofferma sul medesimo aspetto R. Cantarella nella sua Introduzione a *Tragici greci*, I Meridiani, Mondadori, Milano, 1977, pp. XXI-XLIX, in particolare pp. XXV-XXVI. Per un primo approfondimento delle implicazioni filosofiche del nesso fra tragedia e democrazia cfr. C. Castoriadis, "La polis greca e la creazione della democrazia", in Id., *L'enigma del soggetto. Il sociale e le istituzioni*, a cura di F. Ciarrelli, Dedalo, Bari, 1998, pp. 181-224 e J.Taminiaux, *Poïèsis et praxis dans les lectures platoniciennes et aristotéliciennes de la tragédie*, in Id., *Le théâtre des philosophes*, Millon, Grenoble, 1995, pp. 7-68).

⁵ Cfr. Aristotele, *Poetica*, 1452a 24, 33; 1453b 7; 1454b 8; 1455a 19; 1460a 30,

⁶ Cfr. *ivi*, 1451 a 36-b8.

ma, insomma, non è l'accaduto, l'essere così e non altrimenti del fatto storico, ma "le cose quali potrebbero accadere", "le cose possibili", cioè il poter-essere-altrimenti che caratterizza l'agire umano e che, esattamente in ragione della sua contingenza, costituisce la premessa del *nomos*. Ciò significa – e ci avviciniamo a quel che più direttamente ci interessa – che, attraverso il *nomos*, l'agire umano va disciplinato nella sua concretezza di volta in volta diversa, la quale però, proprio per questo, lo rende refrattario alla deduzione logica dalla a partire promulgazione di norme generali e astratte. In questo caso, dunque, nella struttura stessa dell'agire umano, di cui la poesia tragica è imitazione (*mimesis* è il termine che non si stanca di ripetere Aristotele nella *Poetica*), si lascia scorgere l'irriducibilità del *chaos* all'ordine, che viceversa la subordinazione filosofica della *doxa* all'*episteme* – e le applicazioni politiche di tale subordinazione – da Platone a Hegel, Marx e Heidegger hanno avuto la ricorrente tendenza a disconoscere e a soffocare, con esiti teoricamente illusori e politicamente disastrosi.

Perciò, precisa Aristotele nell'ultimo passo citato, la creazione poetica è più filosofica della narrazione storica, in quanto quest'ultima dice solo il particolare (il già accaduto), mentre la poesia dice soprattutto l'universale; sennonché quest'ultimo non va inteso in senso teoretico-speculativo, cioè non va inteso in termini di necessità ontologica, ma in senso eminentemente prasseologico: va inteso cioè esclusivamente in riferimento all'universale contingenza dell'agire umano, alla sua insuperabile inconsistenza ontologica, cioè all'impossibilità di vedervi la realizzazione necessaria di una qualche essenziale determinazione a priori. L'agire non è deducibile da una regolarità preliminare, ma è attraversato dall'esigenza di autoregolarsi. La poesia tragica nasce dal fatto che spesso l'agire non soddisfa questa esigenza e perciò essa si differenzia dalla narrazione storica perché, si limita a riferire i dettagli del caso particolare ma ha per oggetto ciò che, per così dire, 'sporge' da esso: ciò che sempre di nuovo e sempre diversamente potrebbe ac-

cadere, vale a dire la contingenza imprevedibile caratterizzante l'agire umano, il poter-essere-altrimenti che sempre l'attraversa in quanto tale. Emerge da qui l'esigenza etica costitutiva dell'agire, cioè l'esigenza di autoregolarsi: ed è proprio il fallimento di questa esigenza che la tragedia imita.

Nonostante questa sua esemplarità, che risale ad Aristotele, l'*Edipo Re* ha soppiantato solo nel Novecento la popolarità dell'*Antigone*, l'altra grande tragedia sofoclea, andata in scena una ventina d'anni prima (intorno al 440 a.C.), benché, come si sa, la vicenda mitologica in essa narrata sia posteriore a quella dell'*Edipo Re*. Ebbene, fino all'inizio del '900, cioè fino alla "rivalutazione" freudiana dell'*Edipo Re*, è l'*Antigone* che si trova al centro delle riletture e delle riscritture antiche e moderne della tragedia attica, come ha diffusamente mostrato George Steiner nel suo grande libro sulle Antigoni. Quando, nel corso del Novecento, in conseguenza dell'interpretazione di Freud, "l'interesse critico e interpretativo si sposta sull'*Edipo Re*"⁷, tanto che in qualche modo "Edipo prende il posto di *Antigone*"⁸, questa sostituzione, tuttavia, non ha conseguenze di rilievo nel campo della filosofia giuridica e politica. L'*Edipo Re*, visto come un'opera basata sul conflitto tra opinione e verità, cioè sull'opposizione tra essere e apparire e quindi tra sapere e ignoranza, verità e falsità, consapevolezza e incoscienza, viene letto quasi esclusivamente⁹ come un'opera che stimola la riflessione teoretica o tutt'al più psicologica, e di conseguenza ne vengono lasciate in ombra le sue ricadute sul piano della filosofia pratica, cioè in reazione alla ricerca di giustizia¹⁰. Di recente, Cacciari e Irti,

⁷ G. Steiner, *Le Antigoni*, trad. it. N. Marini, Garzanti, Milano, 2003, pp. 16-17.

⁸ Ivi, p. 29.

⁹ Vi sono ovviamente eccezioni, come documenta con precisione l'importantissimo contributo di G. Brindisi, *Edipo re una lettura giuridica e politica*, *Annali 2011-2012*, tomo II, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, pp. 403-456.

¹⁰ Esemplare in questo senso è la grande lettura dell'*Edipo Re* come tragedia

hanno ripubblicato nella loro nuova collana giuridica un importante testo di Werner Jaeger sulle origini della filosofia del diritto nel pensiero greco¹¹. Il grande studioso tedesco esordisce proprio dal paradosso che nel mondo greco l'assenza di giuristi e d'una scienza giuridica – cioè, per dirla con la lettura più radicale di Aldo Schiavone, l'assenza della 'cosa' che fonda l'assenza d'una parola greca che funga da equivalente di ciò che i romani chiamarono *ius*¹² – non impedisce la nascita della filosofia del diritto, cioè dell'interrogazione critica su ciò che è giusto. In tutto ciò, Jaeger attribuisce un ruolo decisivo alla filosofia e anche alla letteratura, senza però soffermarsi su nessuna singola opera¹³.

Paradossalmente, dunque, nel corso del Novecento, nonostante la rivalutazione freudiana dell'*Edipo Re*, tra i cultori di filosofia pratica quest'opera è stata sicuramente meno frequentata dell'*Antigone*. Ne risulta che una ricerca esplicita sulle ricadute dell'*Edipo Re* in termini di filosofia pratica, rivolta cioè a sottolinearne esplicitamente i risvolti politici e giuridici, è abbastanza difficile da reperire. Fanno eccezione tante pagine di Michel Foucault, che tra i fi-

dell'apparenza da parte di Karl Reinhardt, *Sofocle* (1933), a cura di L. Novaro, il melangolo, Genova, 1989 (pp. 111 ss.) alla quale, forse proprio per questo, si rifa M. Heidegger nel suo corso del 1935 (pubblicato però per la prima volta solo dopo la guerra): cfr. M. Heidegger, *Introduzione alla metafisica* (1953), trad. it. G. Masi, Mursia, Milano, 1986, pp. 117 ss.

¹¹ W. Jaeger, *Elogio del diritto*, in M. Cacciari - N. Irti, *Elogio del diritto*, La Nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 9-63.

¹² A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2017 (seconda edizione), *passim*.

¹³ Il saggio di Jaeger, apparso per la prima volta nel 1947, esordisce con queste parole: "Dedichiamo questo saggio ai Greci quali filosofi del diritto" e poco dopo continua: "I Greci hanno intensamente speculato sulla natura del diritto e della giustizia, assai prima che avessero creato una filosofia del diritto nel significato nostro del termine. Troviamo molte affermazioni su questo soggetto nei poeti e filosofi greci, e praticamente in ogni ramo della letteratura", W. Jaeger, *Elogio del diritto*, cit., pp. 11-12.

losofi contemporanei è uno dei più attenti a indagare i dispositivi di normalizzazione che precedono il costituirsi delle procedure legali; il suo lungo e articolato confronto con l'*Edipo Re* tende ad articolare la domanda sul sapere e sulla verità all'interrogazione sul fare e sulla giustizia¹⁴.

Va infine segnalato, in ambito italiano, il recente contributo di Marta Cartabia, docente di diritto costituzionale e presidente emerito della Corte Costituzionale, autrice con Luciano Violante (già professore di diritto penale, magistrato e parlamentare, oltre che ex presidente della Camera dei deputati), di un agile volumetto, intitolato *Giustizia e mito* (sottotitolo: *Con Edipo, Antigone e Creonte*)¹⁵. All'inizio del suo intervento, Marta Cartabia scrive: "L'*Antigone* di Sofocle è un testo familiare ai giuristi: il tema che si pone al centro della tragedia è quello del conflitto tra le legge positiva vigente e i comandi derivanti da leggi non scritte, siano esse morali, naturali o religiose [...] *Edipo Re* è meno frequentato dai giuristi. L'immaginario collettivo è dominato dall'interpretazione psicoanalitica che della tragedia di Sofocle è offerta anzitutto da Freud, fonte di numerosi dibattiti e contrastanti teorie intorno al 'complesso di Edipo'. Gli spunti giuridici, pur imponenti, hanno ricevuto minor eco"¹⁶.

Torniamo per un istante al titolo del libro di Marta Cartabia e Luciano Violante: *Giustizia e mito*. Il mito è l'orizzonte o la pre-

¹⁴ Sulla lettura dell'opera di Sofocle da parte di Foucault, la messa a punto più completa e profonda è quella di G. Brindisi, *L'Edipe roi entre gouvernement, juridiction et véridiction*, in *La pensée politique de Foucault*, a cura di O. Irrera e S. Vaccaro, Kimé, Paris, 2017, pp. 115-133.

¹⁵ Il Mulino, Bologna 2018 (cfr. M. Cartabia, *Edipo Re*, ivi, pp. 29-83, L. Violante, *Antigone*, pp. 83-124; l'Introduzione su *Edipo, Antigone, Creonte: il governo è la giustizia*, pp. 7-28, è co-firmata dai due autori, che nelle conclusioni del volume, *A due voci*, pp. 125-166, dialogano rispondendo alle domande di Diana Aprea e Alessandro Baro).

¹⁶ M. Cartabia, *Edipo Re*, cit., pp. 29-30.

messa del *logos* (cioè del discorso, del dibattito e proprio per questo, ma solo per questo, della ragione di cui si occupa la filosofia). E il mito, in questo caso il mito greco, affonda le sue radici nel *chaos* originario, inteso come fondo oscuro e abissale dal quale emerge l'esigenza di ordine e di giustizia: un principio e un'esigenza che sono al tempo stesso la base della filosofia e della democrazia, cioè della forma di vita propria della *polis* ateniese nel quinto secolo avanti Cristo. Ed è questo il terreno di coltura della tragedia. Si sbaglierebbe però a intendere il rapporto tra chaos e ordine come una transizione che si lasci alle spalle la contingenza, l'indeterminatezza, l'abisso mitologico del *chaos*, destinato a essere superato e prosciugato dalla regolarità dell'ordine, dalla generalità e astrattezza delle sue leggi, dal trionfo della razionalità. Se le cose stessero così, non vi sarebbe poesia tragica. Quest'ultima imita l'azione umana che è il luogo della collisione, dell'opposizione e della coesistenza conflittuale di *chaos* e ordine. Il poter-essere-altrimenti dell'agire tiene unite l'irriducibilità della contingenza e l'esigenza d'un ordine che emerge dall'agire senza però potersi dedurre da una preesistente necessità ontologica. L'unica forma dell'ordine proprio dell'agire umano – proprio cioè d'un poter-essere sprovvisto d'un preliminare fondamento universale e necessario – è l'autolimitazione, cioè la *phronesis*, virtù dianoetica che i Latini tradussero con *prudentia*¹⁷.

La debolezza ontologica della *phronesis* – cioè la totale mancanza di garanzie oggettive che la caratterizza – è attestata dalla *hybris*: quest'ultima infatti è proprio l'opposto della *phronesis*, la sua assenza, il fallimento dell'autolimitazione dell'agire. La *hybris*, cioè l'eccesso o la dismisura, che conduce alla rovina l'eroe tragico è l'attestazione del *chaos* che sempre accompagna l'agire umano: lo scacco di quest'ultimo, il suo errore (*hamartia*) consiste nel fallire nell'autocontrollo.

¹⁷ Cfr. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, Paris, 1963.

Nel caso di Edipo, la *hybris* conduce alla tirannia. Il protagonista della tragedia è *tyrannos* esattamente perché *hybristes*. In che consiste allora il nesso concettuale che unisce *hybris* e tirannia, attestato dal verso da cui siamo partiti? Commentandolo, Marta Cartabia, scrive: “L’assetto istituzionale che traspare in filigrana è quello di una concentrazione di tutti i poteri in capo a una sola persona”¹⁸. Edipo è legislatore, inquisitore, giudice e lo svolgimento della tragedia condurrà a scoprire in lui anche il colpevole. Un’analoga sovrapposizione di ruoli è alla base del ruolo di Creonte nell’*Antigone*: anche lì il sovrano è colui emana l’editto, e poi indaga, giudica e condanna; ed è sempre lui che finisce delegittimato dagli eventi. Nel linguaggio dei moderni, diremmo che non c’è divisione dei poteri. Con riferimento alla differenza tra mondo greco e mondo latino, diremmo che laddove vige l’impero del *nomos*, s’avverte magari l’esigenza ma manca l’esperienza di ciò che i Romani chiamarono *ius*¹⁹.

Finora abbiamo parlato più volte di *hybris* e abbiamo visto che Cantarella traduce felicemente questo termine con *dismisura*. Dobbiamo ora approfondirne il significato e la centralità, indispensabile per comprendere il conflitto messo in scena dalla tragedia. Questa parola-chiave – che può tradursi con termini quali *soverchieria*, *temerità*, *superbia*, *tracotanza* o *protervia* – allude all’eccesso o alla *dismisura* dell’azione umana, quindi all’arrogante disconoscimento dei suoi limiti, i quali ultimi, tuttavia, non risultano preventivamente fissati e stabiliti una volta per tutte²⁰. Il punto decisivo è dunque il seguente: le azioni umane non possono non avere un limite, ma quest’ultimo non è ontologicamente definito. Se

¹⁸ *Giustizia e mito*, cit., p. 41.

¹⁹ Qualche suggestione in questo senso si può cogliere nelle conclusioni cui giunge Laurent de Sutter, nel suo *Après la loi*, PUF, Paris, 2018, pp. 229-230.

²⁰ Mi sia concesso rinviare a F. Ciaramelli, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 40 ss.

così fosse, le azioni non appartenerebbero alla sfera del possibile, di ciò che può anche essere diverso da come è, e quindi non sarebbero oggetto della considerazione poetica, che per Aristotele risultava più filosofica della mera narrazione storica. Quest'ultima infatti si attiene alla necessità dei fatti compiuti, la prima ha per oggetto la contingenza del poter-essere-altrimenti proprio dell'agire umano.

Quest'ultimo, come abbiamo già visto, non è deducibile da nessuna regolarità preliminare. Il che non significa che sia illimitato. Al contrario, proprio per la sua finitezza, l'agire umano deve essere limitato, ma non trovando in nessuna realtà esterna la determinazione del limite, è tenuto ad autolimitarsi.

Non esiste un limite oggettivo dell'agire: un limite che, come un'insuperabile linea dell'orizzonte, possa circoscriverne dall'esterno i conflitti e le opposizioni. L'illusione del sapere teoretico-speculativo sta tutta qui, cioè nella pretesa di rivolgersi al limite come ad un a priori teorico da constatare, scoprire, indagare nella sua universalità necessaria e quindi nelle sue costanti condizioni di possibilità. Ma in realtà al limite dell'agire manca la necessità ontologica: gli manca una determinatezza preliminare. Il limite qui si presenta soltanto come un'insopprimibile esigenza da soddisfare, ma non come una realtà oggettiva da riconoscere: sarebbe illusorio considerarlo come un'essenza universale, preliminarmente già data e perciò necessariamente implicata dall'ontologia in quanto intelligenza dell'essere. Si tratta, tuttavia, di un'esigenza imprescindibile che l'agire umano, con le sue elaborazioni concrete, deve di volta in volta soddisfare: esigenza etica d'un limite che può emergere solo dalla prassi, ma che quest'ultima, proprio perché ne è l'unico luogo di produzione, può anche, tragicamente, ignorare e trasgredire.

La tragedia in generale – e in modo particolare quella che racconta le vicissitudini dell'orgoglioso Edipo – ha per tema, appunto, la dismisura, cioè il fallimento dell'auto-limitazione, atteggiamento in cui cade chi non tiene conto della fragilità delle faccende umane, della loro insopprimibile ambiguità, della loro refrattarietà ad essere gestite e

dominate da un'adeguata perizia, da un saper-fare, da quella che i Greci chiamavano *technē* di cui l'Edipo di Sofocle si vanta d'essere in possesso più d'ogni altro. Non a caso Sofocle gli fa confessare che in fondo Creonte lo invidia proprio perché lui, l'attuale sovrano, è in possesso d'una perizia, d'un saper-fare, d'una *technē* insuperabile: quella *technē* che supera ogni *technē* (v. 380), di cui aveva dato prova risolvendo l'enigma della Sfinge. Come osserva Marina Cavalli, questa "orgogliosa affermazione di Edipo proietta ironici riflessi su quanto avverrà in seguito"²¹. Edipo qui si contrappone a Tiresia e si vanta d'aver da solo, unicamente con la sua intelligenza, risolto l'enigma, liberato Tebe, meritato il trono. La perizia (la *technē*) di cui s'inorgoglisce Edipo è quella che gli dà il regno, cioè il potere; essa consiste nella pretesa d'un indiscusso dominio su ciò che Platone chiamava "*ta ton anthropon pragmata*", cioè sulle faccende umane, la cui complessità e la cui persistente ambiguità – la cui appartenenza all'ambito dell'agire, all'irriducibile contingenza della *praxis*, e non soltanto ed esclusivamente al registro della *poiesis*, retta da una necessità dominata dalla teoria – rendono illusoria la pretesa della *technē*, cioè della perizia, dell'abilità, del *knowhow*, della competenza specialistica che con orgoglio e magari arroganza considera le faccende umane come se si trattasse di problemi conoscitivi, di cui chi presume d'avere acquisito un'indiscussa perizia, cioè chi si ritiene in possesso di un adeguato sapere precedentemente appreso, può apportare la soluzione definitiva.

La *hybris* – la dismisura, l'eccesso – consiste esattamente in questa pretesa. La parola di cui l'orgoglioso Edipo si fa vanto è, dunque, la

²¹ Sofocle, *Edipo Re*, *Edipo a Colono*, *Antigone*, trad. it. R. Cantarella, note e commento M. Cavalli, a cura di D. Del Corno, Mondadori, Milano, 1982, p. 73. Ecco i versi di Sofocle, nella traduzione di Cantarella: "O ricchezza e regno e arte che supera ogni arte [*technē technēs*], quale mala sorte voi riservate a una vita felice! Da questo potere, non da me richiesto, che la città pose nelle mie mani, ecco che il fedele Creonte, l'amico da sempre, con occulte insidie brama di sbalzarmi via" (vv. 380 ss.).

techné. Essa designa il saper-fare che domina la *poiesis*, cioè l'abilità dell'esperto, che va distinta dal discernimento o dalla perspicacia prasseologica propria del cittadino. A questa seconda attitudine i Greci davano il nome di *phronesis*, saggezza pratica o prudenza. L'eccesso di fiducia nella propria *techné*, allontanando Edipo dalla *phronesis*, genera la tirannia. Quest'ultima consiste nella pretesa di sottomettere le faccende umane all'esclusivo dominio della generalità ontologica a discapito dell'autolimitazione dell'agire.

C'è dunque un filo che avvince gli eroi sofoclei alla disfatta. Ed è la *hybris*: la *hybris* del potere, di cui sono vittima Edipo e Creonte (quest'ultimo soprattutto nell'*Antigone*). Ma la stessa Antigone è, a sua volta, preda della *hybris*, di quella che Susanetti chiama "*hybris* della pura azione"²², cioè d'una azione che, pur senza farsi potere tirannico a spese altrui, risulta ugualmente incapace di autolimitarsi. Anche nel caso di Antigone, la *hybris* consiste nella pretesa mortifera ad un'applicazione automatica della legge, nella sua necessità generale, alla contingenza dei casi concreti. Ma anche per l'eroina inflessibile l'unico rapporto possibile tra la generalità della legge e le variegate figure dell'esperienza concreta è un rapporto di deduzione logico-ontologica. Ovviamente la legge alla cui implacabile deduzione Antigone si sacrifica non è l'editto di Creonte, ma gli *agrapta nomima* (vv. 450-458), quelle usanze o tradizioni non scritte, immemorabili, la cui legalità generale e astratta e per giunta cara agli dei è vissuta da Antigone come altrettanto implacabile. Dunque, anche nel suo caso si tratta, a costo della sua propria vita, di effettuare una transizione immediata dalla generalità astratta e necessaria della norma alla contingente particolarità della vita.

Si precisa così, sullo sfondo del nesso tra *hybris* e tirannia, enunciato dal verso sofocleo in cui si dice che la *hybris* genera il tiranno, il ruolo della legge nel suo inquietante parallelismo con la necessità universale che l'ontologia attribuisce al *logos*. La dismisu-

²² Cfr. F. Ciarraelli, *Il dilemma di Antigone*, cit., pp. 114 ss.

ra tragica che genera la tirannide è quindi il dominio solitario e implacabile della generalità della legge, l'isolamento di quest'ultima implicante una radicale fuoriuscita dal mondo comune, cioè un abbandono dello spazio relazionale in cui prende corpo l'azione che è sempre inevitabilmente inter-azione e inter-locuzione. In questo senso, l'insegnamento fondamentale della tragedia classica consiste nel mettere in parallelo con la tirannia l'affermazione implacabile della generalità e astrattezza della legge, della sua inflessibilità, della pretesa di ricondurne il rispetto ad un'automatica applicazione deduttiva.

Marta Cartabia ricorda le parole che nell'*Antigone* Emone rivolge a suo padre Creonte: "Non chiuderti nella convinzione non condivisa, che sia giusto soltanto quello che dici tu e nient'altro...". La *hybris* tragica è qui la pretesa tirannica della legge, impersonata da Creonte, consistente nel *monos phronein* (v. 707): nel voler essere saggio da solo, isolandosi dal mondo comune e perciò perdendo ogni imparzialità. Infatti quest'ultima è impossibile se ci si chiude alla relazione.

Concluderò questo breve ragionamento con la citazione d'un illuminante passo di Hannah Arendt: "Nessuno, da solo e senza compagni, può comprendere adeguatamente e nella sua piena realtà tutto ciò che è obiettivo, in quanto gli si mostra e gli si rivela sempre in un'unica prospettiva"... Se invece si "vuole vedere ed esperire il mondo così come esso è 'realmente', occorre comprenderlo così come esso di fatto è: come qualcosa di comune a molti, che sta fra di loro, che li separa e unisce, che si mostra ad ognuno in modo diverso"²³.

²³ H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, a cura di U. Ludz, trad. it. M. Bistolfi, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, p. 40.

PIERO MARINO

Fragilità dell'agire normativo

Nell'ultimo decennio la nozione di vulnerabilità è stata affrontata da molteplici e differenti prospettive e ha assunto sempre maggiore rilevanza non solo nell'ambito del dibattito giuridico-filosofico, ma anche nel campo degli studi di economia e teoria politica¹; ne è prova concreta l'impatto sulla produzione normativa delle istituzioni europee ed internazionali².

Per certi aspetti, questo successo può essere attribuito alle trasformazioni delle istituzioni del mondo contemporaneo, sempre meno inclini ad esprimere modelli rigidi e sistematici ma, al contrario, predisposte all'apertura verso i processi di ramificazione, differenziazione e frammentazione della società³. In questo conte-

¹ Cfr. B. Pastore, *Introduzione*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 7-11. Per una ricognizione della diffusione della nozione di vulnerabilità, cfr. K. Brown, K. Ecclestone - N. Emmel, *The Many Faces of Vulnerability*, in "Social Policy & Society", 3/2017, pp. 497-510 e O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

² Cfr. Y. Al Tamini, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by European Court of Human Right*, M. A. Thesis, Vrije Universiteit Amsterdam 2015; E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 13-34, in particolare pp. 19-30; M. G. Bernardini, *Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: il 'vulnerable groups approach in pratica*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 77-93; R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 35-55, in particolare pp. 39-52; M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e nell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 161-170.

³ Cfr. A. Abignente, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concet-*

sto, l'introduzione operativa della nozione di vulnerabilità svolge il difficile compito di realizzare una sorta di rete protettiva atta ad adattare ed orientare la legislazione alla tutela dei diritti fondamentali⁴. Non si tratta semplicemente di individuare e tutelare quelle persone o quei gruppi di soggetti particolarmente esposti – per motivi di carattere fisico, psichico, economico o sociale – a vulnerazione: si tratta piuttosto di un utilizzo interpretativo della categoria in grado di incarnare l'importante e particolare funzione di mediazione 'assiologico-valutativa' tra il piano del fatto e quello della norma nell'ambito dell'azione giuridica⁵. Che la nozione di vulnerabilità assuma un valore sostanzialmente ermeneutico-interpretativo non deve destare stupore: la diffusione e l'utilizzo del termine in ambito teorico-filosofico è infatti precedente alla sua applicazione giuridico-normativa e rimanda ad una riflessione più generale sulla 'fragilità' dell'essere umano. Quest'ultima è riconducibile alla crisi concettuale delle grandi costruzioni metafisiche e

tuale, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 183-185.

⁴ Cfr. B. Tuner, *Vulnerability and Human Rights*, Penn University Press, Philadelphia, 2006; T. Casadei, *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012; S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in L. Burgorgue-Larsen (ed.), *La vulnérabilité par les juges en Europe*, Bryulant, Bruxelles, 2014, pp. 59-85; R. Adorno, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?*, in A. Masferrer, E. García Sanchez (ed.), *Human Dignity and the Vulnerable Age of Rights*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 257-272; R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit.; E. Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 147-160.

⁵ Cfr. B. Pastore, *Introduzione*, cit.; E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., in particolare pp. 13-19 e pp. 30-33; R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., in particolare pp. 52-55; L. Corso, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, in "Ars Interpretandi", 2/2018, pp. 57-72.

rappresenta l'altra faccia di quel processo di indebolimento e frammentazione che caratterizza le istituzioni politiche e sociali del mondo contemporaneo⁶.

Proprio nell'ambito degli studi politici è possibile individuare una delle funzioni più interessanti della nozione di vulnerabilità, coniugata in contrapposizione alle costruzioni della modernità più recente, sostanzialmente volte a rappresentare l'azione politica secondo il 'mito' dell'autonomia individuale e pertanto intente a nascondere, misconoscere ed espungere dal discorso la dimensione della fragilità. Il riconoscimento di questa condizione comporta una rivisitazione 'critica' dei compiti del diritto che viene ad intrecciarsi con la prospettiva ermeneutica⁷.

L'incontro del piano giuridico con quello politico, attraverso la prospettiva riflessiva della filosofia, ci restituisce dunque una semantica del termine piuttosto complessa e versatile che si ramifica ulteriormente se prendiamo in considerazione le recenti riflessioni sulla transizione della nozione di vulnerabilità da caratteristica 'soggettiva' a carattere distintivo 'oggettivo' dello stesso diritto⁸. In tali prospettive, che risentono sia delle trasformazioni delle istituzioni negli anni più recenti, sia delle riflessioni sorte nel panorama filosofico contemporaneo⁹, a mostrarsi vulnerabile è proprio l'azio-

⁶ Cfr. F. Ciarrelli, *La vulnerabilità da caratteristica dei soggetti a caratteristica del diritto*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 171-182, in particolare pp. 171-178.

⁷ Cfr. Th. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 73-99; A. Verza, *Il concetto di vulnerabilità e la sua tensione tra colonizzazioni neoliberali e nuovi paradigmi di giustizia*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 229-250; O. Giolo, *La vulnerabilità neoliberale. Agency, vittime e tipi di giustizia*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 253-273.

⁸ Cfr. F. Ciarrelli, *La vulnerabilità da caratteristica dei soggetti a caratteristica del diritto*, cit., in particolare pp. 179-180.

⁹ Cfr. A. Abignente, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale*, cit.

ne giuridica, intenta alla costruzione e formulazione di istituzioni e norme intrinsecamente esposte all'alterazione e alla precarietà. Con questo, la semantica del termine si arricchisce anche di un significato 'metaforico'.

Questa breve ricognizione sulla nozione di vulnerabilità ci offre l'occasione per discutere di un possibile intreccio tra il valore metaforico e quello più strettamente giuridico del termine o, se vogliamo, tra il piano della teoria filosofico-giuridica e la dimensione giuridico operativa, critica ed ermeneutica. Per questo preciso motivo, intendiamo prendere le mosse dalle riflessioni che, nel corso degli anni '80, Jürgen Habermas dedicò al pensiero filosofico della modernità e che, significativamente, hanno rappresentato le basi concettuali della sua successiva speculazione sull'agire normativo: pochi autori hanno infatti saputo coniugare dialogicamente le questioni filosofiche con quelle giuridiche, dotando queste ultime di una solida base teoretica e declinandole attraverso lucide analisi sociali, così come ha fatto il filosofo di Francoforte. Pertanto intendiamo provare come, alla luce di tale dimensione prospettica, risulti possibile far emergere una coniugazione della categoria della vulnerabilità tale da tenere insieme interpretativamente sia le trasformazioni della società e delle istituzioni politiche contemporanee, sia le esigenze critiche ed ermeneutiche di un diritto in grado di operare attivamente 'dentro' ed 'attraverso' queste ultime.

1. *Saperi e mondo della vita*

Nelle pagine conclusive di *Il Discorso filosofico della modernità*, Habermas mette in luce i rapporti tra il mondo quotidiano della vita e le diverse sfere del sapere. Queste ultime, a partire dalla tarda modernità, sono andate differenziandosi al punto da rappresentare ambiti separati, linguaggi diversificati e differenti sfere di vali-

dità¹⁰. Siamo di fronte ad un processo di astrazione e separazione degli ambiti del sapere che porta con sé, quale necessario corollario, un grado di tecnicizzazione delle conoscenze destinato a crescere esponenzialmente. Tale movimento rappresenta tuttavia solo uno degli elementi attraverso cui prende forma la rete dei saperi; l'altro è infatti rappresentato dall'immediata inclusione operativa di questi ultimi nei contesti della vita quotidiana¹¹; inclusione che rischia di assumere le forme di un'intrusione¹². I mondi della vita, infatti, sono spontaneamente orientati all'intesa e 'naturalmente' volti all'espressione di un potenziale comunicativo di tipo etico-morale; l'irruzione dei saperi specializzati, parlanti un linguaggio non immediatamente accessibile alla comunicazione quotidiana, risulta invece parte e prosecuzione di quel processo di razionalizzazione del mondo, determinatosi a partire dalla prima fase della modernità, che ha trovato realizzazione attraverso la normalizzazione, gestione e colonizzazione degli ambiti vitali¹³. L'analisi rappresenta un'interessante riflessione sulle ambiguità della modernità, il cui progetto, sorto all'insegna del principio di autonomia, inciampa sin dal principio su se stesso, dando forma ad indesiderati effetti di controllo e colonizzazione¹⁴.

Alla luce di queste brevi osservazioni, è possibile domandarsi in che senso risulti possibile parlare di vulnerabilità dei potenziali

¹⁰ "Questi sistemi conoscitivi si sono distaccati tanto più ampiamente dalla comunicazione quotidiana, quanto più strettamente e unilateralmente si sono addentrati in una sola funzione linguistica e in un solo aspetto di validità" (J. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità*, trad. it. Emilio ed Elena Agazzi, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 339).

¹¹ Ibid., pp. 339-340.

¹² "La trasposizione immediata di sapere specializzato nelle sfere private e pubbliche della quotidianità può ledere l'integrità dei contesti dei mondi della vita [...] e squilibrare l'infrastruttura comunicativa" (ibid.).

¹³ Ibid., pp. 348-356.

¹⁴ Ibid., pp. 336-383.

comunicativi del mondo della vita e, in secondo luogo, qual è, o quale dovrebbe essere, in tale contesto, il ruolo del diritto.

2. *La funzione normativa del diritto moderno*

Secondo Habermas, attraverso la comunicazione linguistica, trovano realizzazione due differenti aspetti dell'azione: l'agire finalizzato all'intesa e l'agire finalizzato al successo. Se il secondo realizza l'integrazione sociale attraverso la costituzione delle istituzioni politiche, il primo, attraverso il ricorso al discorso e all'argomentazione, mira all'accordo razionale e svolge il compito di liberare i potenziali etico-morali di cui sono carichi gli ambiti dei mondi della vita, rispondendo alla necessità di legittimare le forme istituzionali sorte allo scopo dell'integrazione. L'azione finalizzata al successo si costituisce attraverso il piano linguistico della fattualità, mentre l'azione finalizzata all'intesa si costruisce attraverso il piano linguistico della validità¹⁵.

Le trasformazioni intervenute nel corso della modernità conducono questa duplicità espressiva verso una radicale forma di polarizzazione: il processo di secolarizzazione, infatti, sgancia la libertà comunicativa degli individui dall'universo mitico-sacrale che, sorto con le grandi costruzioni metafisiche dell'era post-assiale, svolgeva il compito di tenerla legittimamente avvinta al piano fattuale delle istituzioni politiche secondo una prospettiva ad un tempo cosmologica ed ontologica. In conseguenza di ciò, le due forme dell'azione corrono il rischio di non avere più punti in co-

¹⁵ Cfr. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Volume 1. *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, trad. it. P. Rinaudo, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 379-456 e Id., *Fatti e norme*, trad. it. L. Ceppa Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 17-34.

mune¹⁶. Proprio in questo contesto emerge la peculiare funzione del diritto moderno, chiamato a garantire quelle condizioni argomentative e comunicative attraverso cui i soggetti giuridici coinvolti possano preventivamente prendere, sul piano fattuale e strategico, le scelte necessarie al successo. Tale funzione è a tutti gli effetti una funzione normativa, non nel significato ristretto di prescrivere e garantire l'applicazione delle norme, ma nel senso che il diritto assume su di sé un inedito ruolo di mediazione, in grado di garantire legittimità etico-morale alle istituzioni politiche atte alla realizzazione dell'integrazione sociale¹⁷.

Il diritto moderno si arroga la pretesa di esercitare tale funzione normativa anche nei confronti dei *media* (principalmente potere e denaro) attraverso cui prendono forma la razionalizzazione e la colonizzazione dei mondi della vita: tuttavia, nel corso di questa difficile impresa, corre il rischio di cadere nella trappola del disincanto sociologico. Habermas dedica una dettagliata riflessione alle

¹⁶ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 32-35: "Bastano poche parole per indicare qual è il problema più caratteristico delle società moderne. Si tratta di sapere come si possa autofondare stabilmente la validità di un orizzonte sociale in cui le azioni comunicative si sono autonomizzate e nettamente differenziate dalle interazioni di tipo strategico" (ibid., p. 34). A proposito della secolarizzazione, tema sul quale l'autore è più volte tornato, cfr. Id., *Etica, religione e Stato liberale*, trad. it. di G. Colmbi, O. Brino, Morcelliana, Brescia, 2005, pp. 21-40 e Id., *Verbalizzare il sacro*, trad. it. L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 103-162 e 219-236. In merito alla questione, mi sia consentito di rimandare al mio articolo *Legami: logos e diritto al tempo della secolarizzazione. Sul dialogo Habermas-Ratzinger*, in "Diritto e religioni", 2/2018, pp. 252-273.

¹⁷ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 36-52 e, più in generale, p. 98 e ss.: "A questo punto diventa immaginabile una possibile via d'uscita: essa consiste nel mettersi d'accordo su una regolazione normativa delle relazioni strategiche [...]. Il genere di norme che stiamo cercando dovrebbe produrre disponibilità all'obbedienza attraverso *sia* costrizione fattuale, *sia* validità legittima [...]. La soluzione di questo enigma potrebbe essere trovata in un sistema dei diritti che desse forza di legge alle libertà individuali" (ibid., pp. 36-37).

interpretazioni sociologiche del diritto, esprimendo una valutazione interessante e sottile: da un lato, esse avrebbero il merito di riportare alla ribalta del discorso la dimensione della fattualità, spesso sottovalutata, ad esempio, dalle filosofie della giustizia, nonché il pregio di mettere in campo una istruttiva riflessione sull'evoluzione del mondo contemporaneo; dall'altro canto, avrebbero il torto di eliminare completamente la funzione normativa del diritto, o almeno di ridurne fortemente la portata¹⁸. Di qui l'utilizzo del termine 'disincanto', evidente rifrazione weberiana¹⁹.

Di particolare interesse è il discorso sulla sociologia del diritto di Luhmann: quest'ultimo restituisce, da un lato, piena autonomia alla sfera del diritto, ma, dall'altro, lo priva di qualsiasi relazione con le fonti vitali e comunicative dei mondi della vita. Lo scopo del diritto - reso strumento 'autisticamente autopoietico' - consisterebbe sostanzialmente nella stabilizzazione delle aspettative comportamentali degli individui e della società. Collocati in questa prospettiva teorica, i problemi generati dall'intrusione dei saperi specializzati nei mondi della vita e, più in generale, dal processo di razionalizzazione che li investe, non possono in alcun modo trovare risposta nell'azione giuridica, perché anche quest'ultima è ricondotta ad elemento di normalizzazione e razionalizzazione²⁰. Di conseguenza, il diritto asseconderebbe pienamente il processo di vulnerazione dei potenziali comunicativi e, ridotto a funzione fattuale, si rivelerebbe a sua volta vulnerato nella propria specifica funzione normativa. Più che una funzione normativa, il diritto sarebbe chiamato a svolgere una 'finzione' normativa, svolta senza

¹⁸ Ibid., pp. 53-97.

¹⁹ Cfr., a tal proposito, J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., pp. 229-378.

²⁰ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 59-69. Per quanto concerne la teoria sociologica del diritto, in questa sede è solo possibile rimandare a N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, trad. it. R. De Giorgi, il Mulino, Bologna, 1990.

che i soggetti coinvolti ne abbiamo la benché minima contezza: l'intrusione del sapere giuridico e del suo linguaggio nei mondi della vita si realizzerebbe sostanzialmente attraverso un automatismo.

Il processo indicato da Habermas segue curiosamente l'evoluzione storico-filologica della radice latina del termine vulnerabilità, che si sviluppa secondo lo schema *vulnus-vulnerare-vulnerabilis*. Quest'ultimo richiama alla 'ferita' inferta ma, in molte circostanze, indica al tempo stesso il 'colpo' che ne è cagione, rimanda all'azione del *vulnerare* e comporta la declinazione del soggetto vulnerato come vulnerabile²¹: i mondi della vita sono feriti dall'intrusione dei saperi specializzati che ne invadono senza mediazione alcuna gli ambiti comunicativi; la vulnerazione, lungi dall'essere occasionale, è strutturale e rimanda alla funzione stessa dei saperi; da ultimo, in conseguenza di ciò, i potenziali comunicativi rivelano un'intrinseca vulnerabilità che rischia di diventare cronica ed insanabile. Come può, infatti, un diritto che risulti vulnerato nella sua specifica dimensione normativa – e che dunque si rivela vulnerabile nell'accezione metaforica del termine – offrire una risposta convincente a questo problema?

3. Principio D

L'interrogativo può trovare risposta nel ricorso al principio discorsivo (D), secondo cui “sono valide soltanto quelle norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali”²². Tale principio è posto esplicita-

²¹ Cfr. G. Maragni, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: 'vulnerabilis-vulnus-vulnerare'*, in O. Giolo - B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit. pp. 13-35.

²² J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 125.

mente a monte sia del principio morale universale (**U**), per il quale “una norma è valida se tutti possono accettare liberamente quelle conseguenze e quegli effetti secondari che si prevedono derivare, per la soddisfazione degli interessi di ciascun singolo individuo, da un’osservanza universale della norma discussa”²³, sia della produzione del diritto secondo i criteri della sovranità democratica che, per comodità, chiameremo **P**²⁴.

Dall’applicazione del principio **P** (che conserva in sé la tensione universalistica di **U**) deriverebbe la formulazione di un diritto aperto all’argomentazione’ attraverso la formazione di uno specifico linguaggio giuridico: il ricorso alla dimensione discorsivo-argomentativa permetterebbe l’incontro prolifico tra le esigenze di integrazione sociale ed il piano razionale della comunicazione tesa al consenso proprio nel contesto delle procedure democratiche giuridicamente interpretate²⁵. L’agire giuridico-normativo – se coniugato secondo il principio **D** – contribuirebbe a riallacciare il legame tra i potenziali comunicativi dei mondi della vita ed i saperi linguisticamente specializzati, legame che un diritto ermeticamente chiuso renderebbe impossibile: un linguaggio giuridico orientato secondo i principi dell’argomentazione non produrrebbe la conseguenza di ‘essicare’ i potenziali comunicativi ma, al contrario, contribuirebbe a farne emergere le intrinseche esigenze etico-morali che, a loro volta, si rivelerebbero proficue sul piano specialistico della dottrina giuridica²⁶. Un diritto che si riveli vulnerabile nella sua funzione normativa deve dunque poter essere coniugato in modo argomentativo allo scopo di rispondere all’intrinseca condizione di vulnerabilità dei potenziali comunicativi dei mondi della vita.

²³ J. Habermas, *Etica del discorso*, trad. it. E. Agazzi, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 103.

²⁴ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 127-129.

²⁵ Ibid., pp. 129-150.

²⁶ Cfr. A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, in particolare pp. 99-118.

4. Vulnerazione attraverso il diritto

La ricostruzione habermasiana sembra però mettere tra parentesi un problema di non poca rilevanza: se la dimensione normativa del diritto risulta vulnerabile ed esposta al medesimo processo di neutralizzazione che agisce sui mondi della vita e rischia quindi di essere ricondotta ad un compito di normalizzazione e stabilizzazione, sembra piuttosto difficile recuperarne il ruolo attraverso il ricorso al principio discorsivo **D**, certamente inteso in senso argomentativo, ma anche 'normativamente' introdotto. Un conto è contestare le teorie che sostengono il disincanto sociologico del diritto, altro è intervenire sul processo che le determina. Assegnando al diritto il ruolo di assecondare tale processo, Luhmann assume una prospettiva decisamente 'controintuitiva'; ma non va per nulla lontano dal giusto nel riconoscerne l'effettività. Ben diversa è la prospettiva operativa: per quanto Habermas ribadisca la netta distinzione tra la radice morale e la radice discorsiva²⁷, finisce per definire pur sempre quest'ultima – ed entrambe – secondo il piano dell'autonomia, piano che, a suo giudizio, rappresenta proprio il contenuto normativo della modernità. Il principio **D**, infatti, riflette sostanzialmente l'idea di una comunità ideale ed illimitata di soggetti liberi ed uguali e rispecchia l'approccio delle etiche di tradizione kantiana²⁸, mostrando delle ambiguità particolarmente rilevanti.

In primo luogo, nell'intento di non cadere nel relativismo e, al tempo stesso, di non risultare indifferente al 'fatto' del pluralismo, Habermas muove da una programmatica astrazione dalle questioni della vita buona, favorendo una 'demonificazione' dell'azione

²⁷ Cfr. J. Habermas, *La condizione intersoggettiva*, trad. it. M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 101-131, in merito alla polemica con Apel.

²⁸ Cfr. J. Habermas, *Teoria della morale*, trad. it. P. Plantamura, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 8-10.

normativa²⁹. In secondo luogo, la sua proposta etica, coniugata secondo un approccio universalistico, trova realizzazione attraverso un 'trascendimento' metodologico e programmatico del contesto empirico³⁰; ciò mostra qualche difficoltà allorquando le istanze normative ispirate al principio di autonomia giungono al conflitto con quel bagaglio di tradizioni - etiche, religiose, degli ambiti del sapere - che caratterizzano i mondi della vita. In terzo luogo, Habermas è refrattario ad individuare ed introdurre un qualche elemento motivazionale di tipo olistico-esistenziale a monte delle scelte e dei comportamenti, riducendo di conseguenza gli spazi di una loro possibile attivazione³¹.

Assume una certa rilevanza il fatto che ognuno di questi elementi concorra sia alla caratterizzazione del progetto di autonomia del moderno, sia alla produzione di un linguaggio giuridico inteso quale *medium* tra agire comunicativo e agire strategico: pertanto, la tensione autonomistica del principio **D**, nel farsi carico della vulnerabilità degli ambiti della vita, si mostra, a sua volta, portatrice di vulnerabilità. Precisamente in tre sensi: in primo luogo, determinandosi attraverso una 'demondificazione' dei mondi della vita, rischia di reciderne le capacità comunicative; in secondo luogo, essendo carica di tensione universalistica, rischia di lederne le tradizioni³²; in terzo luogo, risultando priva di elementi motivazionali di largo respiro, rischia di indebolire ulteriormente lo stesso esercizio dell'azione normativa.

Nella costruzione di un linguaggio giuridico rigidamente taglia-

²⁹ Ibid., pp. 16-23. Si tratta di una risposta alle osservazioni hegeliane sul formalismo e sull'universalismo kantiano. In merito al rapporto tra vita buona e vita giusta, si vedano anche pp. 28-46 e pp. 63-69.

³⁰ Ibid., pp. 77-100: si tratta della polemica col neo-aristotelismo.

³¹ Ibid., pp. 183-93: si tratta della polemica con Charles Taylor, *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, trad. it. R. Rini, Feltrinelli, Milano, 1993.

³² Sulla questione della tradizione, cfr. H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, Vol. 2., trad. it. R. Dottori, Bompiani, Milano, 1996, pp. 225-244.

to sul progetto di autonomia è dunque possibile individuare un doppio volto che esprime e rivela l'intrinseca 'fragilità' dell'agire normativo.

5. *Per un'argomentazione ermeneutica*

A tal proposito, è di non poco interesse fare riferimento ad alcune riflessioni di Ricoeur. Quest'ultimo, come Habermas, ha inteso mettere in circolo una relazione tra diritto e morale in grado di scardinare la rigida distinzione kantiana³³: superando il mero criterio formale dell'imputabilità, individua infatti nella nozione di 'responsabilità' verso la vulnerabilità altrui un elemento intorno al quale far ruotare un diritto aperto alle istanze etico-morali della comunicazione³⁴. Nell'intento di favorire la fuoriuscita del soggetto dal 'cerchio magico' della rappresentazione – inteso come limite interno che il discorso filosofico del moderno ha posto al suo stesso progetto di emancipazione ed autonomia³⁵ – Ricoeur non si discosta troppo da Habermas; tuttavia il suo discorso, coniugato secondo l'approccio ermeneutico, assume un senso differente. Ciò che importa a Ricoeur è la distinzione tra la prospettiva, chiusa e solipsistica, dell' 'identità' e quella, aperta all'altro, dell' 'ipseità'. Le narrazioni attraverso cui prende forma la società, se intercettate dall'intervento e dall'intrusione di manipolazioni ideologiche, corrono il rischio di rinchiudere ed imprigionare i potenziali espressivi della vita comunitaria su di un piano solipsistico e identitario: ciò

³³ Cfr. P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento*, trad. it. F. Polidori, Cortina editore, Milano, 2005, p. 108.

³⁴ Ibid., pp. 122-126 e Id., *Il Giusto 1*, trad. it. D. Iannotta, Effarà Editore, Torino, 2005, pp. 40-79.

³⁵ Cfr. P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento*, cit., pp. 65-71.

può accadere anche al diritto³⁶. Sebbene Ricoeur si riferisca esplicitamente a manipolazioni di tipo ideologico, è possibile intravedere in tale chiusura identitaria una qualche affinità con il riferimento habermasiano alla chiusura autoreferenziale del diritto. Tuttavia, anche una narrazione giuridica rigidamente ancorata alla dimensione normativa del progetto di autonomia, contribuisce per certi versi a rafforzare il pericolo – ‘vulnerante’ – della svolta identitaria: il ricorso al principio discorsivo, coniugato in tal senso, rischia infatti di rinchiudere l’azione del diritto in una circolarità ancora più insidiosa, rigidamente legata al progetto di ‘critica’, concorrendo alla costruzione di una identità sociale incapace di uscire dal proprio progetto.

Sarebbe dunque di qualche utilità soffermarsi sulle condizioni ermeneutiche dell’argomentazione, mettendo in campo una riflessione sull’intrinseca fragilità dell’agire normativo finalizzato alla realizzazione del progetto di autonomia. Quest’ultimo dovrebbe poter essere assunto e realizzato in una prospettiva certamente argomentativa, ma coniugata in senso dialogico proprio con quei contesti del mondo della vita che intende rivitalizzare e condurre ad espressione.

6. Conclusioni

In queste brevi pagine si è cercato di mostrare come la nozione giuridico-filosofica di vulnerabilità possa risultare particolarmente utile non solo per la dimensione operativa del diritto, ma anche sul piano della riflessione più propriamente teorica che è chiamata a guidarla. Come visto, la nozione di vulnerabilità risulta coniugabile sia in una prospettiva ermeneutica, che in una prospettiva critica: se la prima è in grado di costruire un ‘ponte’ tra il piano fattuale e

³⁶ Ibid., pp. 107-122.

quello normativo dell'azione giuridica, la seconda favorisce un approccio critico ai fenomeni sociali e politici. Il ricorso al valore 'metaforico' del termine, nella traslazione da caratteristica soggettiva ad elemento oggettivo del diritto, permette di utilizzare questi stessi elementi nell'ambito di una riflessione più propriamente teorica, ma non per questo sganciata dall'applicazione operativa. Spostando il piano del discorso dai soggetti di diritto al diritto stesso, è possibile mettere in luce come, in conseguenza delle trasformazioni sociali ed istituzionali più recenti, è proprio la funzione normativa del diritto a mostrare la sua fragilità. Le riflessioni giuridico-filosofiche di Habermas ci ricordano che resteremmo in qualche misura fuori dalla modernità se rinunciassimo ad attribuire al diritto questa sua componente, indispensabile affinché si diano le condizioni per realizzare il progetto di autonomia che ne rappresenta l'eredità fondamentale. D'altro canto, tale progetto può essere correttamente inteso e realizzato unicamente se ci si focalizza, attraverso la riflessione ermeneutica, sui limiti che porta con sé. Anche sotto il profilo strettamente teorico, dunque, la nozione di vulnerabilità sembra dover essere coniugata secondo la coppia concettuale della critica e dell'interpretazione.

FRANCESCA SCAMARDELLA

*Il volto inquietante della vulnerabilità.
Brevi riflessioni giusfilosofiche a partire dal Filottete di Sofocle*

“Oh misero,
senza che alcun degli uomini
lo assista, e senza vigile
sguardo, e ognor solo, e afflitto
da malattia fierissima,
va smarrito, e delira, ovunque l'agiti
bisogno. O come, o come resiste il derelitto?”

(Filottete, Coro, strofa seconda)¹

1. *Una premessa*

In questo contributo mi propongo di indagare la vulnerabilità, categoria dai contenuti e confini incerti, assumendo un duplice angolo prospettico di ricerca che si ispira alla distinzione operata da Alessandra Grompi tra vulnerabilità *ontologica*, ossia la condizione universale di ogni vivente, connessa alla corporeità e dunque al *vulnus* (anche potenziale), e la vulnerabilità come *suscettibilità di esclusione sociale*, ossia come misura dell'esposizione alla derisione, all'umiliazione, al misconoscimento².

Per farlo, prenderò ad esempio la tragedia di Sofocle, Filottete,

¹ La versione online del Filottete, con traduzione di Ettore Romagnoli, è consultabile alla seguente pagina web: <http://www.filosofico.net/filottetesofcl42.htm>

² Si v. A. Grompi, *V come vulnerabilità*, Cittadella Editrice, Assisi, 2017.

il cui protagonista incarna entrambe forme di vulnerabilità. Il plot del dramma è ben noto: Filottete fa parte della spedizione degli eroi greci partiti in guerra contro Troia. Durante il viaggio, calpesta un luogo sacro e viene perciò morso al piede dal serpente custode del tempio di Crise: la sua ferita emana costantemente lezzi insopportabili, causati dalla fuoriuscita di vermi, ed appare perciò insanabile. A causa della lesione, Filottete soffre dolori tremendi ed è soggetto ad eccessi di ira che manifesta con urla selvagge e continui lamenti anche durante le pratiche religiose degli Achei che si dispongono alla battaglia. In conseguenza di ciò, i Greci decidono di abbandonarlo sull'isola di Lemno ove resterà per dieci anni.

Se la ferita al piede rappresenta la vulnerabilità ontologica, la condizione universale di ogni vivente (non solo umano, dunque) che lo rende esposto, anche solo potenzialmente, alla lesione fisica, l'abbandono sull'isola di Lemno costituisce un valido esempio di vulnerabilità come *suscettibilità di esclusione* dalla vita relazionale, affettiva, politico-sociale della comunità a cui l'eroe greco era appartenuto sino a quel momento.

Obiettivo di questo contributo è di individuare ed esplicitare alcune difficoltà concettuali ed interpretative che incontra chi si accosta al lemma vulnerabilità e prova a darne una definizione esaustiva. Il criterio che utilizzerò è quello dell'indagine concettuale attorno alla vulnerabilità *ontologica* e alla vulnerabilità come *suscettibilità di esclusione*.

Il secondo obiettivo delle mie riflessioni è quello di mostrare come la categoria della vulnerabilità abbia contribuito a svelare l'inadeguatezza del modello liberal-moderno e neoliberale contemporaneo di una società basata su individui auto-sufficienti ed indipendenti che agiscono sulla scorta delle loro capacità e gestiscono le risorse autonomamente e con scelte razionali autodeterminate. Più specificamente, la vulnerabilità ha indicato la necessità di un modello politico responsabile che irrobustisca l'obbligo a ca-

rico dello Stato di garantire uguaglianza e di rimuovere quegli ostacoli sociali che diffondono o potenziano condizioni di disuguaglianza.

Da questa prospettiva, la vulnerabilità si mostra come una categoria dal volto inquietante, che quasi crea disagio: il vulnerabile interroga, immagina, insegue, percepisce il rischio ma, al tempo stesso, non sosta in questa condizione e dunque non si rassegna. Questa continua sottolineatura della vulnerabilità come un aspetto, una condizione esistenziale irrinunciabile delle nostre biografie (penso ai vulnerabili dei nostri giorni: i migranti o gli adolescenti che combattono per il cambiamento climatico), fa emergere nuove questioni, pone nuovi obiettivi, perché indica, in maniera critica, l'irresponsabilità, il vuoto o l'inadeguatezza dei modelli politici che ci governano.

Organizzerò questo lavoro in tre parti: nel paragrafo successivo, introdurrò ed esplorerò alcune questioni definitorie preliminari, sinora solo accennate, riguardanti i lemmi *vulnerabilità* e *vulnerabile*, per rintracciare le principali trappole che il discorso sulla vulnerabilità fa emergere.

Analizzerò quindi i due tipi di vulnerabilità (ontologica e come esclusione), illustrando la tragedia di Sofocle.

Infine, recupererò la categoria della vulnerabilità negli attuali contesti globalizzati e multiculturali per sostenere la sua funzionalità rispetto ad un approccio di etica della cura che dal modello moderno-liberale si sposta verso uno basato sull'intersoggettività e sulla interdipendenza relazionale.

2. Un lemma pericoloso

Ormai da diversi anni assistiamo ad un uso quasi inflazionato che si fa, anche in campo giuridico, del lemma *vulnerabilità*, sebbene esso non possieda un significato univoco e determinato.

Vulnerabilità è infatti una parola dal contenuto ambiguo, fluido e dall'uso interpretativo *a fattispecie aperta*, potremmo dire.

Il dibattito socio-giuridico è ricco di definizioni e di classificazioni, mentre il vasto quadro normativo a disposizione riferisce sempre la vulnerabilità a specifiche condizioni o contesti³. Non diversamente, la giurisprudenza nazionale e comunitaria⁴ che non trattano mai la vulnerabilità come una condizione individuale in senso stretto ma la riferiscono quasi sempre a specifici insiemi di

³ Ad esempio, la Costituzione italiana si riferisce a soggetti vulnerabili quando parla di non abbienti e degli indigenti (artt. 24, comma 3, e 32, comma 1, ma vedi anche gli artt. 34, comma 3, e 38, comma 1), della madre e dei suoi figli anche nati fuori del matrimonio (artt. 37, comma 1, e 30, comma 1), dei minori che lavorano (art. 37, comma 3), dei malati (art. 32), degli inabili al lavoro e dei minorati (art. 38, commi 1 e 3). A parte la Costituzione, interessante è la previsione del recente D.Lgs. n. 212 del 2015 che all'art. 90-*quater* così recita: "Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dalla età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalla modalità e circostanze del fatto per cui si procede". Sotto il profilo internazionale, si segnala la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani (2005) che all'art. 8 (Rispetto per la vulnerabilità umana e l'integrità della persona) prescrive ai processi di conoscenza scientifica, all'attività e tecnologie mediche di "prendere in considerazione la vulnerabilità degli individui". La Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani (1997) dell'Unesco, all'art. 17, invita gli Stati a rispettare e promuovere solidarietà attiva nei confronti "degli individui, delle famiglie o delle popolazioni particolarmente vulnerabili alle malattie o ad altre disabilità di natura genetica o colpiti da queste". Di gruppi vulnerabili, in special modo donne (rifugiate, migranti, indigenti, in stato di detenzione, bambine, anziane, invalide, ecc.), parla anche la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne (20 dicembre 1993) adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 48/104.

⁴ Si v., ad esempio ed a mero titolo esemplificativo, *Renolde c. France* (16 ottobre 2008), che parla di vulnerabilità con riguardo ai detenuti; o *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (21 gennaio 2011), ove la categoria della vulnerabilità è richiamata rispetto ai richiedenti asilo o, ancora, *Mugenzi c. France* (10 luglio 2014), a proposito dello status di rifugiato e della vulnerabilità ad esso connessa.

persone o gruppi (persone vulnerabili; minoranze vulnerabili; gruppi vulnerabili).

Ne è esempio la sterminata giurisprudenza della CEDU ove ricorre spesso sia l'aggettivo *vulnerabile* che il sostantivo *vulnerabilità*⁵. Una disamina delle pronunce della Corte ove si utilizzano le due parole consente poi di verificare che i giudici non utilizzano mai questi concetti in senso stretto. Spesso, infatti, ricorrono espressioni del tipo “particolare vulnerabilità”, “situazione di estrema vulnerabilità”, “soggetti particolarmente vulnerabili”, a riprova del fatto che la Corte usa questa categoria in senso interpretativo ed argomentativo lato⁶. Ciò che appare piuttosto chiaro nelle pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie e nel ragionamento dei giudici è il tentativo di evitare l'automatica qualificazione di soggetto vulnerabile per il sol fatto che rientra all'interno di una categoria di persone considerate vulnerabili⁷.

Ciò può spiegarsi con la circostanza che una predeterminata ed

⁵ Ne è recente esempio la sentenza *Malyy c. Ucraina* (11 aprile 2019) ove la Corte così si pronuncia: “It is relevant to note, however, that at the time of the events he was already in the hands of the police as a suspect in an unrelated investigation, in respect of several counts of robbery. In the Court's opinion, that circumstance did render his situation somewhat *vulnerable*”.

Non diversamente, nella sentenza *B.S. c. Espagne* (24 luglio 2012) ove la Corte parla di “vulnerabilità specifica della richiedente, inerente alla sua qualità di donna straniera che esercita prostituzione”.

⁶ Si vedano i casi *V.M. e altri c. Belgio* (GC, n. 60125/11, 17 novembre 2016) e *Julin c. Estonia* (n. 16563/08 del 29 maggio 2012) ove i giudici, pur non negando che determinate persone (richiedenti asilo, detenuti) possano essere considerate in principio come soggetti vulnerabili, sostengono tuttavia che il grado di vulnerabilità vada accertato e dimostrato rispetto a determinate qualificazioni e condizioni.

⁷ Si veda ancora il caso *Julin c. Estonia*, già menzionato nella nota precedente, ove la Corte ha ritenuto che la semplice circostanza che la persona fosse un detenuto soggetto a perquisizione personale non lo rendeva automaticamente un soggetto in situazione di particolare debolezza.

assoluta inclusione o esclusione di persone da una categoria di soggetti vulnerabili può comportare un automatico restringimento dei diritti fondamentali o, per converso, una prevalenza fissa di altri diritti.

In letteratura, poi, non si può non segnalare la complessa teoria di Martha Fineman, sviluppata in un'ottica di responsabilità degli Stati volta a garantire politiche egualitarie. Negli scritti della Fineman ritroviamo la seguente definizione: la vulnerabilità “è – e dovrebbe essere intesa come – universale e costante, inerente alla condizione umana”⁸.

Non meno rilevanti, gli studi di Samantha Besson che definisce la vulnerabilità come quella “qualità dell'individuo o del gruppo che potrebbe essere oggetto di un attacco ai suoi interessi, vale a dire la qualità di coloro che sono minacciati da questi attacchi ai loro interessi”⁹.

E, tuttavia, se guardiamo a questi tentativi definitivi che la letteratura ci offre, alle modalità con cui il lemma *vulnerabilità* ricorre nei testi normativi e all'uso che le Corti ne fanno, ne dobbiamo concludere che siamo in presenza di un termine polisemico, una

⁸ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in “Yale Journal of Law and Feminism”, 1/2008, pp. 23, spec. p. 8 e ss. (§ III, “The Vulnerability Thesis”), ove così scrive “Nel dibattito sulla responsabilità pubblica, il concetto di vulnerabilità è talvolta utilizzato per definire gruppi di soggetti inesperti o stigmatizzati, designati come «popolazioni». Vulnerabilità è tipicamente associata al vittimismo, privazione, dipendenza o patologia. Ad esempio, il dibattito sulla salute pubblica si riferisce a «popolazioni vulnerabili», come quelle che hanno contratto l'HIV-AIDS” (ivi, p. 8).

⁹ Trad. pers. dal francese: “D'une manière générale, on peut dire de la vulnérabilité qu'il s'agit de la qualité de l'individu ou du groupe susceptible de faire l'objet d'une atteinte à ses intérêts, c'est-à-dire la qualité de celles et ceux qui sont menacés de ces atteintes à leurs intérêts”. S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, in L. Burgourgue Larsen (ed.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Editions Pedone, Paris, 2014, pp. 59-85. La citazione è da p. 64.

sorta di contenitore che, di volta in volta, viene riempito di contenuto a seconda della specificità del caso e della situazione di vita concreta.

Proprio in considerazione di questo rischio, mi sembra più interessante avvalersi di un approccio descrittivo in grado di individuare alcuni criteri-guida che possano fornire strumenti per classificare e decifrare il precipitato della vulnerabilità, a partire dalla premessa che, sebbene siamo in presenza di una condizione universale propria di tutti gli esseri viventi, la sua ricaduta è sempre particolare, perché si declina e si iscrive in una esperenzialità specifica¹⁰.

Si tratta di una metodologia che viene ad esempio adottata da Samantha Besson¹¹ che osserva come la vulnerabilità sia innanzitutto *potenziale*, perché si riferisce alla mera possibilità che una minaccia determini un *vulnus*. La vulnerabilità è *oggettiva* e *soggettiva*, allo stesso tempo, perché la minaccia o la lesione sono oggettive ma la percezione della ferita, del danno sono soggettivi in quanto riguardano la sfera intima di un individuo. Ancora, la vulnerabilità è *relazionale* perché implica la relazione: un individuo è vulnerabile perché è suscettibile di subire una lesione e ciò presuppone l'esistenza dell'Altro in grado di agire per arrecare un danno (ma anche per curare). Infine, qualificazione ancora più importante, la vulnerabilità, come la dignità, è *descrittiva*, perché descrive uno stato di cose ma è anche *prescrittiva* perché prevede conseguenze per gli status descritti.

¹⁰ Come ha osservato Rut (*infra* cit. p. 321), indicando l'ambiguità della vulnerabilità, siamo in presenza di "un tratto comune all'umanità ma allo stesso tempo [che] rende conto della particolarità di una situazione individuale", (C. Rut, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, in "Revue trimestrielle des droits de l'homme", 102/2015, pp. 317-340).

¹¹ S. Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme*, cit.

Nella stessa direzione di Samantha Besson si muove Alessandra Grompi, la quale individua e descrive due distinti versanti della vulnerabilità: l'uno interno e l'altro esterno¹².

Al primo ambito appartengono due attribuzioni: «intrinseco» ed «ontologico». «Interno» ed «intrinseco» si riferirebbero ad una vulnerabilità più generica; «ontologico» si riferirebbe invece alla vulnerabilità specifica dell'essere umano che è connessa alla sua condizione ispirata alla corporeità, alla dipendenza dagli altri, alla circostanza che l'uomo è un animale «di bisogno». Queste caratteristiche avrebbero il pregio di sottolineare la natura universale della vulnerabilità; esse, infatti, sono più o meno sempre presenti in ogni vivente: ciascuno è infatti vulnerabile alla fame, alla malattia, alla solitudine, alla morte; alcuni, per la loro particolare condizione (età, disabilità, sesso, malattia, ecc.), sono più vulnerabili degli altri.

«Esterno» è invece l'ambito che rinvia al versante esteriore della vulnerabilità, a quelle condizioni non ontologicamente connaturate al vivente, indipendenti dalla sua volontà e che possono causare o aggravare la vulnerabilità (un terremoto, il cambiamento climatico, una guerra, ecc.).

Interno, esterno, intrinseco, ontologico.

Ed ancora: potenziale, relazionale, oggettiva, soggettiva, universale, descrittiva, normativa.

Siamo in presenza di criteri ed accezioni che non vanno contrapposte tra loro ma che vanno piuttosto lette e lasciate interagire a più livelli. Se infatti consideriamo l'età come un fattore interno, ne ricaviamo che gli anziani sono più vulnerabili dei giovani. Se, invece, l'età diviene un fattore esterno (indipendente cioè dall'uomo), allora, considerate le condizioni di precarizzazione della vita, specie per le fasce più giovani, dobbiamo concludere che

¹² A. Grompi, *V come vulnerabilità*, cit.

un giovane (più esposto alla disoccupazione) è più vulnerabile di una persona anziana che gode di una buona pensione.

Sulla scorta di queste difficoltà a definire la vulnerabilità ed il suo ambito di azione, in letteratura spesso si preferisce scivolare da un piano ad un altro, passando, cioè, dalla domanda *Che cos'è la vulnerabilità* ad una di più 'facile' soluzione: *Che cos'è vulnerabile?*

Il primo quesito esprime infatti tutta la nostra inadeguatezza nel trovare risposte accettabili che possano consegnarci una definizione esaustiva ed omnicomprensiva del termine; il secondo, al contrario, risuona più semplice perché consente di individuare una serie di caratteristiche (malattia, detenzione, età, ecc.) proprie di taluni soggetti, per definirli vulnerabili. E così, mentre risulta complicato definire il lemma *vulnerabilità*, a meno che non vogliamo accettare la generica definizione offerta dalla vulnerabilità in senso ontologico, è possibile affermare che X è *vulnerabile* se ed in quanto se possiede la caratteristica Y o le caratteristiche S e Z.

Distinguendo il *vulnerabile* dalla *vulnerabilità*, la Grompi definisce il primo come tutto ciò che "può essere soggetto a ferita, offesa, danno", mentre il sostantivo vulnerabilità, la cui radice è il latino *vulnus* (ferita, lesione e poi, per estensione, offesa, danno), "farebbe di questa condizione particolare una predisposizione generale"¹³. Ne deriva che, mentre l'aggettivo vulnerabile tende ad avere significati più intuibili, il sostantivo vulnerabilità si amplia e diviene meno afferrabile, "elevandosi a categoria interpretativa del modo di essere di qualcosa"¹⁴.

La verità è che al di là dello spirito delle Convenzioni e Dichiarazioni e del linguaggio delle singole sentenze, la nozione di vulnerabilità deve necessariamente essere ricondotta alla posizione (assiologicamente mobile) di un soggetto o di un gruppo all'interno di un contesto caratterizzato da specifiche circostanze. Come ha os-

¹³ Ivi, p. 16.

¹⁴ Ivi, pp. 16-17.

servato più recentemente Roberto Chenal, “La vulnerabilità, a differenza di altre nozioni, come quelle dei diritti, tra i quali il diritto all’autodeterminazione tutelato dall’art. 8 Cedu, o della proporzionalità, *non ha una sua autonomia concettuale e definitoria*, ma svolge solo una funzione servente alla tutela effettiva dei diritti fondamentali”¹⁵.

Ciò che rileva della vulnerabilità è dunque il suo essere *ragione* all’interno di un processo giustificativo-argomentativo, la sua *funzionalità*, la *strumentalità* rispetto ai diritti fondamentali, per garantirne la loro massima effettività e protezione.

Assumendo questo modello, la vulnerabilità conserva la sua natura di categoria interpretativa *aperta* che, se da un lato produce maggiori spazi di incertezza nell’applicazione del diritto, da un altro sollecita l’enorme varietà di ruoli che svolge, soprattutto nei processi interpretativi e giustificativi delle Corti.

3. *Vulnerabilità ontologica e vulnerabilità come suscettibilità di essere esclusi*

Nelle domande di senso che la vulnerabilità pone e che ho cercato almeno di accennare nel paragrafo precedente, s’inserisce la distinzione tra vulnerabilità *ontologica* e vulnerabilità come *suscettibilità di essere esclusi*. Intendo analizzare queste due distinte situazioni a partire dalla tragedia di Sofocle, il cui protagonista, Filottete, incarna questa doppia vulnerabilità: l’una, *ictu oculi*, rappresentata dalla ferita fisica al piede; l’altra, conseguenza di questa prima, consistente nell’abbandono sull’isola di Lemno e dunque nella esclusione socio-politica dalla vita della *polis*.

¹⁵ R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in “Ars Interpretandi”, 2/2018, pp. 35-56.

Si tratta di due vulnerabilità che procedono di pari passo, legate da un rapporto di causalità: la ferita al piede è la causa dell'esclusione di Filottete dalla comunità a cui appartiene, a seguito del suo abbandono sull'isola di Lemno¹⁶.

Qui, dove vivrà per dieci lunghi anni, è ritratto in compagnia delle belve, cosicché, col passar del tempo, egli tende più ad assomigliare a loro che agli esseri umani. Il coro della tragedia esaspera questa solitudine umana attraverso il contrasto. Infatti, tanto è privo di contatto umano, "senza uno sguardo amico" (v. 171), tanto più l'eroe è ritratto in compagnia di ciò che c'è di più lontano dall'umanità, ossia delle belve, "di fiere maculate o irsute" (v. 184)¹⁷.

La collocazione della ferita al piede ha d'altro canto un'enorme valenza simbolica nel discorso sulla vulnerabilità sia ontologica che come esclusione, perché la zoppia priva Filottete di quella specifica configurazione fisica e corporea che serve a definire l'uomo a partire dalla sua qualificazione di essere normodotato: la circostanza che egli non possa più camminare normalmente, lo sottrae sempre più alla razza umana bipede e lo avvicina a quella animale, facendolo percepire agli occhi degli altri Greci come *meno umano* e dunque inadatto a vivere con i suoi simili, perché non ne ha più le caratteristiche.

La zoppia allontana Filottete dalla razza bipede che cammina eretta, su due piedi, lasciando le sue orme. L'essere umano, infatti, è quello "normodotato", con una precisa configurazione fisica e corporea, che diviene paradigma e pietra di paragone¹⁸. Questa

¹⁶ Su questo dramma ha scritto anche la stessa Alessandra Grompi. Si v., infatti, *Il Filottete di Sofocle: una riflessione su vulnerabilità e politica*, in "Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito", 5/2016, pp. 77-103.

¹⁷ V. Di Benedetto, *Sofocle. Trachinie, Filottete*, premessa e note al testo di M.S. Mirto, trad. it. M.P. Pattoni, Bur, Milano, 1990.

¹⁸ J. Butler, *Frames of war. When Is Life Grievable?*, Verso, London-New York, 2009.

metamorfosi che spinge Filottete verso la similitudine con gli animali innesca un processo di deumanizzazione che lo fa percepire agli occhi dei Greci come “meno umano”, rafforzando la convinzione che non sia più adatto a vivere in mezzo ai suoi simili, avendone smarrito le qualità.

A ciò si aggiunge il comportamento di Filottete che, per il continuo dolore al piede non riesce a trattenere le urla cosicché le sue grida, insieme ai miasmi provocati dalla ferita aperta, sono δυσφημίαις, “infauste”, ossia di cattivo auspicio, vere e proprie infrazioni del decoro necessario alle pratiche religiose, che richiedono, al contrario, *euphemia*, “il sacro silenzio dei partecipanti”¹⁹.

È per questa ragione che gli Achei decidono di abbandonarlo sull'isola di Lemno, costringendolo ad una involontaria solitudine. Il potere politico che foucaultianamente controlla i corpi si avvita su se stesso per allontanare o espellere quei corpi che non corrispondono al modello di società che il potere stesso ordina²⁰. La *polis* allontana dal suo interno, sino ad escluderla completamente, la vita che si mostra vulnerabile. Ma a quale vita ci riferiamo? Sicuramente non a *zōé*, la vita nuda, che per il mondo classico è naturalmente esclusa dalla vita politica, rimanendo piuttosto confinata

¹⁹ V. Di Benedetto, *Sofocle. Trachinie, Filottete*, cit., p. 181, v. 13.

²⁰ Foucault sviluppa due modelli di controllo politico dei fenomeni di devianza: il modello della lebbra ed il modello della peste. Nel primo, i devianti vengono espulsi dalla società; il controllo sociale agisce perciò attraverso una pratica di esclusione (è ciò che accade con Filottete). Nel modello della peste, invece, il controllo viene esercitato non mediante esclusione ma attraverso il controllo. I quartieri di ogni città erano organizzati in maniera tale che ogni abitazione si affacciasse su uno spazio pubblico. Ogni giorno, gli abitanti di queste città utopiche erano obbligati ad affacciarsi e a farsi controllare da guardiani e sentinelle che verificavano se qualche abitante si era ammalato di peste o meno. Il primo modello rappresenta l'idea della comunità libera da ogni forma di devianza; il secondo modello è l'utopia della società perfettamente governata. V. M. Foucault, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, trad. it. A. Tarchetti, Einaudi, Torino, 1993.

nel semplice atto riproduttivo (nell'ambito dell'*oikos*). Ci riferiamo così a *bíos*, la forma del vivere proprio del singolo o di un gruppo e quindi la vita politicamente qualificata.

In un noto passo della *Politica* (1278b 23-31), Aristotele così scrive:

“Questo (il vivere secondo il bene) è massimamente il fine, sia in comune per tutti gli uomini, sia per ciascuno separatamente. Essi, però, si uniscono e mantengono la comunità politica anche in vista del semplice vivere, perché vi è probabilmente una qualche parte di bene anche nel solo fatto di vivere (*katà tò zên autò mónon*); se non vi è un eccesso di difficoltà quanto al modo di vivere (*katà tòn bion*), è evidente che la maggior parte degli uomini sopporta molti patimenti e si attacca alla vita (*zōē*), come se vi fosse in essa una sorta di serenità (*euemería*, bella giornata) e una dolcezza naturale”²¹.

Questa distinzione del mondo classico la riscontriamo anche negli studi di Foucault²² e di Hannah Arendt²³ che, seppure da

²¹ L'edizione consultata è la seguente: Aristotele, *Politica*, con testo greco a fronte, ed. it a cura di F. Ferri, Bompiani, Milano, 2016.

²² Si legge in M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, vol. 1, trad. it. P. Pasquino e G. Procacci, Feltrinelli, XIII ed., Milano, 2008, “Per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente e, inoltre, capace di esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente” (ivi, p. 127).

E ancora: “Si potrebbe dire che al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito il poter di far vivere o di respingere nella morte. (...) È ora sulla vita e lungo tutto il suo svolgimento che il potere stabilisce la sua presa; la morte ne è il limite, il momento che gli sfugge; diventa il punto più segreto dell'esistenza, il più «privato»” (ivi, p. 122).

²³ Analizzando il modello della *polis*, in *Vita attiva. La condizione umana*, introd. di A. Del Lago, trad. it. S. Finzi, Bompiani, Milano, 2001, Hannah Arendt rappresenta un procedimento ermeneutico che ha portato alla consumazione del politico in senso classico. Ciò accade con la modernità che sostituisce l'esercizio diretto della parola in politica con l'amministrazione tecnocratica; la produttività

prospettive diverse, hanno indagato le modalità con cui l'uomo, come specie ed individuo, è divenuto (s)oggetto delle strategie politiche.

È l'ingresso della vita nuda nella *polis* (e dunque nella politica), a determinare le dicotomie inclusione/esclusione, interno/esterno. Ci viene incontro ancora Foucault quando, a proposito dei rapporti tra potere e biopolitica, spiega come "L'uomo occidentale apprende a poco a poco cosa è una specie vivente in un mondo vivente, cosa vuol dire avere un corpo, delle condizioni di esistenza, delle probabilità di vita, una salute individuale e collettiva, delle forze modificabili ed uno spazio dove le si può distribuire in maniera ottimale". Con l'ingresso della nuda vita nella politica, la realtà biologica si riflette in quella storico-politica ed il fatto di vivere non è più una semplice questione biologica: "è l'assunzione della vita da parte del potere che gli dà accesso fino al corpo"²⁴ (ove la forma pronominale atona *gli*, utilizzata in funzione di complemento di termine, si riferisce proprio al *potere*).

Filottete è così privato della relazione umana, dello sguardo amico costitutivo del Sé²⁵ e l'unica compagnia di cui può beneficiare sono le fiere maculate e irsute.

E tuttavia, proprio l'esposizione del corpo scoperto e ferito, la suscettibilità di essere deriso, umiliato, colgono la forza propulsiva della vulnerabilità che, in quanto condizione esistenziale del vivente, diviene, per l'uomo, domanda di senso sulla propria identità di "persone dotate di senso in un contesto dotato di senso"²⁶.

che accentra e attira a sé le vite e la crescente necessità del controllo sociale. La quasi inattuale gremità di Hannah Arendt rappresenta così l'ascesa moderna del *politico* (come macchina amministrativa) che annulla la *politeia* propria della *polis* ossia l'esperienza della cittadinanza diretta.

²⁴ M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, vol. 1, cit., p. 126.

²⁵ Rinvio a J. Habermas, *La condizione intersoggettiva*, trad. it. M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2007.

²⁶ A. Grompi, *V come vulnerabilità*, cit., p. 57.

È questo l'insegnamento principale che Filottete ci consegna: la necessità di prendere sul serio la vulnerabilità.

4. *L'inquietudine della vulnerabilità*

Filottete è l'anti-eroe; non è Achille, né Aiace, né Perseo.

È fragile, ferito. La sua vulnerabilità inquieta perché incarna tutto ciò che la *polis* espelle dal suo interno.

Non è tanto la ferita fisica (vulnerabilità ontologica) a suscitare lo sdegno degli Achei, quanto la richiesta di Filottete di *cum-patire* la sua sofferenza. Il *vulnus* fisico, in quanto vulnerabilità ontologica, coglie una condizione universale, potenziale ma allo stesso inevitabile perché connessa alla sua natura e sganciata dalla volontà del vivente.

Al contrario, la richiesta di Filottete di condivisione del suo dolore, di inclusione piuttosto che di esclusione frastorna gli Achei e spinge la *polis* a chiudersi su sé stessa per fare il bene dei molti, anche se questo significa espellere Filottete. Accogliere infatti la sua domanda di *vulnerabilità*, significherebbe corrompere le maglie della *polis*, aprirle per far entrare l'imperfezione, il diverso, il non integro e perciò decretare la fine della *polis* stessa.

Cos'è della vulnerabilità di Filottete, come dei vulnerabili, più in generale, che crea inquietudine? Come scrive Burgorgue-Larsen²⁷, la vulnerabilità interroga la "rappresentazione dell'umano"²⁸ dentro il quadro della Città, la *Polis*. La vulnerabilità mette in evidenza i limiti dei Greci, svela l'azione di Odisseo basata unicamente sull'interesse utilitaristico. I vulnerabili non si rasse-

²⁷ L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire*, in Id. (ed.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Editions Pedone, Paris, 2014, pp. 237-243.

²⁸ Ivi, p. 237.

gnano nella condizione di sofferenza che attraversano e che li attraversa; essi immaginano, afferrano il disagio politico, sociale, della comunità in cui vivono, l'incapacità di una visione condivisa che lascia il posto a logiche liberiste o utilitaristiche.

Eppure essi non sostano in questa condizione. E la loro ribellione, il loro guardare avanti, senza cadere nel cinismo o nella rassegnazione, suscita disagio. Al processo di de-umanizzazione conseguente alla ferita, alla zoppia e all'isolamento a Lemno, Filottete reagisce, ricercando e rivendicando la sua umanità: l'arco diviene il suo migliore amico; la ferita è sua interlocutrice, quasi se fosse animata. Di questa forza interiore che lo rende vero eroe, ne rimane impressionato Neottolemo, il giovane figlio di Achille, che arriva a Lemno in compagnia di Odisseo, con lo scopo di rubare l'arco di Filottete, avendo un oracolo previsto che senza l'arco, i Greci non avrebbero mai vinto la guerra contro Troia.

Neottolemo piange amaramente quando conosce Filottete e ne riconosce la forza e la bontà d'animo; cade così in una profonda crisi morale, diviso a metà tra il desiderio di obbedire ad Ulisse e dunque al sommo interesse della *polis* e il senso di *philia* per Filottete, generato da una sincera compassione. Alla fine Neottolemo disobbedirà a Odisseo e restituirà l'arco a Filottete.

Tra Filottete e Neottolemo si stabilisce un orizzonte comune, anzi una comunanza oltre i pensieri e le rappresentazioni diverse. Essi si pongono in "un atteggiamento performativo *l'un verso l'altro*", predisponendosi a fare esperienza l'uno dell'altro, "sullo sfondo di un mondo della vita intersoggettivamente condiviso"²⁹. C'è dunque un rapporto riflessivo tra i due, una relazionalità in cui il Sé riconosce l'Alter e proprio nello sguardo che l'Alter gli rinvia può costituire se stesso e ritrovarsi.

²⁹ J. Habermas, *La condizione intersoggettiva*, cit., p. 45.

Questa dialettica che si stabilisce a partire proprio dalla vulnerabilità ontologica e dalla vulnerabilità come suscettibilità di esclusione di Filottete e che contrappone all'agire strategico di Odisseo un agire comunicativo che è il farsi comprensibile di questo intendersi "circa qualcosa nel mondo oggettivo"³⁰, riscopre il ruolo della relazionalità, di una condizione intersoggettiva. Quando ciò accade l'immagine che la modernità aveva costruito e che il neoliberismo degli ultimi decenni aveva riproposto dell'uomo autonomo, indipendente, responsabile ed autosufficiente, il soggetto liberale, per intenderci, inizia a sfocarsi, a scolorirsi.

Certamente, nel caso di Filottete, si potrebbe dire che la *polis* espelle l'eroe per salvaguardare l'interesse supremo dei *più*, pur se ciò comporta il sacrificio del singolo. E tuttavia, proprio la vulnerabilità di Filottete – esasperata dall'utilitarismo di Ulisse – svela ed evidenzia i limiti di una comunità che si auto-rappresenta, interpretando il benessere pubblico esclusivamente in termini di puro interesse, scevro da un riconoscimento effettivo dell'*Altro* che porti alla sua inclusione.

L'apparente risultato della strategia di Ulisse è quello di una cesura tra la dimensione *personale* della vulnerabilità e quella *pubblica* dell'azione politica, lo spazio dei molti, che a seconda degli scopi si serve dello sfortunato o lo abbandona a se stesso.

La conclusione della tragedia va proprio in questa direzione: l'intervento di Eracle, *deus ex machina*, fa sì che Filottete con il suo arco ritorni con Neottolema tra gli Achei per decretarne la vittoria sui Troiani. Al termine della guerra, Filottete sarà operato da Esculapio e la sua ferita guarirà³¹. La scansione temporale degli eventi che chiudono il dramma mostra il legame indissolubile tra la lesione fisica al piede (vulnerabilità ontologica) e la vulnerabilità come

³⁰ Ibidem, p. 45.

³¹ L'operazione, peraltro, rappresenta la prima traccia di intervento chirurgico nella storia dell'uomo.

suscettibilità di esclusione perché la prima non può guarire se non ci si prende cura, arginandola, della seconda.

5. Ripartire dalla vulnerabilità

La vulnerabilità di Filottete ci consente di ripensare criticamente il tradizionale concetto di autonomia, specie se inteso come sola autodeterminazione del singolo che basta a sé stesso, perché in grado di auto-soddisfare i propri bisogni, senza nuocere agli altri e senza rimanere egli stesso danneggiato. Ripartire dalla vulnerabilità significa ripensare l'autodeterminazione, immaginando un individuo autonomo ma che ha comunque bisogno dell'altro. Non si tratta di limitare l'autonomia o l'autostima del soggetto ma di riconoscere, a partire dalla dignità e dall'integrità di ogni individuo, la necessità che ciascuno ha di riconoscimento e di cura da parte dell'altro.

In questa direzione vanno gli importanti contributi sul riconoscimento di Honneth, sul post-strutturalismo di Butler, sulla teoria delle *capacità* di Sen e di Nussbaum che hanno mostrato che l'uomo, vulnerabile per sua natura, è calato in una trama di relazioni sociali, culturali, politiche, economiche ove avvia percorsi di riconoscimento e di costruzione del Sé.

Proteggere la vulnerabilità significa quindi proteggere e insieme promuovere l'integrità e la dignità umane, non solo salvaguardandole da offese o danni, ma favorendo, nella misura del possibile, la capacità di autodeterminazione.

Il volto inquietante della vulnerabilità coglie proprio le debolezze dell'ideologia neoliberale che enfatizza il soggetto autonomo, indipendente, che si auto-governa nell'isolamento sociale. I corpi dei migranti esposti o inghiottiti dal Mediterraneo, la loro carne intrisa di liquido combustibile che viene bruciata dal sole, lo sguardo vitreo delle donne e dei bambini o lo sguardo di

un'adolescente che, espressione delle nuove e delle future generazioni, combatte contro i "grandi" della Terra in difesa del clima, mettono in discussione la finzione dell'autonomia, l'immagine della autodeterminazione del singolo che non ha bisogno di nessuno³².

La vulnerabilità ridimensiona l'autonomia, perché riporta al suo *interno* ciò che essa aveva lasciato fuori: "la debolezza evidente dei soggetti non-autonomi, ma anche il *fondo oscuro*, di debolezza e dipendenza, che rimane negli stessi soggetti considerati autonomi"³³.

La vulnerabilità ci restituisce un nuovo significato del principio di integrità che non viene più inteso come completezza, autosufficienza ma come necessità di rispettare e proteggere l'integrità della vita (perché vulnerabile). Questa narrazione che ancora oggi ci inquieta perché mina le conquiste dell'età moderna e nega quel principio neo-liberale di auto-governo del Sé, a partire proprio dal corpo, mostra anche ulteriori riflessi positivi. Mi riferisco all'idea che se l'altro può ferirmi, misconoscermi, farmi del male, può però anche riconoscermi, accogliermi e sostenermi. La suscettibilità dell'uomo a subire il *vulnus* reca perciò in sé anche la possibilità di rimarginare la ferita. È la potenza della vulnerabilità che non si limita ad arrecare l'offesa ma determina "una trasformazione pro-

³² Torna in mente la figura del rifugiato descritta da Hannah Arendt in *Il declino dello Stato-nazione e la fine dei diritti dell'uomo*, capitolo de *Le origini del totalitarismo*, intr. di A. Martinelli, con un saggio di S. Forti, Einaudi, Torino, 2009, a proposito della quale l'A. così scrive: "La concezione dei diritti dell'uomo basata sull'esistenza supposta di un essere umano come tale, cadde in rovina non appena coloro che la professavano si trovarono di fronte per la prima volta uomini che avevano perduto ogni altra qualità e relazione specifica – tranne il fatto di essere umani" (ivi, p. 299).

³³ M. Gensabella Furnari, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008, p. 47.

duttiva, anche se costosa in termini di risorse, ma che alla fine riduce la suscettibilità al danno subito”³⁴.

Il riconoscimento della vulnerabilità ci orienta così verso l’etica della cura: messa da parte l’autonomia neoliberale ed accolta un’autonomia relazionale che sollecita l’intersoggettività, emerge una richiesta morale di aiutare e sostenere l’altro che è vulnerabile.

Come Martha Nussbaum ha ben chiarito, sottolineando il ruolo svolto dal coro dei soldati che viaggiano con Ulisse e Neottolemo, la tragedia mescola l’*immaginazione narrativa* con la *responsabilità politica e morale*. Sono infatti la vulnerabilità di Filottete e la scelta etica di Neottolemo a ristabilire i valori civili e morali della comunità degli Achei³⁵.

La sfida, allora, che la vulnerabilità pone è nel senso di ricavare da una condizione di precarietà, segnata dal *vulnus*, dalla debolezza, dipendenza, esclusione un principio etico che sia principio di cura e di responsabilità. L’altra faccia della medaglia ci mostra infatti che l’uomo non è solo oggetto della precarietà ed artefice di azioni che possono *vulnerare* i suoi simili. Egli è anche soggetto responsabile in grado di curare l’altro.

Insomma, l’esperienza della vulnerabilità genera una risposta etica attraverso quelli che Noddings definiva i *cerchi concentrici della cura*, a voler indicare che la compassione, la risposta al bisogno parte dalle sfere più intime, abitate dai nostri familiari e dalle persone a noi più care, per espandersi verso l’esterno ed includere

³⁴ A. Grompi, *V come vulnerabilità*, cit., p. 60.

³⁵ M. Nussbaum, *Victims and Agents. What Greek tragedy can teach us about sympathy and responsibility*, in “Boston Review. A Political and Literary Forum”, articolo consultabile online alla seguente pagina web: <https://bostonreview.net/archives/BR23.1/nussbaum.html>.

Della stessa autrice, si v. anche *L’intelligenza delle emozioni*, trad. it. di R. Scognamiglio, il Mulino, Bologna, 2004.

soggetti che non ancora non conosciamo, sino alle istituzioni, alla politica che è chiamata a rinnovare azioni di *welfare* sociale³⁶.

È questa la forza della vulnerabilità che la Grompi, in chiusura del libro, definisce forza *normativa* che richiama “Un bisogno di etica, in cui cura e protezione non sono atti super-erogatori (...) ma rientrano a pieno titolo nelle azioni di scambio tra esseri umani”³⁷.

E se proprio non vogliamo condividere questa idea di vulnerabilità come categoria normativa non possiamo però negarle il rango di *ragione* giustificativa all'interno del ragionamento del giudice, dei processi legislativi e di ogni percorso interpretativo-argomentativo. In tutti questi casi, la vulnerabilità interroga pesantemente il diritto ed apre questioni urgenti e non più rinviabili:

Il diritto è in grado di ri-conoscerla e tutelarla? E come viene utilizzata dai giudici nel loro ragionamento? Come argomento di chiusura che, al pari di ragioni ultime, non richiede ulteriori giustificazioni? Come valore assoluto imponderabile?

Prendere sul serio la vulnerabilità, significa anche farsi carico di queste questioni e verificarne le concretizzazioni e ricadute pratiche, dando quindi un contenuto sostanziale al dato normativo nei contesti specifici di riferimento.

³⁶ N. Noddings, *Caring. A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1986; Id., *Caring. A Feminist Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Los Angeles, 1986.

³⁷ A. Grompi, *V come vulnerabilità*, cit., p. 100.

Autori del volume

Angelo Abignente è professore ordinario di Teoria dell'interpretazione ed argomentazione giuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, nonché responsabile scientifico dell'unità di ricerca locale del P.R.I.N. 2015 "Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione" costituita presso il medesimo Dipartimento.

Giovanni Blando è assegnista di ricerca in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Giusy Conza è professoressa a contratto di Metodologia della scienza giuridica nell'anno accademico 2020/2021 presso la LUISS Guido Carli.

Valerio Nittrato Izzo è ricercatore a tempo determinato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Davide De Sanctis è professore associato di Sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Flora di Donato è professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Valeria Marzocco è professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Fabio Ciaramelli è professore ordinario di Filosofia del diritto presso il

Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Piero Marino è dottorando di ricerca in “Diritti umani. Teoria, storia e prassi” presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Francesca Scamardella è professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

COLLANA LOGON DIDONAI

SAGGI

1. F.G. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, 2010
2. U. Pomarici (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, II ed., 2013
3. F. Scamardella, *Il diritto attraverso lo specchio. Esercizi filosofici sulla riflessività giuridica*, 2011
4. A. Argenio (a cura di), *Totalitarismo e democrazia*, 2012
5. V. Marzocco, *'Dominium sui'. Il corpo tra proprietà e personalità*, 2012
6. V. Rapone, *Il limite extragiuridico dell'ordinamento. Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo '900*, 2012
7. A. Abignente, F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, 2013
8. F. Scamardella, *Teorie giuridiche della governance. Le ragioni e i limiti di una nuova narrazione*, 2013
9. F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, 2013
10. A. Argenio, *Questioni di uguaglianza e di libertà. Itinerari interpretativi*, 2013
11. P. Luque Sánchez, F. Scamardella (a cura di), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto*, 2014
12. G.M. Labriola, F. Romeo (a cura di), *Niccolò Machiavelli e la tradizione giuridica europea*, 2016
13. A. Arienzo, F. Scamardella (a cura di), *Governance, governabilità e legittimazione democratica*, 2016
14. F. Di Donato, F. Scamardella (a cura di), *Il metodo clinico-legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche*, 2016
15. C. Pontorieri, *Il re, lo schiavo, il cittadino e l'alveare. Dottrine politiche, teorie del diritto e storia istituzionale nella letteratura sulle api a Roma*, 2017
16. G. Ridolfi, *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, 2017
17. V. Nitrato Izzo, *Gli spazi giuridici della città contemporanea. Rappresentazioni e pratiche*, 2017
18. A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, 2017
19. F. Ciaramelli, F.G. Menga (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, 2017
20. F. Riccobono, F. Romeo (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, 2018
21. G.M. Labriola (a cura di), *Ri-trovare il Diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, 2018
22. V. Nitrato Izzo, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, 2019
23. G. Blando, *Secolarizzazione e laicità*, 2019
24. F.G. Angelini, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, 2020

25. G. Conza, *Ponderare in bioetica*, 2020
26. P. Marino, *La maschera del diritto. Secolarizzazione e normatività*, 2020
27. T. Gazzolo, *Jus/Lex. Hobbes e il diritto naturale*, 2020
28. F. Savona, *Diritto e riconoscimento. La giuridicità come capacità umana*, 2020

TESTI

1. A. Abignente, F. Ciaramelli, U. Pomarici (a cura di), *Validità, diritti, effettività. Pagine di filosofia del diritto del Novecento*, 2010
2. M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, 2012
3. B. de Giovanni, *Alle origini della democrazia di massa. I filosofi e i giuristi*, 2013
4. B. de Giovanni, *Disputa sul divenire. Gentile e Severino*, 2013
5. B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, 2015
6. L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, II ed., 2017
7. L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, 2016
8. H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, a cura di U. Pomarici, 2017
9. B. de Giovanni, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, 2018
10. U. Pomarici, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, 2019
11. A. Abignente, *L'ordine e il molteplice. Il ritmo dell'argomentazione giuridica*, 2020

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
presso la *Grafica Elettronica* Napoli