



Ricerca

Stato del benessere, giustizia terapeutica e crisi del diritto. Come la crisi del Covid-19 ha svelato i tratti essenziali dell'ordine giuridico-politico contemporaneo

Responsabile scientifico: Prof. Dr. Carlo Lottieri

Durata: 15 giugno – 15 settembre 2020

Soggetto istituzionale: ISFI

La ricerca intende affrontare una questione di grande attualità, con l'obiettivo di mostrare, però, come la recente crisi in atto stia solo manifestando una serie di cambiamenti che da tempo hanno riguardato il sistema politico, l'ordine giuridico e la stessa giurisdizione.

Se nel corso della crisi sanitaria è stato possibile – da un momento all'altro – sospendere molte libertà fondamentali e confinare larga parte della popolazione nelle sue abitazioni, questo si deve al fatto che lo Stato moderno elaborato intorno al XVI secolo da tempo si era ormai reiventato quale garante del benessere fisico e della salute. Per giunta, mentre nel passato il diritto era un ordine che doveva rispondere a esigenze di giustizia (diritto naturale) ed essere radicato in comportamenti e usi selezionati nel tempo (diritto storico), ormai esso è essenzialmente la volontà arbitraria del legislatore: la semplice legge imposta ai cittadini dal ceto politico.

In passato avevamo quindi pensato all'ordinamento giuridico come a qualcosa che potevamo cercare di conoscere, ma che nessuno aveva il diritto di manipolare a suo piacere. Da due secoli a questa parte, invece, con il trionfo della legislazione tutto è cambiato e i risultati si sono visti in questa fase segnata dalla pandemia. Quelli che ci governano, infatti, non si sono limitati a dirci cosa non dovevamo fare (ad esempio, stare troppo vicini l'un l'altro e in tal modo diffondere il virus), ma invece in molte circostanze ci hanno impedito di lavorare e ci hanno rinchiuso in casa, anche impedendoci di incontrare i nostri cari. Invece che ricordarci i principi fondamentali del diritto e la loro traduzione nel contesto presente, ci hanno governato seguendo logiche autoritarie.

In sostanza, è risultato particolarmente evidente che le logiche del governo (e di una legislazione arbitraria) hanno soppiantato lo spirito autentico del diritto, quale insieme di regole poste a tutela dei singoli e della società. In questo contesto, il diritto ha smesso di essere un quadro di libertà, dove le norme sono lì per tutelare i diritti, mentre è diventato un docile strumento nelle mani di pochi.

Oltre a ciò, quella a cui da tempo assistiamo è il progressivo declinare del *welfare State* classico, che ormai sta per essere soppiantato da uno *health State*, di cui rappresenta solo in parte lo sviluppo naturale. In effetti, stiamo passando da un ordine in cui lo Stato redistribuisce risorse e servizi a uno in cui, al contrario, lo Stato oltre a far ciò si prende cura della popolazione, introducendo a tal fine sempre crescenti limitazioni delle libertà individuali.





Da più parti è stato evidenziato come il diffondersi del Covid-19 avrebbe creato una situazione fuori dal comune (lo “stato di eccezione” di cui aveva parlato Carl Schmitt) tale da consentire al ceto politico di esercitare con particolare decisione il proprio potere, affermandosi quale entità sovrana. In realtà, però, il diffondersi del coronavirus ha solo permesso di cogliere meglio quanto era già avvenuto. Se le decisioni di pochissimi hanno potuto annullare i diritti di molti, questo è stato possibile perché ormai da tempo l’ordinamento giuridico non era più lì a impedirci di fare alcune cose (*neminem laedere*), ma semmai a definire in maniera sempre più dettagliata cosa si deve fare proprio con l’obiettivo di renderci felici.

L’avvento dello Stato terapeutico si può ricondurre all’imporsi di quell’insieme di politiche pubbliche che mirano a migliorare la condizione psicofisica degli associati e per questo motivo si fanno carico – ad esempio – di promuovere taluni stili di vita e inibirne o ostacolarne altri. Le politiche contro gli stupefacenti e il fumo, ma anche contro il consumo di zuccheri e cibi grassi, appartengono a questa logica. C’è però molto di più.

Esaminare la questione dello Stato terapeutico, infatti, significa riflettere sullo Stato a partire da una prospettiva che enfatizza taluni aspetti specifici del potere statale nelle sue più recenti trasformazioni, anche in rapporto ai cambiamenti che ha conosciuto e sempre più sta conoscendo la stessa funzione sociale del giudice.

Le origini di tale processo sono ormai abbastanza remote. Se in certe aree della California negli ultimi anni si è arrivati a proibire il fumo anche negli spazi privati (includendo quindi pure le case e le automobili), un simile dispotismo parte da lontano. Senza risalire al *Polizeistaat* prussiano (a quell’assolutismo che si avvale delle innovazioni illuministe e delle nuove tecniche amministrative per potenziare il controllo pubblico e rafforzare l’azione volta al benessere sociale), certo va considerato come lo Stato abbia conosciuto una trasformazione profonda con l’avvento del welfare State: prima nella Germania di Bismarck e poi in tutto l’Occidente.

L’idea di fondo è che l’autonomia (economica, culturale, morale) dei corpi sociali debba essere progressivamente limitata da uno Stato che si prende cura di ognuno e di ogni cosa, e quindi finisce per stabilire mezzi e fini. Quando lo Stato si fa “benevolente” e in tal modo penetra in ambiti da cui dovrebbe tenersi il più possibile lontano, la società si trova sull’orlo dell’abisso.

Quello a cui si è assistito è l’imporsi di un’idea con radici antiche, se si considera che un tratto caratteristico della teoria politica moderna è proprio il paternalismo. Il primo dei due trattati del governo civile di John Locke ha avuto molti meno lettori del secondo, ma merita di essere ricordato in quanto rappresenta un duro attacco alle tesi di Robert Filmer, un difensore del assolutismo che si schierò a difesa degli Stuart in nome di logiche che facevano del monarca una sorta di “padre” dell’intera società. L’idea che lo Stato avrebbe il compito di proteggere gli uomini da loro stessi, in fondo, viene da lì. La moderna legislazione del lavoro e anche il salutismo di Stato (che punta a ridurre con la forza pubblica e con la legislazione il numero di cocainomani, obesi e tabagisti) sono esattamente in questa logica.

Fin dalle sue origini, si assiste all’incrociarsi di vari temi: (a) l’*opportunismo* di chi intende usare questa benevolenza di Stato per coprire gli interessi del ceto politico e allargarne il raggio d’azione; (b) il *moralismo* di chi intende imporre a tutti una propria etica, senza il minimo rispetto per il diritto di compiere quei *peccati* che non sono *crimini* (per usare il linguaggio che fu di San Tommaso);





(c) il *paternalismo* classista di chi divide l'umanità in due gruppi, rilevando che gli uomini comuni non sanno agire nel loro bene e quindi è necessario che siano gestiti da chi – politici, giudici e funzionari – appaiono in grado di proteggerli dal rischio di sbagliare.

Operando una simile trasformazione, quel medesimo Stato che per secoli si era rappresentato esibendosi soprattutto quale “monopolio della forza” sta ora ripensandosi in profondità: soprattutto dinanzi al ruolo delle corti e alla specifica funzione di chi è chiamato a giudicare.

In questo senso, la stessa espansione dello Stato è connessa alla tendenza a sostituire la coazione con la persuasione, la forza con la pedagogia. D'altra parte, limitandosi a utilizzare strumenti costrittivi per sconfiggere le “malattie” sociali lo Stato è andato incontro molto spesso a gravi fallimenti. È il caso, ad esempio, della lotta alla tossicodipendenza. Quale senso può avere produrre ogni giorno un gran numero di processi a carico di soggetti che sono colpevoli di usare o commerciare di sostanze proibite? Si tratta di pratiche processuali in grado di migliorare la società? Aiutano i tossicodipendenti? Vanno incontro alle esigenze del resto della società? Vi sono molti legittimi dubbi al riguardo e vi sono pure numerose analisi sull'impatto del proibizionismo sull'espansione della criminalità (al punto che oggi interi Stati sono dominati dagli interessi del narcotraffico), sulle dimensioni sempre più patologiche dell'universo carcerario, sulle gravi conseguenze che tutto questo arreca agli stessi tossicodipendenti.

Non è sorprendente che quindi proprio in America, dove molto si è scommesso sulla guerra alla droga, da tempo si stia sviluppando – in parallelo con la repressione – una politica volta ad aiutare, a sorreggere e, in definitiva, a “guarire” chi consuma sostanze stupefacenti.

Qui non si fa riferimento alle pratiche assistenziali e ai servizi sociali specialistici (quali esistono pure in Europa), ma invece all'affermarsi di una giurisprudenza che negli ultimi vent'anni ha preso a definirsi “terapeutica” (*Therapeutic Jurisprudence*) e ha iniziato a sostituire al formalismo delle regole astratte un'informalità maggiormente aperta alle ragioni dell'accoglienza e della comprensione. Entro tale quadro, il giudice in particolare abbandona il proprio ruolo tradizionale per avvicinarsi all'indagato come a un amico o a un figlio. Ma a ben guardare è tutto l'impianto classico della giustizia che viene rimosso.

Questa maniera di fare diritto ha poi finito per dilagare in ogni ambito.

La logica di fondo è quella secondo cui “è meglio prevenire che curare”, così che se il giudice resta nel proprio ruolo tradizionale il minimo che si possa dire è che siamo di fronte ad un fallimento. Per questo è importante che il ruolo di assistenza e incoraggiamento che tradizionalmente era ad appannaggio dei servizi assistenziali venga assunto dai tribunali stessi, che devono mettere da parte la generalità delle norme per fare spazio alle esigenze del caso specifico. A venire meno, entro questo nuovo modo d'intendere lo stesso processo, è la dimensione formale del diritto.

Il movimento delle *drug courts* va infatti modificando l'idea stessa di diritto. Come ha scritto Daniel F. Priar, «se un tempo il diritto era ragione, logica o esperienza, ora è sentimento, realizzazione individuale e funzione terapeutica». È chiaro come l'obiettivo sia di preoccuparsi della persona più che di norme astratte e formali, fino a realizzare una libertà vera, ma questo finisce per produrre esiti controproducenti, dato che tale libertà ha un prezzo, poiché la cultura terapeutica rischia ironicamente di rafforzare la dipendenza in nome dell'autorealizzazione.





Come detto, oltre ai processi per droga hanno giocato un ruolo decisivo – e perfino precedente – quelli che hanno visto protagonisti malati di mente e tossicodipendenti. Ed è proprio qui la giurisprudenza terapeutica ha mosso i primi passi.

È una protagonista stessa e interprete appassionata di tale movimento, Cindy Lederman (giudice in Florida), a offrire un'interessante chiave di lettura della cosa quando riconosce che, interpretando questa versione attiva del proprio ruolo, ella ha «molte più possibilità, penso, di danneggiare qualcuno che se invece mi limitassi a sedermi là, ad ascoltare, e alla fine a dire colpevole o innocente (*guilty or not guilty*)». Il giudice tende a perdere la propria aura e ad annullare ogni distanza, assumendo i tratti di un missionario civile e un militante per l'umanità. In questo senso il giudice smette anche di essere una figura sociale quasi assente e indefinita, costretta a vivere un'esistenza un po' separata, per diventare invece un soggetto che costantemente interviene nel gioco sociale e dice la sua.

Il giudice tende a comportarsi come un terapeuta, un dottore, offrendo consigli agli imputati-pazienti, dinanzi ai quali cela ogni segno del suo potere, facendosi un esperto che può essergli utile. Non più condannato dalla propria funzione alla tipica solitudine dell'uomo chiamato a giungere ad una determinazione, ora il giudice tende a circondarsi di collaboratori ed esperti, soprattutto perché egli ormai non deve decidere, ma favorire la risoluzione di problemi.

La logica classica del diritto – *dura lex, sed lex* – rinvia a un atteggiamento senza pietà né capacità di comprensione che può suscitare perplessità, ma presenta pure qualche vantaggio. Il giudice con la toga in grado di mantenere le distanze ha almeno la decenza di non fingere di essere altro, mentre quello che pretende di entrare in confidenza con noi *per curare la società*, pur continuando ad esercitare la propria funzione e quindi il proprio potere, può essere perfino più inquietante, dato che il lirismo del *problem-solving movement* si sottrae tanto alle leggi come alla tradizione, alla legislazione come allo stare decisis.

La conseguenza, come rileva Timothy Casey, è che alla fine «il trattamento è giudicato solo sulla base della sua efficacia. Ad esempio, un trattamento non è giudicato chiedendosi se è equo, meritato o proporzionale». Il punto di arrivo di tutto questo è un pragmatismo terapeutico che dissolve ogni garanzia giuridica tradizionale (tipicamente formale) e finisce per esporre la società nel suo insieme al rischio di una costante manipolazione giudiziaria. È il trionfo di un potere parcellizzato e arbitrario, dominato da magistrati che si concepiscono quali soggetti chiamati a dirci cosa dobbiamo fare, come dobbiamo vivere, in cosa dobbiamo sperare.

La ricerca avrà luogo presso la biblioteca dell'Università Humboldt di Berlino.

Discipline interessate:

Filosofia politica – Filosofia morale – Filosofia del diritto – Teoria generale del diritto – Scienza politica – Storia della filosofia morale e politica – Storia delle istituzioni politiche

Risultati previsti:

Pubblicazione di un saggio sottoposto a peer review entro giugno 2021

