

PIER GIUSEPPE PUGGIONI
Dottorando in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
piergiuseppe.puggioni@phd.unipi.it

**POTERE, LIBERTÀ E AUTONOMIA.
PARADOSSI DEL PENSIERO GIURIDICO
ALL'EPOCA DELLA CRISI**

**POWER, LIBERTY AND AUTONOMY. PARADOXES IN
LEGAL THOUGHT AT THE TIME OF CRISIS**

SINTESI

L'obiettivo di questo lavoro è, anzitutto, di evidenziare l'insufficienza euristica di alcune categorie del pensiero giuridico moderno, quali il potere, la libertà e l'autonomia. Prendendo spunto da alcune discussioni relative alle odierne vicende pandemiche, si sosterrà che l'emergenza sanitaria rappresenti un momento di particolare accentuazione della crisi, già in atto, della concezione giuridica liberale. Questo schema teorico, fondato sulla legalità dell'azione politica e sulla validità delle norme in base alla gerarchia delle fonti, non può funzionare senza l'adeguata considerazione del carattere 'governamentale' dei dispositivi attraverso cui lo Stato esercita il potere. Analogamente, la concezione della libertà come diritto soggettivo non può, da sola, emancipare l'individuo dal potere 'paterno' dello Stato, ma dev'essere integrata con un'idea di autonomia come libero riconoscimento del proprio dovere verso l'altro. In conclusione, si affermerà che le proposte concettuali avanzate possono servire, se non a trasformare, quantomeno a riformare gli schemi teorici della dottrina giuridica contemporanea.

ABSTRACT:

This paper aims first to stress that some modern legal categories, such as power, liberty and autonomy, are heuristically inadequate. Moving from the current doctrinal debate on the 'covid-19' pandemics, I will argue that this emergency is likely to exacerbate the ongoing crisis of the liberal conception of law. This theoretical framework, which is grounded on the legality of political action and validity of norms in relation to a hierarchy of normative sources, is no longer able to work without considering the 'governmental' devices employed by the State. On a similar ground, I will maintain that conceiving liberty as a kind of subjective right cannot succeed in emancipating the individual from the 'paternalistic' power of the State: the idea of liberty needs a concept of autonomy connected to the free recognition of our duties towards the 'other ones'. To conclude, I will state that all these theoretical hypotheses can help to reform, if not to transform, the conceptual framework of contemporary jurisprudence.

PAROLE CHIAVE: autonomia, diritto, governamentalità, libertà, potere.

KEYWORDS: autonomy, law, governmentality, liberty, power.

INDICE: 1. Concezioni giuridiche e pandemia tra modernità e post-modernità – 2. Alcuni concetti problematici – 3. Leggere l'azione di governo: legalità e governamentalità – 4. Possibile integrazione tra gli schemi epistemici – 5. Libertà, autonomia e paternalismo nello Stato di diritto – 6. Dalla libertà per l'autonomia all'autonomia per la libertà – 7. Un possibile 'rischiamento' dei concetti

1. Concezioni giuridiche e pandemia tra modernità e post-modernità

Non è facile attribuire un senso 'intellettuale' o 'teorico' alla riflessione sul rapporto fra diritto e persona nel periodo dell'emergenza pandemica. Lo studio e la comprensione del diritto positivo, d'altronde, assumono l'esistenza di certe caratteristiche del mondo e dell'uomo, ponendole a fondamento del sistema giuridico¹. Poiché, tuttavia, le concezioni del diritto devono fare i conti con l'inevitabile carattere «contingente»² di tali elementi, il mutamento di questi ultimi consente di rivelare e 'smascherare' la portata relativa – e non assoluta – di alcune categorie politiche e giuridiche. Il tentativo di analizzare il contenuto del diritto durante un periodo di sconvolgimento della vita sociale potrebbe, dunque, apparire privo di senso, dal momento che le condizioni empiriche poste alla base della stessa idea di diritto rappresentano la condizione di possibilità della sua comprensione. Tuttavia, la trasformazione dei fatti che la scienza giuridica occidentale pone a fondamento del diritto sembra in grado, a certe condizioni, di mettere allo scoperto la nostra tendenza a credere che una data concezione del fenomeno giuridico rappresenti la sua stessa 'essenza' e che, in altri termini, del diritto non possa darsi un significato diverso da quello che gli è stato attribuito nel corso della storia.

Si può sostenere, dunque, che la pandemia, apportando significativi cambiamenti alla nostra maniera di 'stare nel mondo', sia capace di farci acquistare una maggiore consapevolezza della portata normativa di concetti quali il 'potere', il 'diritto soggettivo', la 'libertà', la 'democrazia' e così via. Il verificarsi di avvenimenti catastrofici tende a riflettersi sul nostro modo di concepire i rapporti tra il 'mondo della vita' e quello delle 'norme', mostrando, in particolare, la forte dipendenza del secondo dal primo³. Può essere utile, pertanto, affrontare il problema dell'incidenza dell'emergenza sui sistemi giuridici nazionali

¹ Su questa linea si pone, ad esempio, il cosiddetto «contenuto minimo del diritto naturale», che per Hart, com'è noto, si fonda su «alcune generalizzazioni molto ovvie [...] riguardanti la natura umana e il mondo in cui gli uomini vivono» [H. L. A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. ita. di M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, II ed., Torino, Einaudi, 2002, p. 224].

² Si tratta di una proprietà (la non-necessità, o contingenza) sottolineata più volte da H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 223, 227, 232, con riguardo alle 'verità ovvie' su cui si basa il 'diritto naturale minimo'.

³ Tale nesso risulta evidente, ad esempio, nella teoria comunicativa di Habermas, per il quale la dimensione del diritto, come forma di 'mediazione' tra fatti e norme, trae le proprie premesse dalla particolare configurazione del «mondo di vita» e della complessità sociale, in quanto «sono soprattutto i processi della differenziazione sociale quelli che innescano una pluralità di funzioni specializzate, ruoli sociali, situazioni d'interesse» [J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. ita. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 34].

in quanto lo sviluppo della prima può riflettersi sul concetto stesso di diritto, ossia sui termini e sulle categorie attraverso cui tale fenomeno normativo viene compreso e 'costruito'.

Un attento sguardo al corso della pandemia sembra in grado, in un certo senso, di gettare luce sulla demarcazione fra un modo 'moderno' di concepire il diritto ed un diverso modo 'post-moderno', una distinzione già tratteggiata dalla storiografia giuridica⁴ e che forse si presterebbe ad un'indagine più approfondita sotto un profilo teorico. Alcune categorie fondamentali del pensiero giuridico 'moderno' mostrano, in quest'epoca di crisi, una certa precarietà, non trovando più riscontro in una realtà materiale, etico-sociale e politica che sperimenta alterazioni e mutamenti radicali. La 'radicalità' di tali trasformazioni dipende, a sua volta, dalla relazione fra le caratteristiche della vita sociale e le categorie normative che determinano il nostro concetto di diritto: il mutamento, cioè, può dirsi tanto più rilevante quanto più stretto è il legame tra un certo significato attribuito alle relazioni intersoggettive e i concetti che fondano le nostre rappresentazioni del sistema giuridico. In tal senso, quindi, sarebbe possibile esaminare lo sviluppo del discorso giuridico in rapporto alla 'crisi' sanitaria, riconducendo l'emergenza alla categoria di «*crisi*» che Reinhart Koselleck ha individuato nel campo della filosofia della storia, ossia un «*concetto epocale, che indica una fase critica di passaggio, dopo la quale molte cose, se non tutte, saranno fondamentalmente diverse*»⁵.

Nella misura in cui la crisi tende ad accentuare o, comunque, a porre in evidenza una trasformazione già in atto, l'osservazione della pandemia potrebbe allora autorizzare o confermare una visione che distingua non tanto i 'contenuti giuridici' della modernità da quelli della 'post-modernità', quanto piuttosto i 'concetti' o le 'concezioni' moderne del diritto da quelle che potremmo chiamare 'post-moderne'. Da questa premessa, si badi, non discende la completa inutilizzabilità di certi concetti e categorie 'moderni' quando si tratti di comprendere un fenomeno ('post-moderno') al quale altri strumenti concettuali sarebbero più adatti. Ciò che si vuole mostrare è la più semplice idea che determinate categorie abbiano maggiore efficacia euristica se impiegate per la comprensione di certi fenomeni, piuttosto che di altri, e che la misura di tale efficacia sia grossomodo correlata alla sovrapposizione tra i presupposti 'di fatto' sui cui si fondano i fenomeni studiati e quelli che fondano la 'costruzione' dei concetti impiegati. Nelle pagine che seguono, si cercherà di affrontare questo problema con riferimento ad alcune categorie-chiave del pensiero politico e giuridico, mostrando, per un verso, come la pandemia tenda a farne emergere alcu-

⁴ Si tratta di una distinzione che ricorre in diversi testi di Paolo Grossi: accennata nelle conclusioni di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 255-257, essa viene sviluppata in altri scritti, come P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, in particolare da p. 3 ss. e p. 90 ss.

⁵ R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, a cura di G. Imbriano e S. Rodeschini, Verona, Ombre corte, 2012, p. 51.

ni limiti e cercando, per altro verso, di proporre una lettura che non si fermi alla de-costruzione, ma ipotizzi una possibile ri-costruzione delle stesse.

2. Alcuni concetti problematici

Fra le categorie politico-giuridiche di cui la pandemia sembra far vacillare il fondamento, è possibile selezionare tre concetti particolarmente rilevanti e, peraltro, largamente discussi in questo periodo: si tratta del problema della legittimità del potere, delle limitazioni alla libertà e dell'autonomia dei soggetti nella definizione dei contenuti normativi. Nell'economia di questo breve intervento, non si pretende di esaurire tutte le questioni relative a tali argomenti, e nemmeno, a ben guardare, sarebbe possibile esaminare in modo puntuale tutte le implicazioni dell'interazione fra tali concetti e l'emergenza da 'covid-19'. Sembra, tuttavia, possibile riflettere su alcune questioni in cui si palesa, con particolare evidenza, la discrasia tra la definizione 'moderna' di questi concetti e le circostanze di fatto che stiamo sperimentando nel tempo presente. Chi scrive è, inoltre, consapevole che il significato di tali concetti nella cultura moderna è fortemente controverso, ma, non potendo prendere in esame tutte le posizioni teoriche espresse in rapporto a quegli argomenti, il nostro discorso si limiterà a considerarne un significato che appare, in un certo qual modo, assodato o prevalente in seno alla scienza giuridica dei giorni nostri.

Orbene, se si può affermare che a qualificare la 'crisi' di questo tempo sia il rapporto tra la pandemia e le relazioni politico-sociali, è opportuno articolare il discorso in diversi sotto-temi a seconda delle diverse prospettive da cui osservare tale interazione. In primo luogo, infatti, si osserverà la gestione della crisi in rapporto all'azione di governo (*recte*, dello Stato), considerando il profilo della legittimità del potere. In secondo luogo, sarà possibile esaminare la prospettiva del singolo, osservando, da una parte, il suo rapporto con lo Stato, dove emerge il problema della libertà rispetto agli obblighi di distanziamento sociale, e considerando, d'altra parte, il tema dell'autonomia come fonte di regolamentazione nei rapporti tra soggetti, per mostrare come, in una situazione di indebolimento dell'apparato istituzionale preposto al controllo e alla disciplina delle condotte, l'azione spinta dal rispetto per l'altro sia fondamentale per la protezione dei diritti di molti.

La breve disamina che segue rileverà, da un lato, l'inadeguatezza degli strumenti concettuali abitualmente impiegati per cogliere il significato 'giuridico' degli atti emanati dallo Stato, mettendo in luce, dall'altro lato, il carattere precario e velatamente contraddittorio della nozione di 'libertà' come diritto soggettivo. Si cercherà, infine, di sostenere che la prospettiva individualistica del diritto soggettivo potrebbe lasciare spazio a quella fondata sul dovere intersoggettivo e 'comunicativo', che sembra capace spegnere l'illusione di una falsa autonomia e di gettare una luce meno oscura sul rapporto di alterità tra governo e cittadini.

3. Leggere l'azione di governo: legalità e governamentalità

Il criterio per selezionare le problematiche da affrontare, con riferimento a tutti i profili considerati, ma in particolar modo per quanto riguarda il 'potere', è dato dalla portata teorico-giuridica dei concetti e dei temi legati a tale nozione, nonché dalla rilevanza che tali concetti abbiano (o possano avere) per la scienza giuridica. La questione sul 'potere' che rileva ai nostri fini, dunque, si riferisce essenzialmente al tema del giudizio sull'azione del governo o, in altri termini, al problema della legittimità dell'esercizio di un potere normativo. Occorre, in questa sede, indagare i criteri e parametri in base a cui è possibile comprendere, spiegare e, in certa misura, valutare gli atti normativi e i provvedimenti adottati dall'autorità giuridica pubblica.

Si tratta di un problema che ha avuto grande risonanza nel dibattito dottrinale, soprattutto nella fase iniziale della gestione della malattia nel nostro Paese, quando il Governo emanava i primi provvedimenti anti-contagio e stabilito il *lockdown* nazionale. La discussione, d'altra parte, prosegue ancor oggi seguendo l'emanazione di nuovi atti 'eccezionali' e riguarda, in particolare, la legittimità e la validità delle misure di contenimento, in quanto appare dubbio il rispetto, da parte degli organi di governo statali e regionali, delle norme costituzionali sul rapporto tra fonti normative. Il dibattito interno alla scienza giuridica, com'è noto, ha tendenzialmente diviso gli autori a favore della legittimità costituzionale delle misure da chi, invece, ne rigettava la validità per violazione delle garanzie poste dalla Costituzione a presidio della libertà contro l'esercizio arbitrario del potere.

Dal punto di vista teorico-giuridico, dunque, la dottrina ha adottato un criterio fondato sulla *legalità* degli atti, assumendo come parametro le norme della Costituzione e valutando i provvedimenti del governo da un punto di vista gerarchico-formale. D'altronde, i principi che regolano i rapporti tra fonti del diritto si fondano sulla logica kelseniana per cui le condizioni di validità di una norma giuridica vanno cercate nelle norme di rango superiore⁶. Tali condizioni di validità, peraltro, non si limitano alla fissazione di procedure per l'approvazione delle norme di rango inferiore, ma delimitano altresì la sfera dei contenuti che determinate fonti sono legittimate a disciplinare: la Costituzione, per esempio, attribuisce ad una determinata tipologia di fonti la competenza a regolamentare determinate materie. Si tratta, com'è evidente, di una struttura logica che permea tutto l'apparato concettuale attraverso cui noi leggiamo il sistema giuridico. Lo stesso concetto di 'riserva di legge', in forza del quale si potrebbe contestare l'adozione di misure draconiane attraverso lo strumento del d.p.c.m., implica un principio di gerarchia tra fonti che si articola tanto in relazione alle procedure di approvazione quanto in ordine ai contenuti o alla materia oggetto di regolazione.

⁶ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1943), trad. ita. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952 p. 41, in particolare da p. 95.

Orbene, il paradigma della legalità, di per sé, non sembra in grado di cogliere appieno il 'senso' dell'agire governativo o, in generale, del 'governo', se con tale espressione intendiamo non tanto il 'soggetto' titolare del potere esecutivo o di un potere normativo all'interno dell'organizzazione dello Stato, quanto piuttosto la 'pratica' che concretamente si esprime secondo operazioni di vario tipo – legate in larga misura all'organizzazione, alla gestione, al controllo – e si esercita in forme non necessariamente costitutive di rapporti giuridici 'diretti' tra il singolo e autorità. Con riferimento alle strategie governative per il 'controllo' della malattia, alcuni hanno parlato di una «*fine della legalità*» per alludere al fatto che, nel nostro tempo, ben prima del virus, «*si è finalmente compiuto, [giungendo] alla sua fine, un tipo di potere che aveva per forma il diritto – e anzitutto la sua espressione nella legge – in quanto pensava se stesso e agiva secondo una logica dell'obbedienza*»⁷. La concezione del potere attraverso lo schema 'giuridico' della legalità conduce oramai a valutazioni estranee rispetto alla dinamica concreta del potere, la quale – per dirla in termini foucaultiani – appare più vicina alla messa in opera di «*dispositivi di sicurezza*» per il «*governo della popolazione*» piuttosto che all'«*esercizio di una sovranità che aspira a scendere nei dettagli più minuziosi dei comportamenti individuali*»⁸.

Alla luce dell'apparente insufficienza dell'alternativa binaria tra 'legalità' e 'illegalità', sarebbe, dunque, possibile leggere l'esercizio del potere secondo il paradigma della *governamentalità*, che parrebbe in grado di cogliere in modo più 'completo' il significato del 'governo' inteso come 'pratica' di gestione e controllo di fenomeni in relazione alla 'popolazione'. In uno dei più noti corsi tenuti al Collège de France (quello dell'anno 1977-1978), Michel Foucault distinse infatti la nozione di «*popolo*», quale 'soggetto' (o, meglio, insieme di soggetti) che si contrappone al sovrano rivendicando determinate prerogative giuridico-contrattuali, da quella di «*popolazione*», che appare invece l'«*oggetto*» del controllo da parte di un'autorità di governo, il quale agisce «*su un insieme di fattori apparentemente lontani dal comportamento immediato*» della popolazione stessa⁹. Se, da un lato, i dispositivi giuridici sembrano per lo più legati al rapporto tra popolo e governo, dall'altro lato i dispositivi di sicurezza e le tecniche governamentali postulano un'impostazione 'gestionale' del rapporto fra soggetto governante e soggetto governato. In altri termini, data la necessità di perseguire determinate esigenze, stabilite in base ad un calcolo utilitaristico¹⁰, chi eserciti il potere sull'insieme della popolazione cerca di gestirne l'esistenza «*nel miglior modo possibile*»¹¹ in rapporto ai mutamenti delle condizioni ambientali. È, appunto, su tali condizioni ambientali che agiscono le pratiche governamentali, cercando di

⁷ T. GAZZOLO, *Epidemia, o la finzione della peste*, in *Endoxa. Prospettive sul presente*, 2020, 24, pp. 51-52.

⁸ M. FOUCAULT, *Securié, territoire, population* (2004), trad. ita. di P. Napoli, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 58.

⁹ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., pp. 62-63.

¹⁰ Foucault sottolinea, appunto, come «*la filosofia utilitarista sia stata il sostegno per [il] governo delle popolazioni*» (ivi, p. 64).

¹¹ Ivi, p. 44.

‘giocare’ con fattori naturali o comportamenti umani mediante lo sfruttamento di correlazioni statistico-probabilistiche e di previsioni basate su conoscenze tecnico-scientifiche.

4. Possibile integrazione tra gli schemi epistemici

L’opacità dell’approccio fondato sulla legalità potrebbe ricondursi al carattere, per certi versi, eccessivamente restrittivo della rappresentazione assunta in ordine alla relazione tra il soggetto che pone le norme ed il soggetto destinatario delle medesime. L’ordine del discorso¹² ‘giuridico’ sembra presumere che tale rapporto si espliciti secondo lo schema dell’obbedienza, o disobbedienza, all’obbligazione derivante da un contratto sociale. Il meccanismo ‘legale’ suddivide l’oggetto delle proprie norme, cioè le possibili condotte dell’individuo, «secondo un codice che è quello del lecito e del vietato» e specificando «ciò che è permesso o, piuttosto, obbligatorio»¹³. Il diritto, dunque, tende ad agire sull’atteggiamento positivo od omissivo del singolo attraverso prescrizioni formalmente definite e, perciò, l’analisi e la valutazione del sistema giuridico devono considerare solamente le caratteristiche formali del rapporto tra l’individuo e l’autorità.

La scienza giuridica compie, pertanto, una ‘selezione’ degli elementi contestuali e situazionali che risultino rilevanti al fine di esaminare la relazione fra la libertà dell’individuo, qualificata in termini di non-impedimento o assenza di legge¹⁴, e l’obbligo giuridico posto dall’autorità. Orbene, il criterio impiegato per determinare la *rilevanza* degli elementi fattuali nel ragionamento giuridico è, per lo più, quello della sussunzione di tali elementi sotto una norma giuridica di rango superiore a quella oggetto di valutazione. Se, ad esempio, per giudicare la ‘legittimità’ delle disposizioni amministrative adottate dal governo per imporre il *lockdown*, si avvertisse l’opportunità di considerare il presupposto della necessità di agire in poco tempo, senza l’aggravio di numerose formalità e con la probabilità di dover mutare nuovamente una regolamentazione dettagliata nel breve periodo, si dovrebbe verificare se l’impiego di tali strumenti normati, il contenuto di talune regole al loro interno o le ragioni particolari della loro adozione trovino ancoraggio in una previsione di rango costituzionale. Il giurista tende a considerare illegittimo, dal punto di vista metodologico, l’interrogarsi in

¹² Per la categoria foucaultiana di «ordine del discorso», è utile rinviare ad altre opere dell’autore, come M. FOUCAULT, *L’archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura* (1969) (trad. ita. di G. Bogliolo, Milano, Rizzoli, 1997, p. 1, da p. 174). L’espressione, talora sostituita dalla parola «episteme», allude all’insieme di concetti e valori, attribuibili ad un certo contesto storico, «in cui le conoscenze, considerate all’infuori di ogni criterio di riferimento al loro valore razionale o alle loro forme oggettive, affondano la loro positività» [ID., *Le parole e le cose. Un’archeologia delle scienze umane* (1966), trad. ita. di E. Panaitescu, Milano, Rizzoli, 1967, p. 12].

¹³ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., p. 46.

¹⁴ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), ed. J. C. A. Gaskin, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 1, in particolare da p. 139, dove si afferma che ‘libero’ è colui «al quale non sia impedito di fare ciò che vuole» e che, dunque, la libertà «significa propriamente l’assenza di opposizione» (trad. mia).

termini «causalib» o simil-causali sui fattori per i quali «un legislatore abbia emanato proprio queste e non altre norme e quali effetti abbiano avuto le sue disposizioni»¹⁵.

È, chiaramente, la ricerca di una garanzia contro l'arbitrio di chi governa a determinare in noi il bisogno di trovare un riscontro normativo puntuale per fatti che giustifichino non solo l'adozione di norme eccezionali fondate su una dichiarazione di 'stato d'emergenza', ma l'emanazione, in generale, di qualsiasi norma. Quest'istanza garantistica, che presuppone un rapporto inevitabilmente (ed 'essenzialmente') conflittuale tra gli interessi dei singoli e quelli perseguiti dal governo, non abbandona il campo delle valutazioni giuridiche anche laddove il rapporto 'politico' tra i soggetti assume un carattere sensibilmente più complesso di quanto la sua rappresentazione in termini di 'rapporto obbligatorio' lasci intravedere. La dottrina giuridica contemporanea tende a ipostatizzare il presupposto fattuale della concezione legalistica o formalistica di tale relazione politica, rendendosi cieca in una doppia direzione. Essa è, da un lato, cieca verso il passato, in quanto dimentica che il presupposto fondamentale del paradigma da essa impiegato, la vigenza della Costituzione, è, per molti versi, frutto di un evento eccezionale, «l'unico», anzi, «davvero accaduto, tale da dare un senso determinato ad espressioni contenute nella costituzione formale che, altrimenti, ne sarebbero del tutto prive»¹⁶. La cecità, d'altro canto, riguarda anche e soprattutto il presente, poiché la legittimità del potere tende sempre più a fondarsi su differenti presupposti, che spesso non si fondano primariamente sulla ricerca dell'obbedienza dei soggetti. Secondo alcuni, «ciò che richiede essenzialmente il potere, ora, non è l'obbedienza – o, più correttamente: quella con il potere non è più una relazione di obbedienza (per quanto, ovviamente, ciò non significa che non continueranno ad esistere obblighi e divieti»¹⁷. Quest'affermazione sembra, in effetti, confermata da uno sguardo complessivo alla strategia di contenimento adottata dal nostro governo.

Attraverso un approccio 'governamentale' alla valutazione dell'azione politica, sembra dunque possibile cogliere in modo soddisfacente il funzionamento dei meccanismi strategici messi in campo da chi esercita il potere. L'istituzione degli obblighi di isolamento, la limitazione della possibilità di circolare liberamente sul territorio, la previsione di divieti o obblighi relativi al vestiario, alla distanza interpersonale o all'igiene fanno parte, da questo punto di vista, «di una serie di dispositivi, di relazioni, che non hanno più a che vedere con la pretesa del potere di essere obbedito»¹⁸, bensì con l'esigenza di governare un fenomeno, che nel nostro caso è la rapida diffusione del virus a fronte delle limitate risorse del sistema sanitario, attraverso strategie di calcolo, previsione e controllo.

¹⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 54. Com'è noto, il giurista praghese definisce questa pratica scientifica «sociologia giuridica» e, pur senza metterne in questione il valore intellettuale, nega che essa abbia a che fare «con le norme giuridiche come specifiche strutture qualificative».

¹⁶ A. RACITI, *Tanto peggio per i fatti: l'idiosincrasia del positivismo giuridico*, in *Endoxa. Prospettive sul presente*, 2020, 25, p. 123.

¹⁷ T. GAZZOLO, *Epidemia, o la finzione della peste*, cit., p. 47.

¹⁸ Ivi, p. 50.

Ci si potrebbe, tuttavia, chiedere in che modo sia possibile 'valutare' l'esercizio del potere secondo una prospettiva che tenga conto della sua governamentalità, posto che uno schema di questo tipo presenta alcune criticità dal punto di vista teorico, per lo meno quando si cerchi di invocarlo per denunciare l'obsolescenza degli argomenti improntati al formalismo giuridico. Potrebbe obiettarsi, in primo luogo, che l'attuazione delle pratiche governamentali avviene, in ogni caso, attraverso strumenti che hanno carattere formalmente giuridico o, comunque, che rientrano nello spettro di quanto la scienza giuridica moderna considera oggetto del proprio sapere. D'altronde, si deve notare come il paradigma governamentale e quello giuridico-legale presentino diversi punti di contatto, tali da farli sembrare meno distanti di quanto possano apparire a prima vista. Per un verso, infatti, la pratica governamentale presuppone la presenza del diritto nel contesto in cui deve attuarsi: presuppone, cioè, che nello spazio sociale vi siano relazioni ispirate ad un 'rapporto di obbligazione', in cui l'individuo rivendica 'spazi' di libertà e il governo cerca di 'disciplinare' la sua condotta. Per altro verso, invece, lo stesso rapporto di 'obbligazione', che si vorrebbe legare in modo biunivoco al dispositivo giuridico-legale, non può considerarsi se non alla luce del fondamento stesso di tale obbligazione: la configurazione giuridica di una relazione in termini di 'obbligo' presuppone, infatti, il fatto che un soggetto assuma volontariamente l'obbligo, o comunque accetti di rispettare un sistema di obblighi per un certo fine. L'ordinamento giuridico, come nota Hart, ha bisogno di prevedere norme con un certo contenuto, proprio perché, se tali norme non vi fossero (ad esempio, se non vi fossero regole per limitare un comportamento violento), tale ordinamento non verrebbe 'accettato' e dunque mancherebbe di effettività¹⁹. Lo stesso Hobbes, com'è noto, sottolinea che l'obbedienza allo Stato si giustifica attraverso un'esigenza empirica, che consiste nella sicurezza e nella protezione dei soggetti che aderiscono al patto sociale²⁰.

Il rapporto fra le due concezioni si complica ulteriormente quando si constata che, mentre l'approccio 'giuridico' contempla la possibilità per il giurista, come per ogni soggetto, di giudicare la legittimità di una norma in base a determinati criteri, un approccio 'sociologico' non consente, di per sé, di formulare un simile giudizio. La dottrina della governamentalità permette di spiegare il legame tra alcuni fenomeni sociali e l'esercizio del potere, ma si espone al problema logico di non poter ricavare un giudizio 'normativo' a partire da proposizioni di fatto (è la famosa 'legge' di Hume). Per poter esprimere una valutazione sul potere è necessario, dunque, agganciare la premessa sociologica

¹⁹ Tesi sostenuta, fra gli altri, da M. A. CATTANEO, *Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIII (1965), p. 689, e C. GASPAROLI, *Il Diritto tra Natura e Politica. Per una lettura di H.L.A. Hart*, Firenze, Altralea Edizioni, 2013, p. 133 riferimento, in particolare, a H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 231, dove l'autore suggerisce che la «definizione delle forme fondamentali» del diritto e della morale non può essere compiuta «senza riferimento a un contenuto specifico o a bisogni sociali».

²⁰ T. HOBBS, *Leviathan*, cit., p. 114, dove si parla di «security» e «safety», e p. 147, dove l'autore usa il termine «protection» per indicare il fine dell'obbedienza.

ad un riferimento normativo, in modo da autorizzare una conclusione che si esprima in senso normativo sulla legittimità del potere.

Ora, posto che il diritto – qui inteso, in senso lato, come mezzo di condizionamento per le relazioni sociali ‘esterne’ –, non costituisce l’unico dispositivo ‘normativo’ che regola i rapporti umani (accanto ad esso vi è, infatti, ciò che chiamiamo ‘religione’, ‘morale’, ‘costume’), esso si è affermato, nel corso della storia, come il mezzo più efficace per la risoluzione dei conflitti d’interessi in uno spazio sociale molto ampio e, dunque, diversificato. Sarebbe, allora, possibile integrare gli strumenti concettuali ‘giuridici’ attraverso la conoscenza degli altri paradigmi attraverso cui il potere agisce. Il giurista potrebbe, così, accostarsi al contenuto di alcune norme adottate dallo Stato assumendo la teoria della governamentalità o della sicurezza quale sapere utile a livello interpretativo, atto a esplicitare le ‘ragioni’ sottese alle norme oggetto di giudizio. Un tale approccio ‘integrativo’ consentirebbe, ad esempio, di valutare in modo più completo (rispetto all’impiego del solo metodo giuridico-formale) previsioni quali la restrizione della libertà di circolazione, l’obbligo di indossare le maschere protettive o il coprifuoco. Integrare la conoscenza dei criteri ‘giuridici’ con quella delle esigenze governamentali comporterebbe, inoltre, una maggiore consapevolezza in relazione a valutazioni che la scienza giuridica compie abitualmente. L’analisi giuridica, infatti, richiama spesso le considerazioni sottese alle pratiche di governo, quando si tratta di comprendere il motivo per cui una certa norma abbia un dato contenuto: la previsione, ad esempio, del limite massimo di velocità nella circolazione stradale non si spiegherebbe solo attraverso il riferimento ai «*motivi di sicurezza*» di cui all’art. 16 Cost., che imporrebbero di ‘guidare con prudenza’, ma occorre altresì riflettere sui prevedibili problemi applicativi che deriverebbero dall’esatta riproduzione di questa *ratio* nel testo del codice della strada²¹. Le medesime considerazioni possono applicarsi, *mutatis mutandis*, alle previsioni che stabiliscano, ad esempio, l’obbligo di indossare la mascherina pressoché in ogni circostanza di non-convivenza e non-isolamento, o che vietino a chiunque, salvo alcune eccezioni, di circolare sulla pubblica via oltre un certo orario. In estrema sintesi, si può sostenere che l’acquisizione di una teoria ‘sociologica’ del potere alle tecniche interpretative ‘giuridiche’ rappresenti, in generale, un potenziale arricchimento per la scienza giuridica, non solo nella prospettiva della comprensione dei meccanismi di

²¹ Si tratta di riflessioni già formulate da F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning* (2009), trad. ita. di G. B. Ratti, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci, 2016, pp. 50-51, dove l’autore prende in esame il caso di una previsione che, nel codice dello Stato del Montana, richiedeva di guidare in modo «*ragionevole e prudente*», dichiarata invalida dalla Corte suprema del medesimo Stato per eccessiva vaghezza. L’impostazione di Schauer, tuttavia, procede da una prospettiva di giudizio squisitamente ‘giuridica’, cioè fondata sulle norme stesse e non sulle loro ‘ragioni’: egli afferma, infatti, che «*la concreta formulazione di una norma, e non la sua giustificazione di fondo, normalmente rappresenta ciò che il diritto esige*» (ivi, p. 51).

funzionamento del potere, ma anche in direzione di una progressiva apertura della giurisprudenza alle altre scienze sociali²².

5. Libertà, autonomia e paternalismo nello Stato di diritto

I problemi del giudizio sull'esercizio del potere sono, per certi versi, connessi a quelli relativi al concetto di 'libertà'. In entrambi i casi, si può sostenere che il paradigma giuridico-legale, nella sua configurazione 'moderna', fornisca una soluzione insoddisfacente alle questioni che vorrebbe risolvere. La concezione liberal-individualistica del diritto mostra, con riguardo ai diritti del singolo nei confronti dello Stato, degli esiti quasi 'aporetici', per lo meno se si considera il diritto soggettivo come portato dell'ideologia liberale, che vorrebbe, a un tempo, limitare l'arbitrio del potere sovrano e garantire l'autodeterminazione dell'individuo²³. Risulta evidente, dunque, il forte nesso che lega, dal punto di vista teorico-politico e filosofico-giuridico, i concetti di 'libertà' e 'autonomia', ragion per cui sembra opportuno trattare congiuntamente i due argomenti.

La questione della 'libertà' nasce dalla preoccupazione generale (non solo dottrinale, evidentemente) per le stringenti misure che incidono su aspetti della vita personale e sociale considerati irrinunciabili nel nostro tempo. Nella prospettiva del giurista, queste limitazioni non riguardano 'fatti' della vita, ma posizioni giuridiche soggettive garantite nell'ambito dello Stato democratico di diritto, ossia alcuni fra i più importanti diritti di rilevanza costituzionale ('diritti fondamentali'). La preoccupazione dottrinale riguarda, in particolare, lo scavalcamento delle garanzie formali e materiali, di cui si è già discusso nelle pagine addietro, per l'adozione di disposizioni di carattere emergenziale²⁴. D'altra parte, l'impiego iniziale, da parte del Governo e dei Presidenti delle Regioni, di un apparato sanzionatorio penale per garantire il rispetto delle misure, giustificava

²² Al giurista dell'epoca 'post-moderna' servono, com'è stato segnalato, «occhiali che gli permettano di leggere nelle maglie, fitte di molte linee, che compongono [il piano del diritto globale]: geopolitica, economica, culturale, antropologica» [T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *Diritto e Società*, 2017, 1, p. 81].

²³ Si può qui richiamare la formula, sintetica ed efficace, con cui un importante teorico della social-democrazia sottolineava che una delle maggiori aspirazioni del liberalismo sia quella di «rivendicare il diritto dell'individuo a plasmare il proprio destino, senza riguardo per qualsiasi autorità che possa tentare di limitare le sue possibilità» [H. J. LASKI, *The Rise of European Liberalism. An Essay in Interpretation* (1936), II ed., Delhi, Aakar Books, 2005, p. 17, trad. mia].

²⁴ Un esempio, tra molti, potrebbe essere quello di G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi. Le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 21, che esprime forti e sensate perplessità nei confronti delle argomentazioni dottrinali che supportano la legittimità delle misure. Secondo l'autore, infatti, si dovrebbe dubitare della costituzionalità del *lockdown* se l'interpretazione coordinata delle fonti «autorizzasse qualunque deroga non in sede di attuazione (anzi, coordinamento dell'attuazione) degli interventi di protezione civile, ma in sede di predisposizione normativa, fino a poter disporre limitazioni a diritti fondamentali dei cittadini» (ivi, p. 32).

un timore siffatto per via dell'apparente sospensione 'eccezionale' dei presidi costituzionali della riserva di legge (art. 25, co. 2, Cost.) e di competenza statale (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.)²⁵. Il problema del giurista è, però, legato ad una generale paura delle limitazioni dei diritti nello Stato di diritto, dove l'individuo vede la propria libertà colpita da varie misure 'governamentali' che sembrano obbedire alla strategia machiavelliana di «presupporre tutti gli uomini re»²⁶.

La questione della libertà è, perciò, legata a doppio filo a quella della legittimità del potere 'sovrano' (il potere che pone norme giuridiche), in quanto, da una parte, «il sovrano è colui che è capace di dire 'no' al desiderio di un individuo»²⁷, mentre quest'ultimo, a sua volta, oppone al primo il proprio «no» non solo disobbedendo, ma altresì rivendicando il proprio diritto di libertà. L'assetto 'giuridico' di questo rapporto tra l'individuo e lo Stato è determinato alla base dalla percezione dell'autorità come una minacciosa 'alterità' dalla quale occorre proteggere la sfera 'privata' dell'individuo. Il problema sembra, dunque, avere origine nel presupposto antropologico del concetto di 'libertà' assunto dalla cultura giuridica occidentale, poiché il desiderio di porre un freno alle pretese, potenzialmente arbitrarie, dello Stato attraverso meccanismi di garanzia legale e costituzionale non esclude, in realtà, la permanenza di un rapporto 'paternalistico' tra l'autorità politico-giuridica e il soggetto.

L'individuo, infatti, sembra costantemente alla ricerca di una 'definizione' chiara, precisa e stabile di ciò che può e non può fare, per mantenere una convivenza civile pacifica che gli consenta di realizzare i propri desideri. Egli ha bisogno che qualcuno stabilisca in modo netto i presupposti e le conseguenze della distinzione fra lecito e illecito, ma desidera, al contempo, che i confini della propria condotta lecita e del proprio 'potere' giuridico (cioè, di quelle prerogative che permettono di azionare meccanismi produttivi di effetti giuridici) siano il più possibile ampi ed estesi, con il corrispondente restringimento dell'ingerenza altrui nella propria sfera individuale²⁸. Il singolo, in quanto 'cittadino', si aspetta che sia lo Stato stesso a delimitare l'ambito della libertà individuale, dove per 'Stato' si intende non solo l'autorità di carattere nazionale, ma

²⁵ Com'è noto, nella fase iniziale della gestione dell'emergenza, il Governo e le Regioni rinviavano costantemente all'art. 650 c.p., per stabilire la punibilità del «mancato rispetto delle misure di contenimento» (come recitava il d. l. 23 febbraio 2020, n. 6). Dal punto di vista giuridico-formale, era dubitabile che i costanti rinvii a questa fonte, contenuti nei successivi d.p.c.m. e nelle ordinanze regionali, fossero coerenti con la riserva di legge imposta dalla Costituzione, dal momento che l'estensione della punibilità (l'art. 650 c.p. non è, come da tempo afferma la giurisprudenza, una norma penale 'in bianco') a condotte nuove e, peraltro, indeterminate richiederebbe, quantomeno, una fonte di rango legislativo adottata dallo Stato.

²⁶ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531), a cura di A. Sfonti, Modigliana (FC), Associazione Mazziniana Italiana, 2003, I, 3, p. 10.

²⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione, cit.*, p. 64.

²⁸ Secondo la celebre lezione di Kant, è, appunto, la ricerca della 'certezza' e del carattere «perentorio» di un dato assetto di relazioni che conduce alla necessità dell'istituzione dello Stato. A prescindere dalla «costituzione civile», infatti, potrebbe darsi una distinzione fra *mio* e *tuo*, ma si tratterebbe di «un possesso giuridico provvisorio», mentre «quello che si riscontra in un effettivo stato giuridico sarebbe un possesso perentorio» [I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. ita. di G. Landolfi Petrone, *Metafisica dei costumi*, Milano, Bompiani, 2006, p. 115].

in senso lato tutto il complesso degli organi e delle fonti normative facenti capo all'ordinamento costituzionale. L'ideale della certezza e della prevedibilità, dunque, non fa che tradurre sul piano giuridico una sorta di sentimento recondito che viene attribuito all'essere umano in quanto tale e che consiste in una duplice *ansia del limite*. Quest'ultima è duplice in quanto si declina secondo due direttrici, una delle quali è verticale e negativa, in quanto si riferisce alla volontà dell'individuo di espandere il proprio diritto soggettivo in contrapposizione allo Stato, allontanando così il 'limite' alla propria libertà. La seconda direttrice, invece, ha carattere – si potrebbe dire – orizzontale e positivo, poiché l'individuo cerca, contestualmente, il limite per sé e per la propria controparte (l'altro), in base all'assunto che una libertà priva di limiti sarebbe foriera di pericoli e danni tali da giustificarne la paura²⁹.

L'ansia del limite e l'antropologia della libertà 'negativa' (per cui vi è libertà solo negli spazi in cui il diritto positivo è assente) sfociano, con la dottrina moderna del diritto, nella configurazione della libertà stessa come 'diritto soggettivo'. Quest'ultima categoria, d'altronde, non è altro che un nome o un *medium* linguistico tramite cui s'individua l'attribuzione al soggetto di prerogative giuridiche tese ad escludere altri da uno spazio (fisico o 'sociale') o ad accrescere i mezzi per soddisfare il proprio desiderio³⁰. La sanzione giuridica dei diritti di libertà ha, dunque, l'effetto di 'rafforzare' l'antropologia dell'individualismo liberale, poiché grazie ad essi il cittadino è capace di 'sfruttare' proficuamente le relazioni intersoggettive in uno spazio sociale dove può sentirsi protetto attraverso la delimitazione dei diritti propri, degli altri individui e dello Stato stesso. Egli non accetta, tuttavia, l'ingerenza dello Stato quando questo intervenga a modificare il confine precedentemente fissato per il suo diritto. Ciò si verifica, per fare un esempio pertinente al nostro tema, anche quando il Governo, attraverso le misure di contenimento, proibisce la circolazione in determinate ore del giorno o vieta di spostarsi verso un certo territorio se non per giustificati motivi. Ogni ridefinizione del perimetro del diritto soggettivo rappresenta, per l'individuo, una sorta di 'mutilazione', per scongiurare la quale egli avverte la necessità di invocare parametri di rango costituzionale, che si pongono 'al di sopra' dell'esecutivo e del Parlamento.

Tali parametri, tuttavia, devono essere applicati da un organo superiore, proprio perché non può farsi affidamento su di un'auto-limitazione da parte del Governo o del Parlamento. L'appello ad un organo come la Corte costituzionale, dunque, è un passaggio fondamentale per *limitare* efficacemente, in 'seconda istanza', l'ingerenza del potere pubblico nel proprio spazio di libertà.

²⁹ Il riferimento 'classico', da questo punto di vista, è ancora una volta T. HOBBS, *Leviathan*, cit., pp. 82-86.

³⁰ È utile, a tal proposito, richiamare la nota concezione rossiana, per la quale il concetto di 'diritto soggettivo' «non designa qualche fenomeno che si inserisca fra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è soltanto un mezzo che consente di rappresentare [...] il contenuto di un insieme di norme giuridiche, di quelle norme cioè che connettono una pluralità disgiuntiva di fatti ad una certa pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche» [A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. ita. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, IV ed., Torino, Einaudi, 1965, p. 164].

Tuttavia, si può sostenere che la relazione fra l'organo superiore e l'individuo riproponga, per certi versi, lo stesso problema del rapporto fra l'individuo medesimo, che cerca di auto-determinarsi, e l'autorità titolare del potere che, di fatto, ostacola tale autodeterminazione. Infatti, se, da una parte, l'arbitrio del Governo sembra avere una vocazione 'paternalistica' nella misura in cui impedisce al singolo di compiere da sé le proprie scelte di vita, d'altra parte, la garanzia costituzionale contro le potenziali perversioni del potere giuridico e 'governamentale' dello Stato non appare, sotto questo profilo, molto diverso. L'applicazione dei parametri costituzionali, per stabilire se una legge sia coerente con la Carta costituzionale, oppure per risolvere un conflitto di attribuzioni, ripropone, a ben guardare, le caratteristiche del governo paternalistico. È noto, d'altronde, che tali parametri presentino spesso un contenuto estremamente vago ed impreciso: si pensi, ad esempio, a principi come la «ragionevolezza» e la «proporzionalità» che, impiegati in numerose pronunce della Corte costituzionale, dovrebbero servire a «moderare la discrezionalità del legislatore»³¹.

L'individuo, dunque, non può che rimettersi giudizio di un altro soggetto, con il quale, anche nel contesto di uno Stato di diritto costituzionale, instaurerà necessariamente un rapporto in cui l'organo pubblico stabilisce il contenuto della condotta legittima ed il cittadino recepisce passivamente l'esito di un giudizio che, sebbene si supponga 'illuminato', non può essere ulteriormente limitato da altri contro-poteri. Pertanto, si può affermare che la cultura giuridica moderna non elimini, ma proietti sul piano costituzionale le caratteristiche dell'*imperium paternale*, «vale a dire», come sottolinea Kant, di «un governo paterno, dove dunque i sudditi, come i figli minorenni, che non sanno decidere cosa sia loro veramente utile o dannoso, siano costretti a comportarsi in modo puramente passivo»³². Da questo punto di vista, la crisi derivante dall'emergenza 'covid-19' non è che uno dei molteplici momenti in cui emerge quest'aporia insita nelle concezioni 'moderne' e liberali dei rapporti fra individuo e Stato, da una parte, e fra individui 'privati', dall'altra.

6. Dalla libertà per l'autonomia all'autonomia per la libertà

Abbiamo visto che la categoria della libertà, nel suo significato 'moderno' e 'negativo'³³ di non-impedimento, mette in luce una significativa contraddizione nella concezione liberale dell'ordine giuridico. Per sentirsi al sicuro, si dice, l'individuo ha bisogno che il diritto positivo limiti la sua libertà insieme a

³¹ M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, Roma, luglio 2013, disponibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/documenti>, p. 9.

³² I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi* (1793), in *ID., Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 138.

³³ Ci si riferisce alla nota distinzione fra «positive sense» e «negative sense of freedom» formulata da I. BERLIN, *Four Essays on Liberty* (1969), in *ID., Liberty*, ed. by H. Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 3, da p. 166.

quella altrui, ma al contempo ha bisogno di erigere una serie di garanzie contro la potestà 'limitativa' dello Stato, le quali, tuttavia, producono a loro volta una definizione eteronoma della libertà individuale. Di conseguenza, nemmeno il concetto di 'autonomia', intesa come capacità di determinare da sé le regole della propria condotta attraverso le dimensioni giuridiche della libertà (ad esempio, con la libertà negoziale), sembra capace di compiersi nel concreto, in quanto è sempre la norma giuridica posta da qualcun altro a rappresentarne la condizione di possibilità. Purtroppo, anche l'istituzione della rappresentanza democratica, in cui consiste la strategia moderna per risolvere il problema dell'alterità fra autorità e 'subiettività', non pare in grado di annullare il carattere eteronomo del diritto positivo. Ciò accade, in primo luogo, perché la definizione del diritto soggettivo dipende da una statuizione autoritativa sulla quale l'individuo 'rappresentato' non può incidere che in misura minima e, in secondo luogo, perché la forma democratica, in una situazione di governo emergenziale, finisce per essere scavalcata in quanto risulta 'scomoda' per una gestione efficiente. D'altronde, l'impiego del concetto di 'crisi' come categoria politica sembra spezzare, attraverso l'assunto dell'«inevitabile necessità di agire»³⁴, il requisito di legittimazione democratica del potere.

Si può, dunque, sostenere che il problema della realizzazione dell'autonomia e della libertà non sia risolvibile con il solo riferimento alla dottrina dell'individualismo liberale, in quanto le premesse di quest'ultima non sembrano costituire le a condizione di possibilità per il raggiungimento di tali obiettivi. Per quella che, in questa sede, abbiamo definito 'dottrina individualistico-liberale', il soggetto può realizzare da sé i propri fini qualora non vi siano limiti giuridici 'esterni', i quali sono, tuttavia, necessari dal momento che *altri soggetti*, perseguendo il proprio interesse, potrebbero ostacolare tale realizzazione. Si assume, infatti, che il soggetto non prenda in considerazione il bisogno o il desiderio dell'altro e che, quindi, la comunicazione e l'interazione fra interessi contrapposti debba essere 'mediata' dall'autorità, seppure attraverso una regolamentazione minima. Alla base di tale impostazione si può intravedere, almeno apparentemente, un riferimento implicito alla dottrina economico-politica di Adam Smith, per cui i soggetti, perseguendo ciascuno il proprio interesse nel mercato, garantirebbero il massimo benessere possibile per la collettività. È da rilevare, tuttavia, che l'idea appena ricordata rischia di travisare il presupposto filosofico-morale della teoria c.d. della 'mano invisibile'. Per Smith, infatti, il sentimento del *self-love* o *self-interest*, che porta l'uomo alla cura dei propri interessi, dev'essere 'temperato' e 'controbilanciato' dalla *sympathy*, vale a dire dall'attitudine a provare certe «passioni» immaginando la situazione altrui³⁵. Il

³⁴ R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità, cit.*, p. 49.

³⁵ A. SMITH, *Theory of Moral Sentiments* (1759), ed. D. D. Raphael, A. L. Macfie, Indianapolis, Liberty Fund, 1984, p. 1, da p. 10 e da p. 137. Per L. BAGOLINI (*La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith*, Bologna, Zuffi, 1952, p. 52) la 'simpatia' smithiana allude alla «partecipazione al dolore altrui», ma in un senso più ampio rispetto a quello di 'pietà' o 'compassione', in quanto implica «la rappresentazione mentale della situazione altrui» e la capacità di «porre se stessi nella situazione di un'altra persona» [ID., *The Topicality of Adam Smith's Notion of Sympathy and*

funzionamento del mercato, nella dottrina smithiana, non si basa (e non può basarsi) esclusivamente sull'«egoismo» – così come non può basarsi sulla mera «benevolenza» – degli attori economici, ma dipende dalla considerazione che essi abbiano per gli interessi altrui, oltre che per i propri: anche quando, in un famoso passaggio, Smith fa riferimento al «*self-love*» del «*macellaio, del birraio e del fornaio*»³⁶, la conclusione dell'affare si fonda, in realtà, sulla previa considerazione, da parte del «consumatore», dell'interesse del venditore, ossia di un desiderio «altro» ed esterno rispetto alla propria sfera individuale.

La dottrina giuridica «moderna» sembra, dunque, per certi versi omettere o, comunque, considerare irrilevante il riferimento a questa matrice intersoggettiva o relazionale dell'ordine sociale, giacché il «diritto» dell'individualismo liberale non è concettualmente determinato dalle relazioni, bensì è la premessa fondamentale ed indispensabile dell'interazione sociale. Secondo alcuni, addirittura, «*porre la relazionalità quale fattore originario dell'ordine implicita [...] un corollario che non può rientrare negli schemi di una scienza giuridica formalistica, qual è quella moderna: il corollario secondo cui la relazionalità rappresenta un fattore normativo antecedente alla (e indipendente dalla) norma positiva sanzionata*»³⁷. Invece, la considerazione dell'altro e del bisogno altrui è una delle possibili basi della dimensione giuridica, nonché del funzionamento stesso del diritto: la relazione, infatti, presuppone che il soggetto si rappresenti la situazione dell'altro e consideri le potenzialità della propria azione alla luce di essa, in una prospettiva di «comunicazione» o «comunicabilità». Interrogarsi sul punto di vista dell'altro significa, come sostiene Hannah Arendt, «*andare oltre la nostra specifica condizione soggettiva per il bene di altri*»³⁸, applicando quello che Kant chiama «*senso comune*». Quest'ultimo, infatti, nell'affermare che il giudizio di tipo «riflettente» (in cui il soggetto ricerca l'universale a partire dal particolare) richiede l'impiego del «senso comune», sottolinea l'importanza del «*pensare in modo allargato*» (*erweiterte*), che tiene conto del modo di giudicare «*di tutti gli altri*», cosa che «*avviene quando paragoniamo il nostro giudizio con quello degli altri, [...] e ci poniamo al posto di ciascuno di loro*»³⁹.

Judicial Evaluation, in A. S. Skinner, T. Wilson (ed.), *Essays on Adam Smith*, Oxford, University Press, 1975, p. 104].

³⁶ A. SMITH, *The Wealth of Nations* (1776), trad. ita. di A. Bagiotti e T. Bagiotti, *La ricchezza delle Nazioni*, Torino, Utet, 2013, p. 92, che riprende un passaggio analogo di ID., *Lectures on Jurisprudence* (1762-1764), trad. ita. di V. Zompanti Oriani, *Lezioni di Glasgow*, a cura di E. Pesciarelli, Milano, Giuffrè, 1989, p. 443.

³⁷ T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, 1, p. 12.

³⁸ H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. R. Beiner, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, p. 67.

³⁹ I. KANT, *Kritik der Urteilskraft* (1790), trad. ita. di A. Gargiulo e V. Verra, *Critica del giudizio*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 264-265. È senz'altro utile, ai nostri fini, ricordare l'applicazione della dottrina kantiana del giudizio estetico al «giudizio politico» ad opera di H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, cit., *passim*. Invece, sulla possibile formulazione, a partire da queste premesse, di una «teoria del giudizio giuridico», si veda A. LO GIUDICE, *Giudizio*.

La dimensione relazionale presenta notevoli potenzialità con riguardo al modo di concepire il diritto e la realtà politica, in quanto si presta a rivelare la capacità dell'individuo di spingersi al di là dello stretto recinto del proprio interesse, scoprendo il proprio *dovere* nei confronti degli altri. È, infatti, la consapevolezza del dovere da parte dei soggetti a determinare il funzionamento dei meccanismi giuridici, e l'adempimento degli obblighi non deve essere per forza indotto dalla minaccia di una sanzione. In altri termini, si può sostenere, ancora una volta, che il funzionamento del diritto poggia su dinamiche relazionali che non hanno una matrice 'coercitiva'. Non ci interessa, a questo punto, stabilire se tali dinamiche debbano qualificarsi come 'diritto' o come 'morale', ma è importante ribadire che, in un momento in cui la legittimazione democratica vacilla sulla scia della politica emergenziale, vi è comunque uno spazio per l'autonomia del singolo. Questo spazio è dato dalla possibilità di considerare le difficoltà e i bisogni che altri soggetti sperimentano e di comprendere (o cercare di comprendere) autonomamente il contenuto del proprio *limite*.

Alcuni studiosi, a proposito dell'attuale pandemia, hanno stabilito una connessione fra il «*diritto alla salute*» e il «*dovere di salute*». Si tratta di un collegamento da non sottovalutare, specie in un periodo di vertiginosa risalita dei contagi, giacché «*l'impegno a stare bene diventa presupposto per la tutela del diritto alla salute altrui e di tutti*»⁴⁰ ed impone, almeno in questi casi, di mettere da parte la netta separazione fra l'interesse proprio e quello dell'altro. La decostruzione della separazione, della distinzione e della lontananza tra sfere soggettive può consentire, d'altronde, il recupero di una certa dimensione 'comunitaria' nell'esperienza relazionale, in cui l'avvicinamento all'altro è conseguenza della rappresentazione mentale di ciò che si ha in comune con esso. Ciò accade, ad esempio, quando ci confrontiamo con il rapporto tra *vulnerabilità* e *cura*: dalla rappresentazione della vulnerabilità altrui, infatti, è possibile acquisire consapevolezza del *proprio* essere vulnerabile e, così, 'limitare' e orientare la propria azione alla *cura* dell'altro⁴¹.

In una prospettiva siffatta, dunque, il problema della libertà si risolve 'insieme' a quello dell'autonomia, dal momento che, attraverso l'auto-comprensione critica del proprio dovere, la 'limitazione' della mia libertà diventa manifestazione della libertà stessa nell'ambito di una definizione 'autonoma' della prospettiva del mio agire. Questo non significa, d'altra parte, che si debbano eliminare le garanzie contro l'esercizio arbitrario e 'dannoso' della libertà: al contrario, la democrazia e la *rule of law* potrebbero trarre giovamento da una

Lo scarto tra intelletto e volontà, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 249.

⁴⁰ C. DEL BO, *Diritto alla salute e solidarietà*, in *Rivista Il Mulino*, 6 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistailmulino.it/news>.

⁴¹ Può essere utile rinviare all'intervista in cui Elena Pulcini afferma, per un verso, che «*la cura che non deriva dalla consapevolezza della nostra ontologica vulnerabilità si rovescia facilmente in una cattiva cura*» e distingue, per altro verso, fra *cure* e *care*, «*dove cure vuol dire essenzialmente terapia, cura di un copro, mentre care è prendersi cura di un'altra persona*» (F. MERENDA, E. PULCINI, *Piccolo vocabolario filosofico per il post-pandemia*, in *Le parole della crisi*, cit., p. 475, da p. 485).

rifondazione dei rapporti politici in chiave relazionale, in quanto concepire la partecipazione dell'individuo ai meccanismi giuridico-istituzionali vorrebbe dire anche assumere la sua auto-responsabilità nei rapporti con gli altri. Ciò significa, in altri termini, che l'ordinamento potrebbe considerare il soggetto alla luce della sua capacità di andare verso l'«altro», ridimensionando il sospetto 'confittualista' nei confronti delle relazioni intersoggettive. Questo significato di libertà, che si presta ad una declinazione al 'positivo', potrebbe addirittura aiutarci a procedere verso un'idea di democrazia, più complessa rispetto a quella liberale o 'capitalistica'⁴², in cui la concezione autoritativa e coercitiva dello Stato possa risolversi, come auspicato da alcuni teorici, «dentro una filosofia che in qualche modo concepisca come storicamente possibile il passaggio dal regno della necessità al regno della libertà»⁴³.

7. Un possibile 'rischiamento' dei concetti

Nell'epoca della pandemia, i concetti giuridici moderni sviluppano una sorta di sintomatologia patologica che contribuisce a farne emergere le criticità, peraltro, già da tempo messe in evidenza da una parte della dottrina giuridica. Ci si potrebbe chiedere, allora, in che modo – e in quale misura – sia possibile rivederne i connotati alla luce dell'evoluzione storica e del tempo che stiamo vivendo. Non è detto, infatti, che passando dalla 'teoria' alla 'prassi' sia sempre possibile prospettare una revisione totale dei dispositivi epistemici che ci consentono di intendere e, al contempo, di intervenire sull'ordine del discorso.

Nel corso di queste pagine si è cercato di sostenere che i concetti tramite cui noi indaghiamo e 'comprendiamo' il fenomeno giuridico non hanno una configurazione teorica 'essenziale', nel senso che non si può dire che le premesse da cui essi si sviluppano siano le uniche possibili condizioni di una riflessione giuridica. Le premesse, infatti, dipendono dai criteri 'normativi' (ossia, fondati su giudizi di valore) applicati dalla dottrina per enucleare dalla realtà i fatti e le circostanze da ritenersi 'rilevanti' per costruire i concetti. Tuttavia, pur mantenendo questa consapevolezza, non conviene sottovalutare l'influenza esercitata sulle capacità 'discorsive', cioè sulla possibilità di formulare 'discorsi' teorici alternativi, da parte di categorie storicamente affermate e sedimentate nella cultura giuridica in cui si compie la nostra formazione dottrinale.

Da una parte, è importante cercare di cogliere i limiti della concezione teorica che appare 'dominante' in un certo ambito scientifico o, comunque, intellettuale, per apprezzare al contempo le possibilità offerte da schemi teorici alternativi. D'altra parte, occorre tenere a mente che ogni nuova elaborazione o proposta interpretativa si colloca inevitabilmente all'interno di un ordine del

⁴² Così la definisce, tra molti, H. J. LASKI, *Democracy in Crisis* (1933), trad. ita. di A. Schiavi, *Democrazia in crisi*, Bari, Laterza, 1935, *passim*.

⁴³ A. PIGLIARU, *L'autonomia come riforma democratica della sovranità e come momento della estinzione democratica dello Stato* (1963), ora in ID., *Scritti di Scienza politica*, Editrice Dattena, Cagliari 1975, p. 187.

discorso che la precede e che, in un certo senso, ne determina in parte la struttura logica ed il contenuto, condizionando altresì le sue probabilità di successo. Una prospettiva 'post-moderna' tende, ad esempio, ad articolarsi come un ribaltamento delle tesi 'moderne', ma tale ribaltamento in realtà assume l'apparato concettuale 'moderno' variandone certi aspetti, oppure, quando si articola una tesi come 'negazione' di un sistema concettuale, essa assume quest'ultimo come sistema di riferimento, pur se in via 'negativa'.

In questa prospettiva, dunque, una 'rivoluzione' nei concetti potrebbe, nella prassi, risultare quasi sempre in una 'riforma', dal momento che la decostruzione totale di un 'sistema' di pensiero sembra un'operazione tutt'altro che semplice. Cionondimeno, questa sorta di impossibilità pragmatica di rivedere interamente il modo di concepire il diritto non impedisce di trarre frutto da una maggiore contezza della complessità in cui si cala la teoria giuridica. Sarebbe possibile, in altri termini, conservare il 'diritto' e i concetti giuridici dell'individualismo liberale e moderno, ma al contempo considerare anche le altre possibili (e, spesso, anche concrete, effettive) configurazioni dei rapporti tra lo Stato e gli individui, da un canto, e fra singoli soggetti, dall'altro. In base alle proposte interpretative richiamate e descritte in questa sede, si potrebbe sfruttare l'osservazione del rapporto fra l'emergenza pandemica e le categorie teorico-giuridiche per tentare un 'rischiamento' di queste ultime. La riconduzione del fenomeno giuridico a prospettive teoriche differenti da quelle a cui la dottrina fa tradizionalmente riferimento potrebbe, in certa misura, portare il giurista ad accostarsi alla complessità delle vicende socio-relazionali con un maggiore spirito critico, senza lasciarsi determinare in modo passivo da una concezione giuridica formalistica.

L'impiego del termine 'rischiamento', che richiama il saggio di Kant sull'*Illuminismo* (in tedesco: *Aufklärung*, rischiamento), potrebbe apparire fuori luogo, o addirittura contraddittorio, in questo contesto, dal momento che, come si noterà, l'autore di Königsberg si riferisce alla necessità per gli uomini di determinarsi attraverso la propria ragione secondo una prospettiva 'liberale'. Ciò non elimina, tuttavia, la possibilità di riprenderne il senso per 'adattarlo' alle caratteristiche del nostro tempo, recuperando, in particolare, l'appello all' 'autonomia' della scienza rispetto a determinazioni esterne. Secondo la lezione kantiana, infatti, il 'rischiamento' denuncia non tanto la «mancanza di intelletto», quanto piuttosto la «mancanza di decisione e di coraggio nel servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro»⁴⁴, sottolineando il legame fra l'uscita dalla 'minorità' e l'esercizio concreto della ragione da parte di chi «non si accontenta di rimanere sotto tutela»⁴⁵, sia nei rapporti di potere che nell'ambito della discussione scientifica. Nella dottrina del diritto, in ultima analisi, il 'rischiamento' dei concetti dipende dalla capacità della scienza giuridica di auto-determinarsi ri-

⁴⁴ I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è illuminismo?* (1784), in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 45.

⁴⁵ M. C. PIEVATOLO, *Immanuel Kant: una critica dell'università*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, disponibile all'indirizzo https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_s/index.xhtml, di cui, in particolare, la parte su *Il conflitto legittimo delle facoltà superiori con l'inferiore*, paragrafo 4.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

spetto alla tradizione dogmatica liberale, osservando attentamente i dati empirici ed attingendo da altri saperi⁴⁶, per emanciparsi con sentimento critico dal rigore legalistico-formale che la storia delle idee ci ha tramandato.

⁴⁶ Può essere utile rinviare alle considerazioni sull' 'autonomia' o 'eteronomia' della scienza giuridica nel saggio di T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, *cit.*, *passim*.