

255 *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XXI, 2019, 3, pp. 255-277
ISSN: 1825-5167

VULNERABILITÀ, CONCETTO DI DIRITTO E APPROCCIO CLINICO-LEGALE

ALDO SCHIAVELLO

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Palermo
aldo.schiavello@unipa.it

ABSTRACT

Does a clinical legal approach tell us something interesting about the nature and the concept of law? Is it possible to re-think the relationship between law and morals starting from the legal clinics experience? Is the juxtaposition between doctors and jurists convincing? These are the main questions that will be addressed here. They are questions concerning legal epistemology and legal philosophy in the strict sense that seems not to be so interesting for clinical jurists. Indeed, clinical jurists above all emphasize the importance of legal clinics from the viewpoint of education and social justice, but neglect the contribution that a clinical legal method can offer with respect to the knowledge of law. Nevertheless, dealing with this latter question could be useful to strengthen contemporary legal clinical movement.

KEYWORDS

Legal clinic; law and morals; law and force; claim to correctness; power; human rights.

- «[...] Osservo e non faccio niente,
è il mio atteggiamento preferito».
- «Allora, sarebbe stato un medico mediocre.
L'osservazione senza la pratica non vale granché».
- «Proprio per questo sono un giurista».
(Jonathan Littell, *Le Benevole*)

1. PREMESSA

Esiste un nesso inscindibile tra il costituzionalismo contemporaneo e la centralità – sempre più marcata – dei discorsi sulla vulnerabilità nel dibattito filosofico politico e filosofico giuridico dei nostri tempi (Pariotti 2018; Pastore 2018). Il costituzionalismo contemporaneo segna infatti un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale. Se la sovranità

è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo (Ferrajoli 1997). Se lo stato liberale ottocentesco - lo stato di diritto - riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le “procedure” che l’autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti “sostanziali”, di “contenuto”, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l’età dei diritti segni il passaggio da una concezione del *rule of law* ad un’altra.

La prima concezione pone l’accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek quando difende l’ideale della sovranità della legge: «messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l’autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza» (Hayek 2007, 123).

La seconda concezione del *rule of law* è collegata - almeno originariamente - al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l’esito dell’equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica” i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l’esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica ed immodificabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti (Palombella 2012). È questo il modello di *rule of law* incarnato dal costituzionalismo contemporaneo.

Il primo modello - “illuminista” - di *rule of law* tutela la libertà e l’autonomia in quanto permette agli individui di conoscere *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, un diritto con queste caratteristiche tratta coloro che sono soggetti al diritto da esseri umani adulti, nel senso che si propone di incidere sul loro comportamento in modo aperto e non surrettizio, lasciando agli individui stessi

la scelta di seguire o meno le norme (conoscendo per l'appunto *ex ante* la conseguenza della loro decisione). Il diritto agisce davanti agli occhi degli individui e non dietro le loro spalle.

Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello - più aleatorio, complesso e problematico - di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi.

È importante aggiungere, anche in relazione al legame tra diritto e vulnerabilità, che il costituzionalismo contemporaneo segna una radicale rottura rispetto ai totalitarismi e alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente; è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, pubblicato subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, individua il limite dei diritti umani, sino a quel momento, nel non garantire effettivamente tutti gli esseri umani ma solo i cittadini di uno stato sovrano. Scrive Arendt: «Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei *Lager*; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. *In altre parole, è stata creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita*»¹.

Il medesimo punto è sottolineato anche da Primo Levi in *Se questo è un uomo*, quando racconta del suo incontro col dottor Pannwitz, responsabile del reparto di chimica ad Auschwitz. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario» (Levi 1992, 95). Per usare le parole di Isaiah Berlin, ciò che caratterizza la prima metà del '900 è «la divisione dell'umanità in due gruppi - gli uomini propriamente detti e un qualche altro ordine di esseri di rango più basso, razze inferiori, culture inferiori, creature, nazioni o classi subumane, condannate dalla storia [...] Questo nuovo atteggiamento permette agli uomini di guardare a molti milioni di loro simili come ad esseri non completamente umani, e di massacrarli senza scrupoli di coscienza, senza che avvertano il bisogno di salvarli o di metterli in guardia» (Berlin 1990, 253).

L'età dei diritti è la promessa che tutto questo non si verificherà mai più: i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni esseri umani possano guardarne altri come attraverso il vetro di un acquario. Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre

¹ H. Arendt, 2009, 409, corsivo aggiunto.

più inclusive e, di conseguenza, più protettive nei confronti della vulnerabilità delle persone (Ciaramelli 2018; Preterossi 2018).

In questo saggio intendo analizzare la relazione tra diritto e vulnerabilità negli stati costituzionali dal particolare angolo visuale rappresentato dall'approccio clinico-legale che si sta diffondendo in Italia da poco più di una decina di anni (Romano 2016). Come nota Maria Giulia Bernardini (2017, 437), infatti, «interrogarsi sui limiti e sulle potenzialità del metodo [clinico-legale] consente di innovare alcuni dibattiti 'classici' per la filosofia del diritto, le cui questioni fondamentali vengono riconfigurate, re-interpretate o riproposte 'alla luce', appunto, dell'esperienza clinica».

L'idea è quella di abbozzare delle risposte ad una serie di domande. Innanzitutto, un approccio clinico-legale è in grado di dirci qualcosa di interessante sulla natura e sul concetto di diritto, in particolare negli stati costituzionali contemporanei?

È una domanda di epistemologia giuridica su cui i giuristi clinici tendono a sorvolare. Questi ultimi enfatizzano soprattutto l'importanza delle cliniche legali da un punto di vista didattico e di giustizia sociale, mentre trascurano l'apporto del metodo clinico-legale in relazione alla conoscenza del diritto.

Il "compito ontologico" è uno tra i compiti principali attribuiti alla filosofia del diritto: affrontare tale compito a partire da una riflessione sulle cliniche legali può forse contribuire ad arricchire di elementi nuovi la risposta alla domanda "che cosa è il diritto?".

Il solo fatto che l'approccio-clinico legale abbia attecchito inizialmente negli Stati Uniti nei primi decenni del secolo scorso, per poi essere recepito in altri paesi tra il 1960 e il 1970 e solo da una decina d'anni - come si è detto - in Italia ed in altri paesi europei come Francia, Spagna e Germania, ci può aiutare a capire le differenze tra i modi di concepire il diritto in questi paesi. Si tratta di differenze che sarebbe riduttivo e semplicistico ricondurre alla distinzione tra *civil law* e *common law*. È interessante chiedersi quali siano le ragioni che hanno favorito, da una decina di anni, la nascita di molte cliniche legali, con caratteristiche specifiche, in Italia. È soltanto espressione di un movimento clinico globale (Bloch 2008) o, peggio, di una moda passeggera? Ovvero, come credo, è indice di un modo diverso di concepire il diritto e di un mutamento di ideologia giuridica?

Perché dunque si stanno diffondendo proprio ora le cliniche legali in Italia?

Una risposta secca a questa domanda si risolverebbe in una banalizzazione della questione. Credo tuttavia che i fattori principali della diffusione delle cliniche legali vadano ricercati nella globalizzazione del diritto, che rende l'approccio formalista di matrice kelseniana, a lungo prediletto dai giuristi italiani, non più (e, per la verità, da tempo) adeguato come chiave di lettura della realtà. Il "salvagente della forma", su cui si è retta a lungo l'ideologia dell'autonomia del diritto dalla politica, non è più a disposizione. In secondo luogo, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, la

politica italiana vive un periodo di grande debolezza che ha prodotto, tra le altre cose, la cessione di potere politico dal Parlamento (nell'immaginario comune pieno di politici corrotti, incapaci e immorali) alla magistratura (dalla quale ci si aspetta, o ci si aspettava prima degli ultimi scandali, la risoluzione di tutti i problemi).

Perché molte cliniche legali italiane si occupano di migrazione?²

Anche in questo caso la risposta non è semplice. In questi anni caratterizzati dalla crisi economica, il fenomeno migratorio ha rappresentato il capro espiatorio ideale su cui riversare tutti i mali che affliggono la società italiana. Inoltre, l'odio nei confronti dei migranti è stato fomentato anche al fine di favorire una "guerra tra poveri" in grado di sollevare una cortina di fumo che nasconda le responsabilità dei governanti nella cattiva gestione della cosa pubblica. Questa strategia è stata utilizzata, con accenti diversi, sia dalla destra che dalla sinistra. Nel recente passato è stato proprio un governo di centro-sinistra ad avere stretto accordi con la Libia volti ad impedire ai migranti di raggiungere il territorio italiano. I mezzi violenti e lesivi della dignità e dei diritti umani utilizzati in Libia per perseguire l'obiettivo di bloccare i migranti erano ben noti, ma sono stati esplicitamente considerati un costo da pagare. Questa impostazione calpesta la cultura dei diritti e, più in generale, l'aspirazione del diritto alla giustizia.

Il fatto che molte cliniche legali si occupino di migrazione può essere considerato una ribellione contro questa palese ingiustizia che segna una crisi profonda della cultura dei diritti. E questo ci impone di porci un'altra domanda ancora.

L'aspirazione alla giustizia sociale è dunque un aspetto costitutivo del diritto? La risposta a questa domanda dipende dalla concezione del diritto che teniamo sullo sfondo. Questo è il punto su cui, tradizionalmente, si sono divisi il giusnaturalismo e il positivismo giuridico. A prescindere dalle questioni teoriche, è indubbio che dopo la seconda guerra mondiale il diritto abbia subito una trasformazione importante a seguito della nascita dell'Onu, della promulgazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'introduzione in molti stati di *bill of rights*. La positivizzazione dei diritti umani implica l'incorporazione di valori morali da parte del diritto, e ciò rende la dialettica tra diritto e morale diversa e più interessante rispetto al passato. Le valutazioni morali sul diritto non sono più soltanto "esterne" rispetto al diritto, ma "interne". I confini tra il diritto esistente e il diritto ideale divengono sfumati. Sono proprio queste caratteristiche del diritto contemporaneo a spiegare perché Ronald Dworkin (2010, 38-39) nel suo penultimo libro, *La giustizia in toga*, affermi che le osservazioni più interessanti sul diritto, in anni recenti, sono state proposte da filosofi politici e filosofi morali piuttosto che da giuristi in senso stretto. Il giurista oggi non ha alibi: non può più barricarsi nelle aule giudiziarie o universitarie e deve

² Sintomatico di questa attenzione al fenomeno dell'immigrazione come banco di prova del diritto contemporaneo è ad esempio l'interessante *focus* sulla detenzione amministrativa dei migranti sul n. 2/2017 dei *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Lì si segnala in particolare Rigo 2017, che introduce il *focus* e che affronta alcuni temi discussi anche qui al par. 5.

professare la sua “fedeltà al diritto” contribuendo a far sì che quest’ultimo divenga ciò che deve essere (ovviamente secondo lui e confrontandosi/scontrandosi con le interpretazioni divergenti) alla luce dei valori incorporati nella costituzione. Si tratta di un compito affatto facile, che presuppone molte competenze diverse e che deve spingere i giuristi a dialogare con gli scienziati sociali, i filosofi pratici e, in definitiva, a mettersi in gioco come persone e non soltanto come giuristi.

Fabio Ciamelli e Piero Marino concludono l’introduzione di questo numero di *Etica & politica* osservando che «le pratiche concrete del diritto [...] se chiamate a riconoscere l’intrinseca vulnerabilità ed alterabilità dell’ordinamento giuridico stesso, sono maggiormente indotte ad una prospettiva di apertura nei confronti dell’individuazione e, soprattutto, dell’alterazione dei principi del diritto stesso, nella consapevolezza che la *maschera* giuridica che siamo chiamati ad utilizzare per tutelare e garantire il libero ed autonomo sviluppo della persona umana, deve poter perdere qualsiasi rigidità ed immutabilità, allo scopo di aderire sempre più agevolmente alle forme di quest’ultima».

È questa intuizione, in definitiva, che approfondisco e tento di giustificare attraverso una riflessione sul diritto dalla prospettiva di un approccio clinico-legale.

Un’ultima precisazione. In questa sede parlo di “approccio clinico-legale” e di “clinica legale” senza approfondire il fatto che queste espressioni denotano realtà profondamente diverse tra loro. Per fare soltanto un paio di esempi, quando negli anni ’30 del secolo scorso Jerome Frank propone il metodo clinico, lo fa in contrapposizione al cosiddetto “metodo Langdell”, che prende il nome dal giurista che lo mise a punto, Christopher Columbus Langdell, e che consiste in uno studio dei precedenti giudiziari raccolti nei libri. Ora, per un giurista dell’Europa continentale il “metodo Langdell” può essere considerato già un metodo di studio del diritto “attento alla “pratica”. Non a caso, tra i vari modelli di clinica legale è annoverata anche l’analisi di casi già decisi (né più né meno, il “metodo Langdell”), vale a dire «...uno studio clinico a “bocce ferme”, una retrospettiva di clinica già compiuta» (Di Chiara & Sciarba 2017, 180; Pascuzzi 2016). Tale differenza è certamente, *in primis*, un epifenomeno della differenza tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, ma meriterebbe un approfondimento.

Ancora, negli Stati Uniti l’insegnamento clinico legale non ha sostituito il metodo tradizionale, né si è aggiunto ad esso al fine di integrarlo (come auspicava Frank); le cliniche legali statunitensi rappresentano infatti una strada parallela, e meno prestigiosa (sia per i docenti che per i discenti), rispetto al *cursus honorum* offerto dalle *Law school* (Tushnet 1984). In Italia, invece, le cliniche legali si stanno diffondendo all’interno della formazione standard, ritagliandosi uno spazio più o meno ampio (ma comunque sempre molto limitato). Anche queste differenze di approccio meriterebbero una riflessione.

Tuttavia, ai fini del presente saggio è possibile mettere tra parentesi tali questioni, ed altre analoghe che potrebbero essere sollevate, senza particolari contraccolpi per l'impianto argomentativo generale.

2. RIPENSARE IL CONCETTO DI DIRITTO A PARTIRE DA UN APPROCCIO CLINICO-LEGALE

Proporre una definizione del diritto o delimitare l'ambito del giuridico non è semplice. Herbert Hart (1992, 3) muove proprio da una riflessione sulla difficoltà di definire il diritto per elaborare la sua versione del positivismo giuridico:

Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione "Che cos'è il diritto?". Anche se limitiamo la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquant'anni e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla "natura del diritto", ci troviamo di fronte a una situazione che non ha eguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé. Non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema "Che cos'è la chimica?" oppure "Che cos'è la medicina?", come quella rivolta alla soluzione della questione "Che cos'è il diritto?"

Il disaccordo, anche radicale, sulla definizione del diritto ci dice molto sulla natura di quest'ultimo e rappresenta un indizio a favore di una scienza giuridica interpretativa³.

C'è tuttavia una caratteristica non controversa del diritto che non va sottovalutata. Tutte le concezioni del diritto che si dividono, anche radicalmente, sulla definizione di diritto, attribuiscono al diritto (e, in generale, ai sistemi normativi) la funzione di influire sul comportamento umano. Per usare una felice espressione introdotta da Joseph Raz (1975 e 1990) e divenuta di uso comune, il diritto, così come la morale, fornisce ragioni per agire. Se si assume che il diritto svolga questa funzione, allora bisogna chiedersi che cosa questo comporti per il giusfilosofo e il giurista. Una conseguenza non particolarmente controversa, almeno a partire da Hart, è che lo studioso del diritto non possa prescindere, nel ricostruire il diritto o un aspetto particolare di esso, dal punto di vista del partecipante, dal punto di vista, cioè, di chi considera il diritto una giustificazione delle proprie azioni.

Più controverso, invece, è stabilire quale grado di compromissione sia richiesto allo studioso del diritto che debba render conto della prospettiva del partecipante. Alcuni studiosi ritengono che sia possibile, nonché opportuno, registrare come un mero dato la necessaria esistenza di "partecipanti" alla pratica giuridica, evitando

³ Per una articolata difesa di una scienza giuridica interpretativa mi permetto di rinviare a Schiavello 2014.

con cura di farsi attrarre nell'orbita di chi considera il diritto una ragione per l'azione.

Non è affatto scontato che lo studioso del diritto possa adottare una prospettiva "distaccata" di questo tipo. Contro questa possibilità si può rilevare che la prospettiva del partecipante è complessa ed articolata e, in conseguenza di ciò, che qualsiasi ricostruzione di tale prospettiva implichi che lo studioso compia delle scelte e delle valutazioni che lo trasformano in un partecipante, sia pur virtuale o ausiliario.

La domanda interessante non è tuttavia se sia possibile una scienza giuridica che mantenga le distanze dalla pratica giuridica ma se una scienza giuridica siffatta vada incoraggiata qualora fosse possibile.

Ritengo che la risposta a tale domanda non possa che essere negativa, per le ragioni pragmatiche ben difese, tra gli altri, da Manuel Atienza (2012): una scienza giuridica attenta a mantenere la propria virginea purezza (il più delle volte soltanto presunta) e che si ritragga dal contribuire alla funzione del diritto di offrire ragioni per l'azione, si condanna alla irrilevanza pratica. Per dirla con Mario Jori (2010, 15-16), «il diritto come meccanismo normativo esiste nella misura in cui riesce a dirigere o controllare i comportamenti e la teoria del diritto contribuisce a questo compito». Per usare una metafora evocativa, ideata sempre da Jori (1997, 26), si può sostenere che «fare giurisprudenza non è come osservare un blocco di marmo, ma è come cantare in coro (...), perché il coro ci sia occorre che tutti o quasi i coristi cantino appunto in coro».

La prospettiva che la scienza giuridica deve adottare è dunque al tempo stesso conoscitiva e normativa: è conoscitiva perché non può prescindere dalla pratica giuridica esistente; è normativa perché offrendo ricostruzioni e giustificazioni di tale pratica contribuisce a modellarla.

Un approccio clinico-legale può essere considerato, innanzitutto, un indizio, da salutare favorevolmente, di una scienza giuridica che ha rinunciato ad adottare un punto di vista "archimedeo" e distaccato rispetto al suo oggetto. In altri termini, per usare ancora la metafora proposta da Ciaramelli e Marino, l'approccio clinico-legale esprime una concezione epistemologica secondo la quale non è possibile descrivere la maschera del diritto senza contribuire a modellarla. Marzia Barbera considera l'approccio clinico-legale una pratica riflessiva, capace «[...] di riconoscere il proprio rapporto epistemico con la realtà, il proprio modo di conoscere e interpretare i fatti, gli schemi di riferimento, le assunzioni tacite utilizzate nella selezione e nell'attribuzione di significato alle cose e agli eventi. Alla base di tale pratica vi è l'assunto costruttivista che queste forme mentali ed emotive non si limitano a rappresentare lo stato delle cose ma le rendono in qualche modo conformi a se stesse» (Barbera 2018, XIX).

In secondo luogo, l'approccio-clinico legale aiuta a problematizzare la distinzione, spesso data per scontata, tra ragioni giuridiche e ragioni morali. Benché, come si è detto, i modelli di clinica legale siano molteplici (cfr. Di Chiara, Sciarba

2017, 180-181), quello più diffuso affronta casi giuridici concreti che, prima di essere “risolti”, debbono essere “costruiti” a partire dalla narrazione offerta dai protagonisti dei casi. E le narrazioni mettono insieme fatti, nonché sentimenti e desideri dei protagonisti che il giurista deve sforzarsi di rendere in termini giuridici. Tuttavia, la traduzione di una esperienza di vita in un caso giuridico non consiste nel trasformare una cosa in un'altra radicalmente diversa ma nel trovare ragioni giuridiche che rendano giustizia (e l'espressione non potrebbe essere più appropriata) alle ragioni morali in senso lato che stanno dietro le storie narrate dagli utenti delle cliniche⁴. E questo è tanto più vero quanto più la morale è incorporata nel diritto come negli stati costituzionali contemporanei.

Infine, l'approccio clinico-legale aiuta a distinguere diverse figure di partecipante alla prassi giuridica e a problematizzare la dialettica tra punto di vista interno e punto di vista esterno. Il caso paradigmatico di partecipante è individuato nella figura del funzionario e del giudice in particolare. Per Hart è possibile che si dia il caso di un sistema giuridico che sia accettato soltanto dai funzionari e subito da tutti gli altri i quali adeguano il proprio comportamento a quanto richiesto dal diritto solo per paura della sanzione. Tuttavia, questa idea di Hart è molto discutibile, sia per ragioni concettuali e di tenuta della sua concezione del diritto sia perché offre una immagine del diritto dalla prospettiva della classe dominante e trascura la prospettiva degli svantaggiati.

A prescindere dall'opportunità di considerare o meno l'aspirazione alla giustizia sociale come un elemento costitutivo di un approccio clinico-legale, tema di cui ci occuperemo in seguito, è indubbio che molte cliniche difendano i diritti dei deboli, dei “vulnerabili”, e in questo modo contribuiscono a ricostruire una prospettiva sul diritto negletta e però interessante, anche da un punto di vista prettamente epistemologico, al fine di comprendere come il diritto incida effettivamente sul comportamento di coloro che sono ad esso soggetti.

C'è di più. Per le concezioni giusfilosofiche tradizionali le prospettive rilevanti sono quelle del partecipante e quella del *bad man*, quest'ultimo interessato soltanto a schivare le sanzioni associate dal diritto ai comportamenti devianti. Tuttavia questa netta contrapposizione non coglie la complessità della realtà che, invece, può essere restituita dall'esperienza clinico-legale. Come si è detto, di solito le cliniche legali si occupano di soggetti deboli e questo favorisce una osservazione del diritto “dal margine”, dalla prospettiva cioè di chi non tanto si pone *contra-legem* – il classico *bad man* caro agli imperativisti e ai giusrealisti americani – ma di chi si trova, di fatto, *extra-legem*, vale a dire ignorato dal diritto e, a sua volta, incurante di quest'ultimo. Rispetto a questa situazione, l'idea di un diritto che incida sui comportamenti umani

⁴ Emilio Santoro (2019, 239), seguendo le considerazioni di Mark Tushnet (1984), osserva opportunamente che: «il doversi confrontare con un'esperienza giuridica ancora da strutturare insegna agli studenti che il diritto ha a che fare con le persone, con le loro emozioni e con quelle che esse suscitano, prima ancora che con i casi e con i tecnicismi».

in prima battuta attraverso norme generali ed astratte rafforzate da sanzioni e, in seconda battuta, attraverso norme individuali prodotte dai giudici risulta inadeguata. Qui la questione cruciale (anch'essa di pertinenza della filosofia del diritto) diviene un'altra: in che modo è possibile erodere le sacche di "stato di natura" presenti all'interno delle nostre società (e della cui esistenza, sovente, non siamo neanche consapevoli)? Per affrontare questa questione bisogna abbandonare il campo, molto arato, dell'argomentazione giuridica e affrontare una riflessione, necessariamente ideologica e politica, sul modo più adeguato di produrre norme che abbiano un effetto inclusivo e non escludente. Compito di una clinica legale è dunque non soltanto quello di affrontare casi giuridici concreti, siano essi giudiziari o extra-giudiziari, ma anche quello di guida e di sostegno al legislatore, soprattutto di "prossimità" - comuni, enti locali... - con l'obiettivo di portare all'attenzione di quest'ultimo anche le istanze degli ultimi e dei diseredati di cui il diritto spesso non si cura (Bartoli & Celano 2019). Questo, lo ribadisco, non soltanto per esigenze legate alla giustizia sociale (che possono o meno essere ritenute connaturate all'esperienza clinico-legale), ma anche in relazione a ragioni "efficientiste" legate alla funzione primaria del diritto di incidere sul comportamento umano. Dal punto di vista della filosofia del diritto, un approccio di questo tipo potrebbe dare delle indicazioni molto interessanti sul modo in cui funziona la "macchina del diritto" e su che tipo di ragioni siano le ragioni giuridiche.

3. DIRITTO, CLINICHE LEGALI E GIUSTIZIA SOCIALE

Due sono i modi di intendere l'approccio clinico-legale. Secondo una prima prospettiva, le cliniche legali sono ontologicamente e concettualmente collegate all'aspirazione alla giustizia sociale e alla difesa dei deboli, a partire da una impostazione giusfilosofica di matrice giusrealista e critica (Marella & Rigo 2015). Secondo un'altra impostazione, invece, ciò che caratterizza necessariamente l'approccio clinico-legale è l'aspetto didattico e professionalizzante (Ferrari 2016; Perelman, 2016), il famigerato *learning by doing*, l'odiosa contrapposizione tra il "saper fare", che è utile, e il "sapere", che non serve a nulla. Su questo fa leva il parallelismo, su cui tornerò in seguito, tra gli studenti di medicina, che ben presto si cimentano con pazienti in carne e ossa, e studenti di diritto, che non vedono un vero caso nemmeno col binocolo⁵. Secondo questo modello, una clinica legale che difendesse gli istituti di credito dalle pretese dei piccoli risparmiatori sarebbe preziosa per la formazione di abili avvocati di affari. Così come una clinica che tutelasse gli stati dalle

⁵ Invero, la metafora della clinica, dell'ambulatorio legale, si presta anche ad una lettura meno superficiale rispetto a quella proposta nel testo. Cfr. Marella & Rigo, 2015, 543-546.

richieste di asilo dei migranti svolgerebbe un ruolo cruciale nella formazione di giuristi che volessero lavorare come avvocati nell'ambito del diritto internazionale. L'eventuale attenzione alla giustizia sociale, in questo caso, sarebbe meramente contingente e, sovente, non proprio disinteressata: un modo per ripulirsi la coscienza, ottenere fondi, farsi pubblicità. È sufficiente guardare qualche episodio di *Suits* per sapere che i grandi studi americani usano le pratiche *pro bono* essenzialmente per ragioni di immagine.

Forzando i termini della contrapposizione, da un lato c'è il modello di Jerome Frank (1933) e, dall'altro, quello di Francesco Carnelutti (1935)⁶.

Anche se è indubbio che vi siano esperienze clinico-legali che sono interessate soltanto a fornire una preparazione giuridica orientata alla pratica, il fatto che la maggior parte di esse abbia a cuore la giustizia sociale potrebbe essere un indizio di un certo tipo di legame concettuale tra diritto e morale.

L'aspirazione alla giustizia sociale è un aspetto costitutivo del diritto? La risposta a questa domanda dipende dalla concezione del diritto che teniamo sullo sfondo. Questo è il punto su cui, tradizionalmente, si sono divisi il giusnaturalismo e il positivismo giuridico. La prima tradizione di pensiero sostiene che vi sia una concessione necessaria fra diritto e morale. La versione più estrema di questa tesi è espressa dal noto brocardo romano *lex iniusta non est lex*. Vi sono anche versioni più moderate, come quella sostenuta da Gustav Radbruch in Germania dopo la seconda guerra mondiale, secondo cui solo il diritto gravemente ingiusto, come quello nazista o quello prodotto da altri sistemi giuridici "malvagi", non può essere considerato diritto.

Il positivismo giuridico, di contro, separa il diritto dalla morale. Questo non significa che non possano esservi occasionali sovrapposizioni tra diritto e morale ma, appunto, si tratta di sovrapposizioni occasionali. In linea di principio, il diritto è espressione della volontà di chi detiene il monopolio dell'uso legittimo della forza e la sua identificazione è una questione di fatto. Per usare le parole di Raz (2005, 287), «tutto il diritto è prodotto da qualche fonte». Questa posizione prende le mosse dalla distinzione di Jeremy Bentham tra giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria, in base alla quale è possibile ed opportuno distinguere tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto dovrebbe essere alla luce di determinati principi morali. Confondere le due questioni è l'errore compiuto dal giusnaturalismo. Un approfondimento a parte meriterebbero le osservazioni di Hart (2002, 225-232) sul contenuto minimo del diritto naturale; a partire dall'individuazione di alcune ovvie verità, la prima delle quali è, significativamente, la vulnerabilità umana⁷, Hart am-

⁶ Riprendo la suggestione di questa contrapposizione da Santoro (2019).

⁷ Le altre sono: l'eguaglianza approssimativa, l'altruismo limitato, le risorse limitate e, infine, la comprensione e la forza di volontà limitate.

mette l'esistenza di una connessione necessaria, sia pur minimale, tra diritto e morale. Che ciò sia compatibile – come egli ritiene – con una prospettiva giuspositivista è tutto da dimostrare.

Per molte ragioni, alcune delle quali esplicitate nei paragrafi precedenti, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, l'interesse per questa contrapposizione è andata scemando; addirittura, c'è chi sostiene che entrambe le posizioni siano sbagliate e si debba andare alla ricerca di concezioni del diritto che siano alternative sia al giusnaturalismo sia al giuspositivismo.

Prima di affrontare alcune questioni filosofico-giuridiche, va ribadito che è indubbio che dopo la seconda guerra mondiale il diritto abbia subito una trasformazione importante a seguito della nascita dell'Onu, della promulgazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e all'introduzione in molti stati di carte dei diritti. Come nota, tra gli altri, Richard Rorty (1994), il diffondersi della cultura dei diritti è la caratteristica principale del mondo del post-olocausto. La positivizzazione dei diritti umani implica l'incorporazione di valori morali da parte del diritto, e ciò rende la dialettica tra diritto e morale diversa e più interessante rispetto al passato⁸. Le valutazioni morali sul diritto non sono più, come (potevano apparire) ai tempi di Bentham, "esterne" rispetto al diritto, ma "interne". I confini tra il diritto esistente e il diritto ideale divengono sfumati. Affinché una norma esista non è sufficiente che essa superi il pedigree formale previsto per la sua formazione, ma è necessario che sia compatibile con i principi costituzionali. E si potrebbe continuare. Tutto questo consente di affermare che il diritto contemporaneo non è più un sistema chiuso ma è un sotto-sistema di un sistema sociale più complesso di cui fa parte anche il sistema delle norme morali.

Andando al cuore della questione filosofico-giuridica, vi sono buoni argomenti a sostegno della tesi che al diritto sia connaturata un'aspirazione alla correttezza morale. Robert Alexy (1989), ad esempio, difende la tesi di un legame di tipo concettuale tra diritto e giustizia anche attraverso il noto argomento della "pretesa di correttezza".

Secondo questo argomento una disposizione normativa che esplicitasse la propria ingiustizia sarebbe afflitta da un vizio concettuale. La disposizione in questione non sarebbe, in senso proprio, contraddittoria; essa apparirebbe però bizzarra ed incongrua, così come bizzari e incongrui sono asserti come 'piove, ma non ci credo', 'prometto di venire all'appuntamento, ma non ho alcuna intenzione di mantenere questa mia promessa' e così via. Può certamente darsi che stia piovendo e qualcuno non creda che stia piovendo ovvero che qualcuno prometta qualcosa avendo l'intenzione di non mantenere la promessa. Non c'è nulla di strano e di

⁸ Dal mio punto di vista, le caratteristiche del diritto contemporaneo hanno semplicemente enfatizzato e accentuato la complessità che sempre caratterizza la dialettica tra diritto e morale. Aggiungo che sostenere questo non implica necessariamente abiurare al positivismo giuridico. Questa tuttavia non è la sede ove affrontare tali questioni. Cfr. eventualmente Schiavello (2004).

incongruo nelle credenze false e nelle promesse insincere. Il vizio di questi asserti è che la seconda parte “disfa” o “annulla” l’atto linguistico prodotto con l’enunciazione della prima parte. Quindi, asserire che sta piovendo e al tempo stesso dichiarare esplicitamente di non credere che stia piovendo annulla l’atto di asserire, così come promettere qualcosa e al tempo stesso dichiarare di non avere intenzione di ottemperare alla promessa annulla l’atto di promettere. In modo analogo, una disposizione normativa che si auto-denunci come ingiusta non sembra una “vera” disposizione normativa e, in definitiva, non sembra che possa essere considerata come diritto valido.

Alexy usa questo argomento per criticare la tesi giuspositivista della separazione tra diritto e morale. La forza di tale argomento tuttavia non va esagerata. Esso è infatti meramente formale, vale a dire relativo alla forma delle norme giuridiche e non al loro contenuto, e ciò ne indebolisce considerevolmente la portata. Esso non è in grado di impedire, ad esempio, che un sistema giuridico nel suo complesso, o una o più norme appartenenti a quel sistema, siano profondamente ingiusti. Come già Hart aveva osservato a proposito del giusnaturalismo “proceduralista” di Lon Fuller, se la connessione necessaria tra diritto e morale è intesa in questo modo evanescente, il giuspositivismo non ha alcun problema ad accettarla. Affermare che il diritto non possa esplicitare la propria ingiustizia non garantisce in alcun modo che il diritto sia giusto e neanche che esso non sia intollerabilmente ingiusto. Eugenio Bulygin (2007, 58) è, sul punto, molto chiaro: «anche ammettendo che qualunque sistema giuridico e qualunque norma giuridica avanzino sempre la pretesa di essere moralmente corretti o giusti, questo fatto, di per sé solo, non sarebbe in alcun modo idoneo a garantire la correttezza morale del diritto».

Sarebbe tuttavia un errore – per tutti, anche per i giuspositivisti – liquidare con sufficienza l’argomento di Alexy⁹. Se è vero che il diritto non può non aspirare ad essere giusto, allora anche la pratica giuridica non può trascurare questa caratteristica del diritto. Ciò significa, tra le altre cose, che ogni interpretazione del diritto non può non prendere in considerazione l’aspirazione del diritto alla giustizia; di conseguenza, bisogna almeno concedere che non c’è soluzione di continuità tra argomentazione giuridica e argomentazione morale né, come si è già detto, tra ragioni giuridiche e ragioni morali. Questo è vero a maggior ragione per il diritto contemporaneo che è caratterizzato da un elevato grado di indeterminatezza linguistica e dalla presenza massiccia e strategica di principi giuridici che altro non sono che concretizzazioni normative di valori morali.

⁹ È indicativo che un autore giuspositivista come Neil MacCormick evidenzi a sua volta l’importanza di questo argomento, anche al fine di puntualizzare che essere giuspositivista non implica che si neghi un rapporto di questo genere tra diritto e morale. Cfr. MacCormick 1990, 177.

La pretesa di correttezza del diritto fornisce un qualche sostegno alla tesi di chi collega l'approccio clinico-legale al perseguimento della giustizia sociale; ciò, peraltro, non soltanto per ragioni etico-politiche, ma anche per ragioni didattiche e formative. La qualità di un giurista non dipende esclusivamente dalla sua perizia tecnica, dalla conoscenza delle norme e dei precedenti ma anche dalla capacità di proporre una soluzione interpretativa che sia moralmente accettabile, se non la migliore possibile. Ciò presuppone un "addestramento" ad avere sempre un punto di vista morale sul diritto e a provare empatia nei confronti delle persone che chiedono un parere legale.

Il paradosso dunque è che anche coloro che riducono l'approccio clinico-legale ad un metodo efficace di insegnamento del diritto, non dovrebbero sottovalutare il fatto che occuparsi di casi moralmente coinvolgenti, che richiedono un'attenzione per la giustizia sociale, contribuisce a formare giuristi migliori.

4. MEDICI E GIURISTI

Benché l'immagine di una "clinica legale" si presti a letture di secondo livello, riconducibili in modi diversi al pensiero di Michel Foucault (Marella & Rigo 2015, 543-546; Sciarba 2019), l'intuizione che sta sullo sfondo di tale immagine è molto semplice e merita di essere problematizzata nonostante la sua apparente ovvietà.

Frank (1933, 915 trad. mia) scrive: «una facoltà di medicina gestita da insegnanti che abbiano visto di rado un paziente o di rado abbiano diagnosticato malattie in esseri umani in carne e ossa o eseguito vere operazioni chirurgiche, difficilmente sarebbe in grado di laureare medici dotati delle competenze minime necessarie per esercitare la professione. E tuttavia le nostre *law school* sono altrettanto carenti nei confronti dei loro studenti».

Carnelutti (1935, 12) scrive: «Non so se sarebbe possibile tentare un paragone tra la ripartizione delle cosiddette *materie* d'insegnamento nella medicina e nella giurisprudenza; ma una verità è certa: che, a differenza del futuro medico, il futuro giurista, finché rimane nell'università, "al contatto di quel reale, il cui possesso è la meta ultima della sua cultura" non arriva mai». Più avanti nel testo, Carnelutti dirà esplicitamente che questo è un limite dell'insegnamento del diritto anche in considerazione del fatto che sia i medici sia i giuristi "operano sull'uomo"¹⁰.

Ora, davvero medici e giuristi possono essere assimilati in questo modo? La mia impressione è che la risposta a questa domanda non possa che essere negativa per diverse ragioni. Fatto salvo quello che si è detto nei paragrafi precedenti sul valore dell'approccio clinico anche al fine di un affinamento di una analisi filosofico-giuridica sulla natura del diritto, bisogna riconoscere che non è affatto detto che un corso

¹⁰ Per un'utile ricostruzione delle tesi di Carnelutti sull'approccio clinico, cfr. Carrer 2018.

di giurisprudenza i cui docenti non abbiano mai frequentato le aule dei tribunali non possa “produrre” giuristi di vaglia, sia in ambito teorico che pratico. Inoltre, mentre è difficile immaginare che un buon manuale di pediatria possa essere scritto da un medico che non abbia mai visitato un bambino in tutta la sua vita, è al contrario del tutto plausibile che un buon manuale di diritto penale, ad esempio, venga scritto da un professore di diritto che non si sia mai “sporcato le mani” con la pratica (gli esempi non mancano).

Le ragioni di queste differenze sono varie e almeno un paio di esse sono così importanti da meritare qui un approfondimento.

Innanzitutto, il modo in cui medici e giuristi “operano sull’uomo”, per usare l’espressione di Carnelutti, è qualitativamente diverso. L’intervento dei medici è diretto, sulla carne e sulle ossa delle persone, per usare l’espressione di Frank. L’intervento dei giuristi è invece mediato dal linguaggio. Pur senza arrivare alle esasperazioni della filosofia analitica del diritto, che ha imperversato nel dibattito giusfilosofico nella seconda metà del secolo scorso e che riduceva il diritto al linguaggio e la scienza del diritto a un meta-linguaggio, è indubbio che nel diritto il ruolo del linguaggio è preponderante. Che cosa fanno, dopotutto, i giuristi? Interpretano disposizioni normative. Non a caso Ronald Dworkin ha definito il diritto una pratica sociale argomentativa. Ciò rende la distinzione tra teoria e prassi in ambito giuridico molto più labile ed aleatoria di quanto non sia in ambito medico. Anche la distinzione tra interpretazione in astratto (che è quella che farebbero i professori di diritto nei loro libri) e interpretazione in concreto (che coincide con l’applicazione del diritto da parte di avvocati e giudici ai casi concreti), data spesso per scontata, non va enfatizzata. L’interpretazione in astratto, infatti, non può non confrontarsi con ipotetiche situazioni concrete con cui una certa disposizione, o un insieme di disposizioni, si troverà ad interagire. Nel diritto, in altri termini, si può dire che l’interpretazione è sempre in concreto e ciò contribuisce ad assottigliare la distanza tra teoria e prassi.

Inoltre, pur senza sottovalutare l’importanza della medicina preventiva, il legame tra medicina e patologia è inscindibile. I medici curano (o tentano di curare) le malattie che affliggono gli esseri umani. Nel caso del diritto, invece, il ruolo del giurista non è circoscritto alla fase patologica. Il diritto vive nei tribunali, certo, ma anche nelle strade, nelle piazze e ovunque gli esseri umani interagiscano fra loro. Come sostengono alcuni autori, tra cui Hart e Raz, anche una comunità di angeli avrebbe bisogno del diritto, se non altro per coordinare le azioni; ciò consente di affermare che non c’è un legame concettuale tra diritto e sanzione e che la “vita del diritto” è più ampia rispetto a quanto certe concezioni del diritto siano disposte ad ammettere. Da questo punto di vista, anche una prospettiva giusrealista non è esente da critiche: nella misura in cui essa fa coincidere il diritto con le decisioni dei giudici, mette una croce sopra una ampia parte della prassi giuridica e contribuisce a distorcere l’immagine del diritto.

Riassumendo: ciò che spinge Frank a insistere sull'analogia medico/giurista è, *in primis*, la sua versione del realismo giuridico. Una delle affermazioni più celebri di Frank è che ciò che il diritto è dipende da ciò che i giudici hanno mangiato a colazione. Anche se studi recenti di psicologia cognitiva (Ross & Shestowsky 2003) dimostrano che questa affermazione è in parte vera, essa va comunque presa con cautela. Questa idea sottende infatti una visione del diritto incentrata sull'aspetto patologico. Il giurista, come il medico, entrerebbero in gioco solo quando si manifesta una patologia. Se il diritto viene fatto dai giudici, tutto quello che rientra nella fisiologia della vita del diritto rimane in un cono d'ombra. Il diritto sembra esistere solo quando viene violato, e questo appare bizzarro. Inoltre, circoscrivere la vita del diritto ai casi di violazione enfatizza l'aspetto della coazione fino al punto di sostenere che vi sia un legame concettuale tra diritto e coazione. Questa impostazione mette quindi in secondo piano altri aspetti interessanti del diritto e rischia di sottovalutare l'aspirazione del diritto alla giustizia; questo è un esito sul quale un approccio clinico-legale dovrebbe almeno riflettere. Mi sembra corretta, in relazione alle osservazioni precedenti, l'intuizione di Carnelutti (1935, 173) secondo cui l'approccio clinico-legale al diritto non debba essere costruito soltanto pensando alle figure del giudice e dell'avvocato, ma anche a quelle, ad esempio, dell'amministratore e del legislatore. Questa intuizione, oltre a proporre una visione meno riduttiva del diritto, può rappresentare un buon punto di partenza per ampliare gli ambiti dell'approccio clinico¹¹.

5. VULNERABILITÀ, CLINICHE LEGALI E IL “LATO OSCURO” DEL DIRITTO

Le risposte alla domanda “che cosa è il diritto?” tendono spesso al riduzionismo. Con accenti diversi, le molteplici concezioni del diritto circoscrivono la loro attenzione al momento della produzione del diritto da parte del legislatore e a quello della sua applicazione da parte del giudice. Queste due fasi sono collegate dall'attività interpretativa ed argomentativa. Lo spazio attribuito alla discrezionalità dell'interprete (e del giudice, in particolare) varia a seconda della teoria adottata; in ogni caso, lo schema del funzionamento del diritto è quello di un semplice *modus ponens*: la norma rappresenta la premessa maggiore, il fatto la premessa minore, la conclusione la condanna o l'assoluzione. Una concezione formalista dell'interpretazione sosterrà che non ci sia molto altro da aggiungere e che l'attività interpretativa

¹¹ Per un esempio interessante di approccio clinico che va in questa direzione, cfr. Bartoli & Celano 2019.

sia essenzialmente meccanica. Una impostazione di questo tipo è accolta dal giusrazionalismo del XVIII secolo – si pensi al “sillogismo perfetto” di Cesare Beccaria – e non è più in auge.

A partire dalla seconda metà del XX secolo, le diverse teorie del diritto tendono ad enfatizzare la discrezionalità dell'interprete nell'attribuire un significato alle norme e nel ricostruire i fatti¹². Si annoverano versioni diverse, più o meno radicali, di anti-formalismo. Anche la “teoria mista” di Hart non è molto diversa da una versione moderata di anti-formalismo.

Questo modo di ricostruire la vita del diritto – fatte salve le profonde differenze circa la discrezionalità attribuita all'interprete – trascura alcune dinamiche molto importanti e, alla fine dei conti, rischia non soltanto di offrire una descrizione edulcorata del diritto ma di distorcere l'effettivo funzionamento della pratica giuridica.

Esistono altri punti di vista sul diritto, peraltro sovente esplicitati da prospettive giusrealiste e critiche, che hanno una importanza innegabile. Si tratta di quegli approcci che adottano la pratica del sospetto come appropriato metodo filosofico: le cose potrebbero stare diversamente da come appaiono. Una prospettiva di questo genere è espressa ad esempio da Franz Kafka nel racconto *La questione delle leggi*. Kafka immagina un popolo governato da un gruppo di nobili attraverso leggi note soltanto al ristretto manipolo dei nobili che detengono il potere. Ad un certo punto, in questo racconto si adombra la possibilità che le leggi non siano soltanto sconosciute al popolo ma addirittura che esse non esistano o, se esistono, coincidono con le decisioni arbitrarie della nobiltà (“legge è ciò che fa la nobiltà”)¹³.

L'obiettivo di approcci di questo genere è appunto quello di adombrare il sospetto che la realtà sia diversa da come appare. L'archetipo di un approccio di questo genere è Trasimaco che afferma che “la giustizia è [...] l'utile del più forte...”. Il merito della tesi di Trasimaco è quello di mostrare la differenza tra un'apparenza e la realtà. L'apparenza è che ogni proposta di giustizia è universale e, dunque, vale per tutti coloro che ricadono nel suo ambito di applicazione; la realtà è che la giustizia riguarda soltanto i più forti e la tutela del loro utile. Tuttavia, l'aspetto più interessante della tesi di Trasimaco non è la “realtà”, vera o presunta, che essa ci comunica, ma l'aver avanzato il sospetto che quel che appare non corrisponde necessariamente a ciò che è¹⁴.

Per limitarsi ad alcuni esempi illustri, l'idea di Karl Marx che il diritto sia una sovrastruttura può essere letta in questo modo; così come in questo modo si può interpretare l'ipotesi di Foucault che la concezione illuministica della pena tuteli

¹² Per una analisi dei nessi tra discrezionalità interpretativa in ambito giuridico e vulnerabilità, cfr. Abignente 2018.

¹³ Kafka 1979: 403-405. La possibilità adombrata da Kafka può essere ricondotta al giusrealismo radicale. Cfr. Poggi 2008: 57-65.

¹⁴ Cfr. Platone 1998: 338d-339a, 63. Riprendo questa interpretazione delle tesi del *Trasimaco* di Platone da Iacono 2003.

solo apparentemente valori come la libertà e la dignità, mentre in realtà sia un apparato concettuale in grado rendere le pene più efficaci nel contrastare i comportamenti devianti di quanto non fossero i crudeli supplizi del diritto premoderno; ancora, la lettura psicoanalitica della pratica giuridica come equivalente funzionale della figura paterna, proposta da Frank, può essere a buon diritto ascritta alla filosofia del sospetto; infine, lo stesso vale per l'ipotesi di Anders Vilhelm Lundstedt che il diritto funzioni come una macchina in grado di produrre riflessi pavloviani in coloro che sono ad esso soggetti.

Gli approcci di questo genere sostengono che la pratica giuridica è diversa da come appare e da come coloro che vi partecipano ritengono che essa sia. L'attitudine al sospetto è importante e va incoraggiata al fine di mantenere un atteggiamento critico e vigile nei confronti del diritto e del potere.

Il diritto spesso agisce dietro le spalle degli individui e attraverso metodi non sempre pubblici o pubblicizzabili. La prassi amministrativa, in particolare, ha un ruolo cruciale e, al tempo stesso, trascurato nel reale funzionamento del diritto.

Un approccio clinico-legale può contribuire a far emergere quanto della vita del diritto si tende a nascondere come la polvere sotto il tappeto. Questa, dal mio punto di vista di filosofo del diritto, è l'esperienza più significativa della Clinica legale per i diritti umani di Palermo (CLEDU).

Molti casi concreti affrontati dalla CLEDU sono, rispetto a questo tema, emblematici. Qui mi limito a ricostruirne un paio (Alaimo et aliae 2018; Di Chiara & Scurba 2017).

Il primo caso riguarda alcune famiglie di origine Rom che vivevano, da irregolari, nel fatiscente "campo nomadi di Palermo". La condizione di irregolarità era ovviamente la causa principale del degrado in cui vivevano. Tali famiglie avevano fatto istanza per ottenere l'autorizzazione a rimanere sul territorio italiano sulla base di una norma dell'allora vigente testo unico sull'immigrazione che favoriva il ricongiungimento familiare al fine di tutelare i minori. Il tribunale dei minori di Palermo si era espresso favorevolmente rispetto al rilascio di un permesso di soggiorno sulla base di questa disciplina. Tenendo sullo sfondo il modello semplificato di diritto abbozzato in precedenza, la questione avrebbe dovuto chiudersi qui. Esiste una norma che prevede il rilascio del permesso di soggiorno per consentire il ricongiungimento familiare e, in questo modo, favorire lo sviluppo psicofisico dei minori. Le famiglie di origine Rom avevano figli minori e, dunque, dovevano essere autorizzate a permanere sul territorio italiano.

Il "lato oscuro" del diritto ha complicato le cose. La questura di Palermo, infatti, si è rifiutata di rilasciare il permesso di soggiorno in assenza del passaporto o di altro documento equipollente. È bene precisare che la maggior parte delle famiglie Rom proveniva dalla ex-Jugoslavia e ciò rendeva difficile ottenere il passaporto. È anche

interessante sottolineare che il tribunale dei minori non era a conoscenza del comportamento della questura e riteneva che l'irregolarità delle famiglie in questione fosse stata definitivamente sanata attraverso il proprio provvedimento.

La CLEDU ha seguito due diverse strategie. Rispetto alle famiglie effettivamente provenienti dalla ex-Jugoslavia e prive di documento di riconoscimento si è fatta istanza di apolidia e, su queste basi, la questura ha rilasciato il permesso di soggiorno. Negli altri casi si è preferito seguire un'altra strada – più eticamente corretta – nonostante il suggerimento della questura di fare istanza di apolidia anche in assenza dei presupposti. Rispetto a questa seconda fattispecie, la CLEDU ha richiesto formalmente alla questura il rilascio del permesso di soggiorno sostenendo che, alla luce del provvedimento del tribunale dei minorenni, si trattasse di un atto dovuto, anche alla luce del fatto che tutti i componenti dei nuclei familiari erano stati già adeguatamente identificati dai servizi sociali e dal tribunale stesso. La questura, a questo punto, ha risposto formalmente di non potere procedere al rilascio in assenza dei passaporti. Sulla base di questo diniego, la CLEDU ha presentato un ricorso al tribunale dei minorenni che ha dichiarato illegittima la prassi della questura ed ha intimato che venissero rilasciati i permessi di soggiorno.

Il secondo caso è collegato al cosiddetto approccio *hotspot* alla questione migratoria. Tale approccio rappresenta un caso paradigmatico di un uso distorto del diritto nell'età dei diritti. Il Rapporto di *Amnesty* sugli immigrati relativo agli anni 2015-2016, denuncia in modo circostanziato numerosi casi di violazioni dei diritti dei migranti da parte delle forze dell'ordine all'interno degli *hotspot*, dove si identificano i migranti al momento del loro primo ingresso nel territorio europeo. La questione rilevante è che la normativa europea sugli *hotspot* a fatica può essere ritenuta compatibile con la cultura dei diritti. L'"approccio *hotspot*" prevede come suo scopo primario l'identificazione dei migranti tramite l'acquisizione delle impronte digitali nel paese di primo ingresso. Ciò al fine di garantire, in caso di attraversamento dei confini, il rinvio dei migranti nei paesi in cui vengono identificati per la prima volta. Il Consiglio dell'UE individua una serie di pratiche per "costringere" i migranti a...cooperare (un bell'esempio di ossimoro!). Tra queste, è previsto, in casi estremi, anche l'uso della forza, in misura del "minimo necessario" e nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica dei migranti. Ora, nonostante questi *careat*, quasi delle formule di stile, è evidente che l'assenza di norme che disciplinino in modo dettagliato i limiti all'uso della forza negli *hotspot*, apra le porte all'arbitrio e sia potenzialmente criminogena e contraria alla cultura dei diritti, assimilando il migrante ad un potenziale nemico. È significativo che, come sottolinea uno studio recente, il termine *hotspot* sia utilizzato, in tempi di guerra, per indicare le zone in cui sono attivi i combattimenti, nonché, in tempi di pace, le zone di guerriglia urbana (Neocleous & Kastrinou 2016).

Nello specifico, la CLEDU si è trovata a fronteggiare alcuni effetti perversi dell'approccio *hotspot* sul finire del 2015 quando, a seguito di un importante sbarco

al porto di Palermo, circa duecento migranti sono stati trasferiti all'*hotspot* di Trapani. Lì, la maggior parte di loro ricevette quasi subito un decreto di respingimento differito. Questo provvedimento incarna perfettamente l'approccio *hotspot*. La prassi degli *hotspot* era infatti quella di separare subito e grossolanamente i migranti in *clear need of protection*, individuati in base alle percentuali di riconoscimento della protezione internazionale rispetto alla loro nazionalità, e tutti gli altri, ai quali, senza una attenta valutazione delle situazioni personali veniva consegnato un decreto di respingimento differito. Va detto che nel 2016 questa prassi è stata limitata grazie ad una circolare del Ministero dell'interno che precisava che non esisteva alcuna lista di paesi terzi sicuri e, dunque, che l'accesso all'asilo non potesse essere impedito sulla mera base della nazionalità.

La CLEDU si è occupata della difesa legale di alcuni tra coloro che avevano ricevuto il decreto di respingimento. La strategia è stata quella di chiedere al Tribunale la sospensione dei provvedimenti al fine di rimettere la questione alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 13, commi 2 e 3 cost. (riserva di legge e di giurisdizione). Il Tribunale di Palermo ha effettivamente sospeso alcuni provvedimenti e ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale.

Questi casi consentono di avanzare alcune considerazioni generali.

Innanzitutto, molte decisioni che vengono prese in ambito giuridico sono arbitrarie, sono l'esito di prassi amministrative non motivate, e dunque non possono essere sfidate attraverso gli strumenti tipici dell'argomentazione giuridica. Bisogna andare alla ricerca di strategie di aggiramento e di pressione piuttosto che di buoni argomenti.

In secondo luogo, le autorità amministrative, che raramente sono oggetto di riflessione giusfilosofica, adottano prassi diverse tra loro e questo è profondamente lesivo dell'eguaglianza formale degli individui. Inoltre, ciò mostra anche che nell'applicazione del diritto la casualità gioca un ruolo più pervasivo di quanto saremmo disposti ad ammettere.

In ultimo luogo, questi casi aiutano a comprendere che esistono molti modi - diretti e indiretti - per affrontare le controversie ed anche che molte controversie potrebbero essere evitate attraverso il coordinamento delle attività dei diversi attori.

Le cliniche legali possono svolgere un ruolo cruciale nell'illuminare il lato oscuro del diritto e questo è importante non soltanto per ragioni di giustizia sociale ma anche per migliorare la nostra conoscenza del diritto e del modo in cui esso incide sui nostri comportamenti e, in particolare, su quello delle persone più vulnerabili e indifese.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABIGNENTE Angelo, 2018. Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale. In GIOLO Orsetta, PASTORE Baldassare (a cura di), «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto». Carocci, Roma, 183-185.

ALAIMO Claudia M., CONSIGLIO Elena, ROMANO Maria, SCIURBA Alessandra, 2018. «La clinica legale per i diritti dell'università di Palermo». In MAESTRONI Angelo, BRAMBILLA Paola, CARRER Matteo (a cura di), «Teorie e pratiche nelle cliniche legali. Cliniche legali vol. II». Giappichelli, Torino, 161-189.

ALEXY Robert, 1989. «On Necessary Relations between Law and Morality». *Ratio Juris*, 2, 167-183.

ARENDT Hannah, 2009. «Le origini del totalitarismo» (1951). Einaudi, Torino.

ATIENZA Manuel, 2012. «Una teoria pragmatica del diritto», *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 123-134.

BARBERA Marzia 2018. «Il movimento delle cliniche legali e le sue ragioni». In MAESTRONI Angelo, BRAMBILLA Paola, CARRER Matteo (a cura di), «Teorie e pratiche nelle cliniche legali. Cliniche legali vol. II». Giappichelli, Torino, XIX-XXIX.

BARTOLI Clelia, CELANO Bruno 2019. «Apologia del libero mercato». *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 297-326.

BERLIN Isaiah, 1990. «L'unità dell'Europa e le sue vicissitudini». In ID., «Il legno storto dell'umanità. Capitoli di storia delle idee» (1959). Adelphi, Milano.

BERNARDINI Maria Giulia, 2017. «Le cliniche legali e l'identità del giurista: spunti per un inquadramento teorico». *Diritto & Questioni Pubbliche* 17: 437-459.

BLOCH Frank S. 2008. «Access to Justice and the Global Clinical Movement». *Washington University Journal of Law & Policy* 28: 111-139.

BULYGIN Eugenio, 2007. «Il positivismo giuridico». Giuffrè, Milano.

CARNELUTTI Francesco 1935. «Clinica del diritto». *Rivista di diritto processuale*, I, 169-175.

CARRER Matteo, 2018. «Rileggendo Carnelutti su La clinica del diritto. Problemi e questioni sui fondamenti della clinica legale». In MAESTRONI Angelo, BRAMBILLA Paola, CARRER Matteo (a cura di), «Teorie e pratiche nelle cliniche legali. Cliniche legali vol. II». Giappichelli, Torino, 21-47.

CIARAMELLI Fabio, 2018. «La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto». In GIOLO Orsetta, PASTORE Baldassare (a cura di), «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto». Carocci, Roma, 171-182.

DI CHIARA Giuseppe, SCIURBA Alessandra 2017. «Esperienze di tutela dei minori soli richiedenti asilo e percorsi di formazione del giurista: la clinica legale per i diritti umani di Palermo». *Minorigiustizia*, n. 3, 177-193.

DWORKIN Ronald, 2010. «La giustizia in toga» (2006). Laterza, Roma-Bari.

FERRAJOLI Luigi, 1997. «La sovranità nel mondo moderno». Laterza, Roma-Bari.

FERRARI Vincenzo, 2016. «Un'introduzione». In DI DONATO Flora, SCAMARDELLA Francesca (a cura di), «Il metodo clinico-legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche». Editoriale scientifica, Napoli, 23-26.

FRANK Jerome, 1933. «Why not a Clinical Lawyer-School? ». *University of Pennsylvania Law Review*, 8, 81, 907-923.

HART Herbert L. A., 2002. «Il concetto di diritto» (1961; 1994²). Einaudi, Torino.

HAYEK von Friedrich A., 2007, «La via della schiavitù» (1944²). Rusconi, Milano.

IACONO Alfonso M., 2003. «La giustizia di Trasimaco e i filosofi del sospetto». *Ragion Pratica*, 20, 167-185.

JORI Mario, 1997. «Uberto Scarpelli e il giuspositivismo». In SCARPELLI Uberto, «Cos'è il positivismo giuridico» (1^a ed. 1965), Esi, Napoli.

JORI Mario, 2010. «Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva», Ets, Pisa.

KAFKA Franz 1979. «La questione delle leggi» (1920), in ID., «Tutti i racconti». Mondadori, Milano, 403-405.

LEVI Primo, 1992. «Se questo è un uomo» (1958). In ID. «Se questo è un uomo/La tregua». Einaudi, Torino.

MACCORMICK Neil D., 1990. «Diritto, morale e positivismo giuridico» (1982). In MACCORMICK Neil D., WEINBERGER Ota, «*Il diritto come istituzione*» (1986). Giuffrè, Milano, 157-179.

MARELLA Maria Rosaria, RIGO Enrica, 2015. «Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di *lawyering*». *Rivista critica del diritto privato*, 4, 537-556.

NEOCLEOUS Mark, KASTRINOU Maria, 2016. «The EU hotspot. Police war against the migrant». *Radical Philosophy*, 200, 3-9.

PALOMBELLA Gianluigi, 2012. «È possibile una legalità globale? Il *Rule of law* e la *governance* del mondo». Il Mulino, Bologna.

PARIOTTI Elena, 2018. «Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani». In GIOLO Orsetta, PASTORE Baldassare (a cura di), «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto». Carocci, Roma, 147-160.

PASCUZZI Giovanni, 2016. «Cosa intendiamo per 'metodo casistico?'». *Il Foro italiano*, parte v, colonne 334-338.

PASTORE Baldassare, 2018. Soggettività giuridica e vulnerabilità». In GIOLO Orsetta, PASTORE Baldassare (a cura di), «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto». Carocci, Roma, 127-145.

PERELMAN Jeremy, 2016. «Pensare la pratica, teorizzare il diritto in azione: le cliniche legali e le nuove frontiere epistemologiche del diritto». In DI DONATO Flora, SCAMARDELLA Francesca (a cura di), «Il metodo clinico-legale. Radici teoriche e dimensioni pratiche». Editoriale scientifica, Napoli, 85-112.

PLATONE, 1998. «La Repubblica». vol. I, Bibliopolis, Napoli.

POGGI Francesca, 2008. «La questione delle leggi. Brevi osservazioni a margine di un racconto di Franz Kafka». In COMANDUCCI Paolo, GUASTINI Riccardo (a cura di), «Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica». Giappichelli, Torino, 57-65.

PRETEROSSO Geminello, 2018. «La dimensione sociale della vulnerabilità». In GIOLO Orsetta, PASTORE Baldassare (a cura di), «Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto». Carocci, Roma, 205-218.

RAZ Joseph, 1975. «Reasons for action, decisions and norms». *Mind*, 84, pp. 481-499.

RAZ Joseph, 1990. «Practical Reason and Norms (with a new postscript)». Oxford University Press, Oxford (ed. or., Hutchinson, London, 1975).

RAZ Joseph, 2005. «Autorità, diritto e morale» (1985). In SCHIAVELLO Aldo, VELLUZZI Vito (a cura di), «Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia». Giappichelli, Torino, 286-315.

RIGO Enrica, 2017. «Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa di migranti». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 475-493.

ROMANO Maria Concetta, 2016. «The history of legal clinics in the US, Europe and around the world». In BARTOLI Clelia (ed. by) «Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice». *Diritto & Questioni Pubbliche*, Special issue: 27-39.

RORTY Richard, 1994. «Diritti umani, razionalità e sentimento (1993)». In SHUTE Stephen e HURLEY Susan (a cura di), «I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures». Milano, Garzanti, 128-151.

ROSS Lee, SHESTOWSKY Donna, 2003. «Contemporary Psychology's Challenges to Legal Theory and Practice». *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 3, 1081-1114.

SANTORO Emilio, 2019. «Guai privati e immaginazione giuridica: le cliniche legali e il ruolo dell'università». *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 231-256.

SCHIAVELLO Aldo, 2004. «Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica». Giappichelli, Torino.

SCHIAVELLO Aldo, 2014. «Algunos Argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa». *Doxa*, 37, 193-217.

SCIURBA Alessandra, 2019. «Le critiche legali italiane e la risignificazione del diritto». *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 257-276.

TUSHNET Mark V., 1984. «Scenes from the Metropolitan Underground: A Critical Perspective on the Status of Clinical education». *George Washington Law Review*, 52, 272-279.