



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Baldassare Pastore

Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007
Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico

SOMMARIO: 1. Di cosa parliamo quando parliamo di vulnerabilità? – 2. Il ruolo del diritto – 3. Caso concreto, tutela giuridica e soluzione interpretativa

1. *Di cosa parliamo quando parliamo di vulnerabilità?*

Vulnerabilità si dice in molti modi e riguarda situazioni che possono manifestarsi in molteplici forme¹. La nozione assume significati diversi in contesti diversi. Rinvia a un'idea dai contorni vaghi, sfumati, che presenta notevoli varianti. Per un verso, indica la suscettibilità di subire ferite (*vulnera*), ossia, in generale, la suscettibilità di subire danni causati da fenomeni naturali o da attività umane. Può essere predicata, così, di esseri umani, specie animali, ambienti naturali, costruzioni umane, facendo riferimento ad una possibilità reale, connessa ad una serie di situazioni, da cui dipende il verificarsi di determinati stati di cose, e che si manifesta in determinate circostanze. Per un altro verso, designa una 'particolare' suscettibilità, da parte di un soggetto o di più soggetti, di subire determinati danni per effetto di determinate azioni o determinati fenomeni naturali. Qui la parola è usata per indicare alcune caratteristiche che sono possedute in grado diverso da soggetti diversi in ragione della loro maggiore o minore esposizione al rischio di essere colpiti e danneggiati.

¹ Una sintetica ed efficace rassegna della letteratura in tema di vulnerabilità, nelle sue diverse manifestazioni, è offerta da K. BROWN, K. ECCLESTONE, N. EMMEL, *The Many Faces of Vulnerability*, in *Social Policy & Society*, 16.3, 2017, 497-510. Cfr. anche i contributi pubblicati in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018.

Il suo utilizzo in svariati e differenti ambiti (individuali, sociali, istituzionali, economici, fisico-ambientali, tecnologici e biotecnologici, informatici) conferma l'utilità di assumerla come paradigma grazie al quale configurare e interpretare vari aspetti del reale, nonché dar conto della precarietà, della fragilità, dell'insicurezza, delle minacce, che caratterizzano l'epoca contemporanea e che incidono sulla vita degli individui. Svolge, da questo punto di vista, una funzione 'esplicativa', fornendo una cornice sufficientemente ampia, un orizzonte, per la percezione di una serie di fenomeni riguardanti aree di esperienza e per catturarne le manifestazioni². Riferito al mondo dell'interazione sociale, svolge, inoltre, una funzione 'critica', di valutazione della realtà, e una funzione 'propositivo-costruttiva', dinamica, che guarda agli ordinamenti, nella direzione della loro legittimazione e del continuo interrogarsi sui propri fondamenti ed esiti normativi³.

Prestando attenzione all'ambito dell'agire umano e dell'interazione sociale, va evidenziato che la vulnerabilità si lega alla dimensione della corporeità, che ne costituisce la radice intrascendibile⁴. Si tratta di un

² Faccio riferimento a una tra le molteplici definizioni kuhniane di 'paradigma'. Cfr. TH.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, trad. it., Torino, 1980, 112, 139, 141, 143, 155-159. Sul punto v. M. MASTERMAN, *La natura di un paradigma*, in *Critica e crescita della conoscenza*, a cura di I. Lakatos e A. Musgrave, trad. it., Milano, 1986, 133, 136-137, 149, 151.

³ Cfr. A. GREAR, *Vulnerability, Advanced Global Capitalism and Co-Symptomatic Injustice: Locating the Vulnerable Subject*, in *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, ed. by M.A. Fineman, A. Grear, Farnham-Burlington, 2013, 42 ss.; G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma, 2019, 16, 24. Per un'indagine teorico-dottrinale ed empirica sulla nozione di vulnerabilità, e sul suo operare in senso critico-decostruttivo e normativo-propositivo, v. i contributi pubblicati in *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, a cura di A. Furia e S. Zullo, Roma, 2020. Non va dimenticato che, proprio nell'età moderna, la vulnerabilità diventa un presupposto per la configurazione dell'ordine politico, legato ad una serie di assunti relativi alle caratteristiche proprie degli individui in quanto esseri finiti, fragili, carenti. Sul tema cfr. B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 7-11.

⁴ Cfr. A. MACINTYRE, *Animali razionali dipendenti. Perché gli uomini hanno bisogno delle virtù*, trad. it., Milano, 2001, 3-5, 163; J. BUTLER, *Frames of War. When Is Life Grievable?*, London, 2009, 23, 30, 61; M.A. FINEMAN, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in

dato originario, che ci riporta alla condizione di esseri limitati, fragili, dipendenti. Tale dato, però, ha bisogno di essere percepito e riconosciuto, riportando il soggetto alla consapevolezza del suo costitutivo legame con gli altri⁵.

Il corpo umano ci espone alla malattia, alla sofferenza, alla morte. Esso porta con sé la possibilità, sempre presente, di essere colpiti e/o di andare incontro ad avversità, che sfuggono al nostro controllo. In questo senso, vi è, nella situazione di vulnerabilità, un tratto universale, comune e costante, che rileva comunque in rapporto alla sua incidenza sulle reti di relazioni in cui si è coinvolti⁶ e alla quantità e qualità di risorse, opportunità, beni posseduti o di cui si può disporre.

Nella nozione, pertanto, sono compresenti una dimensione ‘ontologica’ e una dimensione ‘situazionale’. La vulnerabilità si pone come tratto peculiare, essenziale dell’essere umano e, insieme, come elemento accidentale, variabile, in quanto legato ai contesti e ai momenti della vita individuale e alle diverse modalità in cui si articolano le relazioni intersoggettive⁷. Entro quest’ultima categoria, può essere individuato un sottoinsieme della vulnerabilità situazionale, costituito dalla vulnerabilità

Vulnerabilità: etica, politica, diritto, a cura di M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re Roma, 2018, 166-168.

⁵ Cfr. J. BUTLER, *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza*, trad. it., Milano, 2013, 63-64; E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell’età globale*, Torino, 2009, 245 ss.

⁶ Sulla vulnerabilità come ‘fenomeno stratificato’, calato nel contesto relazionale in cui l’individuo agisce e che si manifesta in modo dinamico, legato al cambiamento del contesto, sicché lo stato di vulnerabilità può svanire o tornare in momenti e situazioni diverse, cfr. F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2.1, 2009, 121-139. V. anche A. COLE, *All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique*, in *Critical Horizons*, 17.2, 2016, 260 ss.

⁷ M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20.1, 2008, 8-10; M. GARRAU, *Politique de la vulnérabilité*, Paris, 2018, 19 s. Sulla compresenza, nell’idea di vulnerabilità, della dimensione disposizionale (*dispositional vulnerability*) e di quella relativa ai contesti esterni (*occurrent vulnerability*) v. C. MACKENZIE, *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, ed. by C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds, Oxford-New York, 2014, 38 s.

‘patogena’, che include i casi derivanti da pregiudizi o abusi nei rapporti interpersonali, dall’ingiustizia, dall’oppressione, dal dominio, dalla violenza prodotti in ambito socio-politico⁸. Abbiamo a che fare, dunque, con una vulnerabilità universale e con diverse vulnerabilità particolari che designano la condizione di chi è esposto al rischio di un danno causato dall’essere una persona alla mercé di altri⁹. Da questo punto di vista, vulnerabilità significa assenza di difesa, o di una difesa sufficiente, di fronte ai pericoli che pesano sugli individui: difesa dalla quale dipende la capacità di progettare e di condurre la propria vita.

Vulnerabilità, invero, può essere intesa come una ‘parola-contenitore’¹⁰, ed è una categoria euristica che apre ad una questione di senso, rinviando alla comprensione delle ‘cose umane’. È espressione della finitezza e della fragilità proprie degli esseri umani, ma è vissuta nella concretezza esistenziale e risulta influenzata da molteplici specifici fattori.

Diventa saliente, a questo proposito, la distinzione tra *precariousness*, come forma di vulnerabilità universalmente condivisa da tutti gli esseri umani, avente a che fare con la loro natura corporea, incarnata, e che li rende esposti alle ferite, ma anche alla cura e al legame, e *precarity*, che riguarda la sua distribuzione differenziale, dipendente dal modo in cui sono organizzate le relazioni economiche e sociali e dalla presenza o assenza di infrastrutture di sostegno e di istituzioni politiche¹¹. Si tratta, pertanto, «di garantire che l’accesso alle istituzioni che distribuiscono beni sociali, come la ricchezza, la salute, l’occupazione, o la sicurezza, sia generalmente aperto a tutti e che le opportunità che queste istituzioni offrono siano distribuite in modo equo, così che nessuna persona o gruppo di persone siano indebitamente privilegiati, mentre altri siano svantaggiati in quanto hanno poche o nessuna opportunità»¹². Va

⁸ C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS, *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in *Vulnerability. New Essays*, cit., 9; C. MACKENZIE, *The Importance*, cit., 33 s.

⁹ Cfr. E. FERRARESE, *Vulnerability and Critical Theory*, Leiden-Boston, 2018, 1, 24, 81.

¹⁰ L. RE, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in *Vulnerabilità: etica*, cit., 20.

¹¹ Cfr. J. BUTLER, *Vite precarie*, cit., 54 s., 65, 134.

¹² Così M.A. FINEMAN, *Il soggetto*, cit., 150.

evidenziato, in proposito, che gli obblighi di erogare prestazioni a tutela dei soggetti più esposti al rischio di subire disparità (ingiustificate) di trattamento, emarginazioni, esclusioni sono vincoli di giustizia ‘interni’ alle organizzazioni giuridico-politiche costituzionali. L’eguaglianza, pertanto, si configura come garanzia della pari possibilità per tutti di disporre di risorse adeguate ad affrontare ed a confrontarsi con le avversità riguardanti l’esistenza¹³.

La vulnerabilità, dunque, riguarda gli individui. Denota, però, anche alcune caratteristiche peculiari, dipendenti da fattori di varia natura, che rinviano all’essere inseriti in contesti di relazioni (sociali, politiche, giuridiche) tali da rendere possibile che un insieme di individui sia compreso (e qualificato) come ‘gruppo vulnerabile’. La vulnerabilità può dipendere da forme di violenza, di oppressione, di discriminazione, di emarginazione rivolte verso determinati individui in quanto appartenenti (o percepiti come appartenenti) ad un gruppo. Può dipendere inoltre da un posizionamento di più individui all’interno di un contesto che ne condiziona la possibilità di agire (e di affermare e manifestare interessi, pretese, spettanze) e che influisce sulla loro capacità di far fronte al rischio di *vulnera* e di gestirne le conseguenze. Tali individui, così, risultano inclusi nel gruppo fino a quando, e nella misura in cui, permangono determinati fattori di vulnerabilità¹⁴.

Il riferimento al ‘gruppo vulnerabile’ rimanda a situazioni dipendenti da specifici contesti e da peculiari fattori (patogeni) operanti nello spazio dell’interazione dove si collocano individui ‘in carne ed ossa’. Tale prospettiva, attenta alla concretezza delle esigenze e dei bisogni esistenziali, riconfigura l’idea della soggettività come concetto riassuntivo della condizione generale della persona, superandone l’astrattezza¹⁵.

¹³ M.A. FINEMAN, *Il soggetto*, cit., 170-176.

¹⁴ Cfr. F. MACIOCE, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, 2021, 60 ss., 65 ss., 78 s. Condivido, sul punto, la prospettiva di Macioce, che utilizza la nozione di ‘gruppo vulnerabile’ in modo non essenzialista, né stereotipante.

¹⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 144-147, 183. Sul tema v. B. PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità. Analisi*, cit., 127-131, nonché M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una*

A questo proposito, non va dimenticato che la positivizzazione dei diritti umani in ambito internazionale e all'interno degli Stati, in collegamento con il processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici, ha rappresentato un argine ai *vulnera* che compromettono la vita e la dignità degli esseri umani¹⁶.

I diritti umani costituiscono una pratica che incorpora documenti, complessi di regole, istituzioni, procedure, atteggiamenti, comportamenti, valutazioni, interpretazioni di valori e principi, e che ha segnato profondamente l'esperienza giuridica (internazionale e nazionale) del nostro tempo. La finalità immanente di tale pratica è la protezione della persona nella sua singolarità e specificità, e, nella tensione tra normatività ed effettività, richiede continue attualizzazioni. Vi sono, infatti, beni essenziali per ogni essere umano che è non possibile manomettere, violare, calpestare, senza compiere un torto. In questo senso, i diritti umani costituiscono criteri di giustizia, legati all'aspettativa della eliminazione della sofferenza socialmente prodotta¹⁷. Una sofferenza, che «non è definita unicamente dal dolore fisico, e neppure dal dolore mentale, ma dalla diminuzione, e anche dalla distruzione della capacità di agire, di poter fare, che vengono sentite

categoria giuridica, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. Bilotta e F. Raimondi, Napoli, 2020, 54-56.

¹⁶ R. ANDORNO, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?*, in *Human Dignity of Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, ed. by A. Masferrer, E. García-Sánchez, Cham, 2016, 270. La vulnerabilità è assunta come fondamento dei diritti umani da B.S. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania, 2006, 6, 9 s. Considera la vulnerabilità come base concettuale utile a dar conto dell'universalità dei diritti umani, C.Y. FURUSHO, *Uncovering the Human Rights of the Vulnerable Subject and Correlated State Duties under Liberalism*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 5.1, 2016, 193 s.

¹⁷ U. BAXI, *Voices of Suffering and the Future of Human Rights*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 8.2, 1998, 125-169. V. anche ID., *The Future of Human Rights*, Oxford-New York, 2002, V ss., 125 ss., 152 ss. Cfr. altresì B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, 44 s.; S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, 22, 33 s.

come un attentato alla integrità del sé»¹⁸. In quest’ottica trova applicazione il riferimento alla vulnerabilità nella sua valenza euristica¹⁹, al fine di individuare le situazioni lesive della dignità umana. L’uso della categoria della vulnerabilità, pertanto, orienta il contenuto specifico dei diritti umani nella direzione del soddisfacimento di una soglia minima sotto la quale la dignità sarebbe violata in modo insopportabile. La condizione di vulnerabilità, infatti, può dipendere anche «dalla mancanza di condizioni minime per condurre un’esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standards minimi per un’esistenza dignitosa»²⁰.

La vulnerabilità è un fatto, una condizione, che assume rilevanza normativa quando è riconosciuta e collegata a opzioni assiologiche. Tra queste un ruolo basilare è giocato proprio dalla dignità²¹. Nella minimizzazione della sofferenza socialmente evitabile (una sofferenza inflitta da poteri pubblici e da prepotenze private), nella protezione contro la violazione (erosione, contrazione, mutilazione, distruzione) dello *status* di soggetto agente, insieme all’attualizzazione delle sue

¹⁸ P. RICOEUR, *Sé come un altro*, trad. it., Milano, 1993, 286, 434 s. V., sul tema, E. RENAULT, *A Critical Theory of Social Suffering*, in *Critical Horizons*, 11.2, 2010, 221-241. A. HONNETH, J. ANDERSON, *Autonomia, vulnerabilità, riconoscimento e giustizia*, in *Lotte, riconoscimento, diritti*, a cura di A. Carnevale e I. Strazzeri, Perugia, 2011, 113-115, 117 ss. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, cit., 435, sottolinea come la maggior parte delle sofferenze «sono inflitte all’uomo dall’uomo. Esse fanno sì che la parte più importante del male nel mondo risulti dalla violenza esercitata tra gli uomini».

¹⁹ Sulla vulnerabilità come indicatore di caratteristiche dalle quali possono scaturire conseguenze che vanno contrastate grazie ai diritti si rinvia a R. ANDORNO, *Is Vulnerability*, cit., 265; C.Y. FURUSHO, *Uncovering the Human Rights*, cit., 198 ss.; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 8.2, 2019, 164-166.

²⁰ Significativa, a questo riguardo, Cass. I sez. civ. 23 febbraio 2018, n. 4455.

²¹ R. ANDORNO, *Is Vulnerability*, cit., 264 s.; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, cit., 162; B. PASTORE, *Soggettività giuridica*, cit., 135. Sull’uso del concetto di vulnerabilità che ne valorizzi la relazione con la dignità v. A. TIMMER, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in *Vulnerability. Reflections*, cit., 150.

capacità, trovano giustificazione i diritti umani, il cui contenuto va determinandosi, considerando le circostanze, le fasi, gli stadi che caratterizzano la vita degli individui²². La dimensione materiale e le situazioni esistenziali, in tal modo, diventano oggetto di attenzione da parte del diritto.

2. *Il ruolo del diritto*

Il diritto incontra la vulnerabilità umana in vari modi e svolge una funzione importante nel contrastarla. Può operare, però, anche come fattore di vulnerazione, qualora, venendo meno ad una delle sue essenziali ragioni d'essere (ossia rimediare all'ingiustizia), consenta o faciliti comportamenti che producono negazioni del riconoscimento realizzate attraverso l'umiliazione, la mancanza di rispetto, l'esclusione sociale, le ingiustificate disparità di trattamento, la sopraffazione, la degradazione del valore della persona. Qui, invero, si manifesta uno dei suoi lati oscuri. D'altra parte, lo stesso diritto dovrebbe essere inteso come un'entità vulnerabile, potenzialmente instabile, esposto a tensioni, a sfide, a mutamenti esterni e interni²³. Prendere atto di tali vulnerabilità implica la necessità di un monitoraggio e di costanti valutazioni, rinviati ad un'autocomprensione della cultura giuridica. Proprio nell'epoca del costituzionalismo la cultura giuridica trova la propria consistenza attraverso l'utilizzo di strategie decisionali, nonché di tecniche interpretative e argomentative, volte ad assicurare la maggiore garanzia e la migliore attuazione possibile dei diritti²⁴.

Quello giuridico è un linguaggio che tematizza i problemi riguardanti la convivenza; li nomina, ne chiarisce e precisa i termini, ne articola i vari aspetti, prospetta le possibili soluzioni. Le istituzioni giuridiche sono

²² Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, XVI, 62-64; F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, 24-27, 108-110.

²³ Sulla vulnerabilità come carattere distintivo dello stesso diritto v. F. CIARAMELLI, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, in *Vulnerabilità. Analisi*, cit., 179 s.; A. ABIGNENTE, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale*, in *Vulnerabilità. Analisi*, cit., 184 s.

²⁴ B. PASTORE, *Semantica*, cit., 67-69.

chiamate a svolgere la prestazione di ridurre, se non di eliminare, la vulnerabilità dei soggetti²⁵. Non sempre, però, riescono a contenere, quando non a sradicare, le vulnerabilità ‘situate’ delle persone e, spesso, finiscono per confermarle e aumentarle²⁶.

Il diritto percorre i territori della vulnerabilità, nei quali sono presenti vari soggetti che danno luogo a un insieme composito, fluido, in costante movimento e mutamento²⁷. Tali soggetti avanzano domande di tutela nei cui confronti l’ordinamento è chiamato a fornire risposte nei termini di una protezione adeguata.

All’interno di questa dinamica emerge l’idea di vulnerabilità come situazione di mancata protezione, come esposizione al rischio di un danno, come condizione indifesa in cui i danni possono essere, o sono stati, prodotti²⁸. E assume consistenza la valenza ermeneutica della categoria in quanto ‘*heuristic device*’²⁹, indicatore qualitativo e/o quantitativo³⁰, ‘campanello d’allarme’³¹ delle situazioni di umiliazione, discriminazione, subordinazione, dominazione, violenza.

²⁵ Sul diritto come rimedio alle vulnerabilità elementari cfr. L. CORSO, *Vulnerabilità e concetto di diritto*, in *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, a cura di L. Corso e G. Talamo, Torino, 2019, 3-6. Per una panoramica su alcune rilevanti questioni che riguardano il diritto, in relazione alle varie manifestazioni della vulnerabilità, si vedano i contributi pubblicati in *Embracing Vulnerability. The Challenges and Implications for Law*, ed. by D. Bedford and J. Herring, London-New York, 2020.

²⁶ A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 37.1, 2019, 45 s.

²⁷ S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 3; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 21-23.

²⁸ D. MORONDO TARAMUNDI, *Un nuovo paradigma per l’eguaglianza? La vulnerabilità tra condizione umana e mancanza di protezione*, in *Vulnerabilità: etica*, cit., 199 s. Cfr. altresì J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Cham, 2018, 9-15.

²⁹ M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject*, cit., 9; EAD., *Introducing Vulnerability*, in *Vulnerability and the Legal Organization of Work*, ed. by M.A. Fineman and J.W. Fineman, London-New York, 2018, 4 s.

³⁰ S. ZULLO, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. *Alcune considerazioni critiche*, in *Pol. del dir.*, 47.3, 2016, 477 s., 486.

³¹ L. CORSO, *Vulnerabilità*, cit., 12.

La categoria della vulnerabilità è da qualche tempo entrata nel lessico delle fonti del diritto statale, sovranazionale, internazionale³². Essa comunque sfugge ad ogni configurazione sistematica. Può essere intesa, invece, come criterio idoneo a ricomporre la pluralità delle eterogenee figure soggettive alle quali prestare una protezione attenta alle specificità di volta in volta emergenti. Peraltro, le risposte giuridiche, in uno spazio in cui si sfrangano le linee di confine tra ordinamenti, e tra creazione e applicazione del diritto, si manifestano entro una fitta trama costituita da una pluralità di centri di produzione normativa, di fonti, di corti³³.

Notevole è stato (e continua ad essere) il contributo della Corte europea dei diritti umani, che, nelle sue decisioni e nelle argomentazioni prodotte a loro sostegno, fa riferimento alla vulnerabilità per interpretare le disposizioni della Convenzione e per individuare i casi che vi ricadono³⁴. Diversi, invero, sono i momenti in cui la Corte attribuisce rilevanza alla vulnerabilità – concetto peraltro non presente nel testo della CEDU, né definito nella giurisprudenza della stessa Corte³⁵.

Dalle pronunce della Corte emerge come la qualifica di ‘vulnerabile’, assegnata ad un soggetto o a un gruppo di soggetti³⁶, implica che essa sia

³² Per una puntuale ricostruzione dell’uso della parola nelle fonti normative italiane e dell’Unione europea si rinvia a M. VIRGILIO, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell’Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità. Analisi*, cit., 161-170. Con riguardo al diritto internazionale v. F. IPPOLITO, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi*, 8.2, 2019, 63-93. Sulla nozione di ‘gruppo vulnerabile’ nel diritto internazionale, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nel diritto dell’Unione europea cfr. F. MACIOCE, *La vulnerabilità*, cit., 25-45.

³³ Cfr., ad esempio, E. DUBOUT, *La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l’Union européenne*, in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. de L. Burgorgue-Larsen, Paris, 2014, 31-57; S. BESSON, *La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme. L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *La vulnérabilité*, cit., 59-85; R. ESTUPIÑAN-SILVA, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme. Esquisse d’une typologie*, in *La vulnérabilité*, cit., 89-116.

³⁴ A. TIMMER, *A Quiet Revolution*, cit., 147-170.

³⁵ R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi*, 7.2, 2018, 35.

³⁶ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11.4,

valutata alla luce delle circostanze del caso concreto. La vulnerabilità, dunque, si configura come categoria non riconducibile al criterio del ‘tutto o niente’, ma opera in modo relazionale, avente diverse graduazioni, sotto l’influenza di una pluralità di fattori connessi, tutti, alle situazioni specifiche entro cui si trovano i soggetti. La Corte, pertanto, è chiamata ad effettuare un esame individualizzato della posizione del ricorrente al fine di definire il livello di protezione e utilizza la nozione in ‘funzione servente’ rispetto alla tutela effettiva dei diritti³⁷.

Siamo in presenza di un quadro multiforme, unificato dalla finalità di fornire protezione a soggetti lesi nella loro dignità di esseri umani³⁸. Il riferimento va alle particolari situazioni nelle quali le persone sono coinvolte in ragione dell’età (anziani, minori), del genere, delle condizioni di salute e/o di disabilità, ma anche agli effetti dannosi e lesivi di varia natura. Vi rientrano i casi riguardanti le vittime di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, le vittime di stupro e/o di altre forme di violenza sessuale e di violenza di genere, nonché quelle situazioni nelle quali la vulnerazione è prodotta da condizionamenti non sempre illeciti, ma che non per questo esonerano lo Stato dall’adottare misure protettive. Anche qui la tipologia è variegata: può trattarsi di detenuti, di imputati in procedimenti penali, di migranti stranieri di richiedenti asilo, di appartenenti a minoranze. Può, inoltre, accadere – e spesso accade – che in capo ad alcuni soggetti si sommino più condizioni di vulnerabilità (siamo nel campo della vulnerabilità intersezionale) che giustificano particolari risposte in un’ottica antidiscriminatoria. Da questo punto di vista, la vulnerabilità sta alla base di un dovere protettivo che si esplica attraverso l’adozione di misure normative idonee a riequilibrare o a

2013, 1056-1085. Per una critica alla nozione di ‘gruppo vulnerabile’ utilizzata dalla Corte di Strasburgo e per la proposta di far ricorso, da parte della stessa Corte, al criterio dell’autonomia individuale v. S.Y. KIM, *Les vulnérables: Evaluating the Vulnerability Criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights*, in *Legal Studies*, 41.4, 2021, 617-632.

³⁷ R. CHENAL, *La definizione*, cit., 51.

³⁸ Per una panoramica in merito rinvio a Y. AL TAMINI, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, M.A. Thesis, Amsterdam, 2015, 11 ss., 18 ss., 43 ss.

eliminare gli effetti discriminatori volti a ostacolare il godimento dei diritti, sia in relazione ad obblighi positivi preventivi (per evitare vulnerazioni), sia in relazione ad obblighi positivi di risarcimento (di riparazione), sia in relazione agli obblighi promozionali³⁹.

In generale, il diritto incontra la vulnerabilità ogniqualevolta si tratti di fornire protezione per certe situazioni esistenziali nella direzione del riequilibrio delle posizioni soggettive, del divieto di discriminazione, del rimedio alle asimmetrie di potere (di natura contrattuale, economica, informativa)⁴⁰. Si tratta di un compito che implica la predisposizione di tutele idonee, dislocate su vari livelli⁴¹ e funzionali al bene protetto, riconducibile, nei differenti rapporti pubblici e privati, ma anche nell'intreccio tra tecniche privatistiche e strumenti pubblicistici, alla considerazione e al rispetto dovuti alle persone.

La complessità delle situazioni dei soggetti vulnerati richiede protezioni attente alle specificità di volta in volta emergenti, calibrate sull'individuazione dei bisogni e delle esigenze fondamentali. Non vi sono regole di stampo omogeneo. Tale complessità spinge verso l'adozione di regole differenti per tutele mirate ed efficaci⁴². Ciò, per molti versi, si connette ad un approccio al diritto 'dal basso', che apre alla questione dell'accesso ai sistemi di tutela, la cui difficoltà, peraltro, pone gli individui in una situazione di vulnerabilità sulla quale, a loro volta, possono innestarsi ulteriori processi di marginalizzazione⁴³. È in gioco, qui, la effettiva possibilità delle persone di far valere le loro spettanze e viene in evidenza una configurazione del diritto nel quale interagiscono le dinamiche legate alle richieste provenienti dagli individui e le procedure articolate nei settori istituzionali di formazione delle decisioni che partecipano, nel quadro dello Stato costituzionale di diritto, alla positivizzazione giuridica.

³⁹ F. IPPOLITO, *La vulnerabilità*, cit., 74 ss., 77 ss., 80 ss.

⁴⁰ D. POLETTI, voce *Soggetti deboli*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 964 ss., 969 ss., 974 ss.

⁴¹ A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale*, cit., 45, 51 ss.

⁴² D. POLETTI, voce *Soggetti deboli*, cit., 979-981.

⁴³ A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 21.3, 2019, 263 s., 272-274.

3. *Caso concreto, tutela giuridica e soluzione interpretativa*

Il processo di costituzionalizzazione del diritto mette in primo piano il fatto e il caso concreto⁴⁴. Dal fatto sorge la domanda di giustizia, la cui risposta viene trovata nella formulazione della regola che si applica al caso e che, nel contempo, deve valere per tutti i casi simili. Le ragioni profonde di questo orientamento risiedono nel principio personalistico che sta alla base delle costituzioni contemporanee e che i diritti fondamentali rendono manifesto in quanto componenti essenziali del loro configurarsi. Dietro la domanda di giustizia che si lega al caso concreto vi è il rispetto per la dignità delle persone coinvolte nella particolare situazione che i diritti intendono proteggere. E la dignità umana va compresa considerando le offese, le umiliazioni, i danni, le discriminazioni, la degradazione del valore della realizzazione personale e della libertà di scelta che rinviano proprio alla nozione di vulnerabilità⁴⁵. Intorno alla persona si unificano figure soggettive varie, espressione degli stati e degli stadi della vita e delle sue diverse maniere d'essere, che sono richiamati nelle disposizioni vertenti sui diritti⁴⁶. La soggettività, così, si misura sulla concretezza delle condizioni materiali dell'esistenza. L'attenzione si sposta sulle specificità dei rapporti e delle relazioni sociali in cui ciascuno è collocato e ciò, in ambito giuridico, rende preminente il momento giudiziale.

L'attività giurisdizionale diventa aspetto qualificante dell'esperienza giuridica del nostro tempo, dove la regola nasce nel momento della sua applicazione in relazione alla peculiarità del caso, che in tal modo assume

⁴⁴ F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 79.2, 2018, 18-20; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, 39 ss. Sul processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti si rinvia a R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, 239 ss., 251 ss.

⁴⁵ La dignità è qualcosa «che non potrebbe essere posseduta da un essere che non fosse mortale e vulnerabile». Così M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. it., Bologna, 2002, 36.

⁴⁶ Su questo processo, definito 'costituzionalizzazione della persona', v. S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 148-160.

una valenza direttiva nell'individuare la stessa regola⁴⁷. Qui l'attività astrattizzante, connessa alla dimensione classificatoria e tipizzante della fattispecie, cede il passo alla valutazione casistica delle circostanze riguardanti la tutela della persona concretamente situata. Ciò consente di riflettere sul ruolo che il concetto di vulnerabilità assume nella prassi interpretativo-applicativa e nelle modalità argomentative ad essa collegate. Diventa saliente, allora, prendere in considerazione le modalità attraverso le quali l'idea di vulnerabilità opera nel ragionamento giuridico, a cui ricorrono gli organi istituzionalmente competenti per giustificare le loro decisioni e che ha, come conclusione, una norma individuale e concreta. L'attenzione si concentra sugli aspetti pragmatico-funzionali di un concetto elastico, il cui significato non può essere delineato con precisione e che sottostà ad una molteplicità di requisiti applicativi, nonché sui profili riguardanti la giustificazione della soluzione interpretativa.

In questa prospettiva, la nozione di vulnerabilità può svolgere un compito euristico legato al ragionamento giustificativo, inteso come insieme delle ragioni addotte a sostegno della conclusione raggiunta dall'interprete e dei passaggi sviluppati per giungervi. Il suo uso in sede giudiziale presuppone un modello di *situated decision-making* giurisdizionale, che si fonda sulle caratteristiche individuali dei soggetti coinvolti nella controversia, prestando attenzione alle circostanze particolari e approntando le misure che, con riferimento al caso, possono salvaguardare il soggetto vulnerabile attraverso una protezione adeguata. Accertare tali circostanze significa procedere all'individuazione delle situazioni (varie, diversificate, aventi gradi differenti di intensità) e al loro apprezzamento. La nozione di vulnerabilità diventa uno strumento per identificare la violazione e un parametro per la valutazione del caso, svolgendo un'importante e

⁴⁷ F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, 315-318; G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi*, 8.1, 2019, 9 s.

peculiare funzione di mediazione assiologico-valutativa tra il piano del fatto e quello della norma⁴⁸.

L'accertamento del fatto si pone come problema cruciale della decisione. I fatti costituiscono il punto di partenza del ragionamento giudiziale e il criterio guida dell'intera operazione interpretativo-applicativa.

Acquisire i dati di fatto e operare una loro corretta valutazione giuridica presuppone che essi siano messi in correlazione con le norme, in un processo di progressiva precisazione reciproca⁴⁹, all'interno di un'attività di categorizzazione che origina da una vicenda umana⁵⁰. Il caso giuridico è la vicenda articolata e ordinata, vista dal giudicante, a partire da una domanda-guida che deriva da un'esigenza di regolamentazione e dalle richieste di tutela avanzate. È questo orientamento che determina l'inerenza al diritto di un dato di fatto. La significatività dei fatti scaturisce, così, dal collegamento tra il bisogno di disciplina della situazione e la direzione, giuridicamente condizionata, in cui la decisione va cercata⁵¹. Il caso esiste come esito di una serie di operazioni (conoscitive, valutative, ricostruttive) compiute dall'interprete⁵². Dal caso e dalla sua possibile soluzione proviene una richiesta di giustizia che deve essere tradotta in ragioni giuridiche giustificatrici dell'applicazione della regola⁵³.

I fatti sono frutto di selezioni⁵⁴, che implicano il rinvio ai criteri in funzione dei quali si opera la selezione. La 'rilevanza giuridica' è senza dubbio un criterio essenziale, ma non è risolutivo. Interviene anche la

⁴⁸ B. PASTORE, *Semantica*, cit., 91 s. Cfr. anche F. CIARAMELLI, P. MARINO, *Normativity and Vulnerability: Starting from Legal Practices. Guest Editors'Preface*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 21.3, 2019, 250, 252.

⁴⁹ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermenutica penalistica*, trad. it., Napoli, 2007, 172-177, 197.

⁵⁰ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, trad. it., Bologna, 2009, 34.

⁵¹ J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 71, 73.

⁵² T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018, 29 s., 182.

⁵³ G. ZACCARIA, *Introduzione*, cit., 10.

⁵⁴ J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 28 s. Cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 90 ss., 98 ss.

‘rilevanza logica’, grazie alla quale alcuni fatti possono essere utilizzati come premesse da cui trarre inferenze in merito all’accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti. È da evidenziare, però, che la rilevanza del fatto deriva altresì dall’attribuzione di autonoma importanza a specifiche circostanze, che diventano significative in riferimento a giudizi di valore, di carattere sociale, morale, politico. È in base a siffatti giudizi che si individuano i fatti che ‘meritano’ di essere assunti nel giudizio giurisdizionale. Solo ‘dopo’ si stabilisce se vi sia una norma che si adatta a questi fatti, attribuendo ad essi una qualificazione giuridica. La categoria del ‘soggetto vulnerabile’, o del ‘gruppo vulnerabile’, agisce a questo livello del percorso argomentativo, entrando in gioco ‘prima’ della qualificazione degli accadimenti, degli eventi, dei comportamenti, alla luce dei materiali giuridici. Ciò conferma che la comprensione giudiziale è sempre determinata da una precomprensione, intesa come anticipazione del risultato ritenuto congruo, che si collega ai mutamenti e all’evoluzione della coscienza sociale, e della cultura giuridica, e rinvia al rispetto e alla realizzazione di una istanza assiologica, ruotante intorno all’idea di giustizia, che partecipa alla configurazione del senso dell’impresa giuridica⁵⁵. La precomprensione risulta costituita da «processi di apprendimento di diversa natura», e si pone come un apparato categoriale acquisito con il cui aiuto il giudice sceglie e classifica le caratteristiche rilevanti di un caso e delle norme ‘appropriate’ a risolverlo⁵⁶.

Lo scenario che ruota intorno ai soggetti vulnerabili trova nella giurisdizione – che sempre più si muove all’interno di un complesso

⁵⁵ Scrivono F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2016, 45: «la ricerca della giustizia nell’interazione sociale è coesistente all’uso del diritto e alla sua comprensione... al diritto si chiede che renda in qualche misura giusta la convivenza sociale: non già convivere a qualsiasi costo, ma solo in vista della giustizia». Cfr., con riferimento alla concretizzazione giudiziaria, A. KAUFMANN, *La ‘ipsa res instat’. Pensieri per un’ontologia ermeneutica del diritto*, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it., Milano, 2003, 107 s., 112.

⁵⁶ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., Napoli, 1983, 4.

insieme normativo dove si intrecciano materiali appartenenti a differenti centri di produzione giuridica – un luogo essenziale per l'accertamento delle situazioni di aggressione che ledono le spettanze proprie delle persone e per la loro protezione.

Senza dubbio la determinazione dei contenuti oggettivi e soggettivi della vulnerabilità non è operazione agevole. Ma se l'essere vulnerabili esprime la condizione esistenziale delle persone, la loro tutela non può non porsi come stella polare, che i giudici sono tenuti a seguire, e come misura ordinante interna alla pratica interpretativo-applicativa, in quanto momento essenziale del processo formativo del diritto. Di un diritto in ascolto delle richieste provenienti dagli individui, con il loro bagaglio di bisogni, di interessi e di offese subite.

ABSTRACT

La vulnerabilità presenta diverse facce. Rinvia alla condizione fragile, finita, dell'essere umano. È una nozione utilizzata, nel contempo, per dar conto delle diseguaglianze, delle discriminazioni, delle emarginazioni, dell'oppressione, che toccano la vita delle persone. Essa riguarda la possibilità sempre presente di subire danni e offese. Si tratta di una categoria interpretativa, rilevante nel campo del ragionamento giuridico, che concerne la questione della tutela dei diritti umani. La vulnerabilità è al centro dell'idea di una responsabilità comune che richiede impegni istituzionali. La nozione può contribuire ad un aggiornamento dell'interpretazione del principio di dignità. Il diritto svolge un ruolo importante nel compensare, attenuare ed eliminare le situazioni che producono violazioni riguardanti i soggetti nella concretezza della loro esistenza.

There are multiple faces of vulnerability. It refers to the fragile, finite condition of the human being. It is a concept used, at the same time, to account for inequalities, discrimination, marginalization, oppression, which affect people's lives. It concerns the ever-present possibility of

suffering harm and offense. It is an interpretative category, relevant in the field of legal reasoning, that deals with the question of the protection of human rights. Vulnerability is at the heart of the idea of a common responsibility that requires institutional commitments. The notion may well lead to an update of the interpretation of the principle of dignity. Law plays an important role in compensating, mitigating and eliminating the situations that produce violations concerning the subjects in the concreteness of their existence

PAROLE CHIAVE

Vulnerabilità, dignità, diritti umani, diritto, ragionamento giuridico

Vulnerability, Dignity, Human Rights, Law, Legal Reasoning

BALDASSARE PASTORE

Email: baldassare.pastore@unife.it

