

INFRADIRITTO, CONTRODIRITTO E ‘REGRESSIONE DEL GIURIDICO’

LORENZO MILAZZO

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Pisa

lorenzo.milazzo@unipi.it

ABSTRACT

Since the 1970s, critical legal scholarship has made use of the concept of 'infra-law' to draw attention to a certain set of administrative and governance practices. These practices are characterised by a wide use of regulatory instruments that are easily taken away from public and sometimes even legal control. They allow, therefore, the regulation of specific matters, as well as the condition of particular subjects, in ways that are incompatible with the explicit principles of the rule of law, without these principles having to be called into question. In this essay I will try to delineate the theoretical context in which the concept of infra-law is more clearly shown and its limits and potentialities become comprehensible.

KEYWORDS

Infra-law, counter-law, sovereignty, disciplines, rights.

1. COS'È L'INFRADIRITTO?

Nel 1972 Raymond Marcellin e Joseph Fontanet, l'uno ministro degli interni e l'altro ministro del lavoro nel governo gollista di Jacques Chaban-Delmas, emisero due circolari, divenute in seguito tristemente note come “circolari Marcellin-Fontanet”, con le quali ordinavano, fra le altre cose, ai funzionari delle loro amministrazioni di negare il permesso di soggiorno agli stranieri che non potessero dimostrare di avere sottoscritto un contratto di lavoro di durata non inferiore a un anno e di avere la disponibilità di un alloggio “decente” in cui risiedere¹. Le circolari furono vigorosamente contestate dai migranti, dalle associazioni costituite a tutela dei loro diritti e dai sindacati, lievemente riviste nel 1973 dal governo successivo e poi annullate nel 1974 dal Consiglio di Stato, secondo il quale – come ricordava Costa-Lascoux quindici anni dopo – non era con delle circolari che poteva essere regolata

¹ M. ZANCARINI-FOURNEL, *La question immigrée après 68*, in *Plein Droit*, nn. 53-54, 2-3 (2002), 6; D. LOCHAK, *Les circulaires Marcellin-Fontanet*, in *Hommes & migrations. Revue française de référence sur les dynamiques migratoires*, n. 1130, 3 (2020), 14-17.

la materia dell'ingresso e del soggiorno di cittadini stranieri nel territorio dello stato: «fu allora che ebbe inizio la polemica sull'“infra-diritto” dei migranti»².

Costa-Lascoux ricorda anche, d'altra parte, che «il termine “infra-diritto” era stato preso in prestito da [...] Jean Carbonnier»³, il quale tuttavia non gradiva affatto che i «difensori dei diritti degli immigrati» lo impiegassero per denunciare l'uso o l'abuso di «circolari o altre istruzioni non pubblicate [...] a detrimento del diritto delle persone», ritenendo che in questo modo fosse distorto il significato che nei suoi scritti aveva inteso attribuire all'espressione⁴.

Come è noto, Carbonnier avvertì con forza l'esigenza di distinguere il diritto dagli altri sistemi di regolazione del comportamento umano onde evitare i rischi, sui quali più volte aveva richiamato l'attenzione, del *pangiuirismo* a cui, a suo avviso, sarebbe stata incline la dogmatica giuridica⁵. «Prima di avventurarsi nel diritto, bisogna convincersi della specificità del giuridico»⁶, e per farlo serve un criterio di distinzione sul quale sia possibile fare affidamento⁷.

Nell'edizione del 1972 della sua *Sociologie juridique* il sociologo e giurista francese rilevava che per alcuni la *costrizione* costituisce un tratto peculiare del diritto quando svolge «una funzione cosciente» e scaturisce da «un organismo specializzato»⁸, mentre per altri «quel che è proprio del diritto è una messa in questione organizzata, un istituto di contestazione [...] dell'applicazione della regola al caso concreto», ossia, con Kantorowicz, la sua *giustiziabilità*⁹. Ben presto tuttavia Carbonnier si convinse che fosse necessario arrendersi «all'evidenza pessimistica: è lo *ius gladii* che definisce al meglio il giuridico»¹⁰, e si deve prendere atto che «il potere di esercitare una costrizione sul corpo dell'uomo fa parte della definizione stessa del diritto»¹¹. E... «sì, questa costrizione *svolge una funzione cosciente*, perché è guidata

² J. COSTA-LASCOUX, *De l'immigré au citoyen*, Paris 1989, 22-23. Cfr. L. ISRAËL, *Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI*, in *Politix*, vol. 16, 62 (2003), 136 ss.

³ J. COSTA-LASCOUX, *De l'immigré au citoyen*, cit., 6, nota 2.

⁴ J. COSTA-LASCOUX, *Le droit à distance*, in Jean Carbonnier, *L'homme et l'œuvre, sous la direction de R. Verdier*, Paris 2012, 68.

⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969), Paris 1992⁷, trad. it., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura di A. De Vita, Milano 1997, 23 ss.

⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris 2004, trad. it. di F. Cuculo, *Sociologia giuridica*, Torino 2012, 293.

⁷ Ibid. Cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier*, Torino 2002, 59.

⁸ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris 1972, 131-132. Cfr. ID., *Sociologia giuridica*, cit., 311.

⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 135. Cfr. ID., *Sociologia giuridica*, cit., 308.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Sociologia giuridica*, cit., 314.

¹¹ Ivi, 313. Cfr., ivi, 314.

da una strategia: il diritto ha dei nemici», e... «sì, *promana da un organismo specializzato*, perché il possibile impiego delle armi richiede una formazione di tipo militare»¹².

Solo quando questo sia stato chiarito, secondo Carbonnier diviene possibile recuperare l'idea che al diritto «occorr[a] prima esitare, per essere poi pronto al rimpianto»¹³: benché sia possibile «immaginare una norma [*giuridica*] così perfetta da essere incontestabile»¹⁴, ossia una norma la cui applicazione sia incontrovertibile e non possa, pertanto, essere «messa in questione» nel giudizio, per Carbonnier la costrizione «non spiega tutto»: «vi sono delle costrizioni, anche organizzate, anche promananti dal potere costituito, che non giuridicizzano gli ordini che accompagnano, perché questi ordini sono stati emessi *ab irato* o alla cieca - ordini di Ubu Re o di Caligola colpito dal suo cavallo»¹⁵. L'applicazione della norma giuridica generalmente è controversa e la sua statuizione deve essere comunque l'esito di una deliberazione (individuale o collettiva, poco importa)¹⁶.

L'idea che il diritto possa essere distinto da sistemi non giuridici di regolazione sociale era del resto implicita nella ben nota «ipotesi del non-diritto»¹⁷ (se è vero, come ha osservato Rodotà, che questa ipotesi «non rinvia a un vuoto»¹⁸) e costituisce il presupposto da cui muove la sua critica all'«ipotesi del pluralismo giuridico», secondo la quale, «nello stesso tempo, nello stesso spazio sociale, possono coesistere diversi sistemi giuridici, senza dubbio il sistema statale, ma altri con esso, da esso indipendenti, eventuali suoi competitori»¹⁹. Secondo Carbonnier, le cui posizioni al riguardo a quanto pare non mutarono negli anni, si dovrebbe prendere atto, innanzitutto, che «non esiste un pluralismo giuridico» ma esistono semmai «dei fenomeni di pluralismo giuridico» assai diversi fra di loro²⁰, quali, ad esempio, quelli che si verificano quando vi sono gruppi i cui membri continuano a osservare norme di ordinamenti ai quali erano soggetti un tempo²¹ o ad agire in base a norme vigenti in passato e in seguito abrogate²².

¹² Ivi, 314. Cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier*, cit., 183 ss.

¹³ J. CARBONNIER, *Sociologia giuridica*, cit., 316.

¹⁴ Ivi, 315.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ivi, 315-316.

¹⁷ J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 8, (1963), e in ID., *Flexible droit*, cit., trad. it., *L'ipotesi del non-diritto*, in ID., *Flessibile diritto*, cit., 25 ss. Cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier*, cit., 72 ss.

¹⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2018, 20.

¹⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 145. Questo passo e i seguenti compaiono anche nelle edizioni successive e sono riportati, qui, nella trad. it. a cura di F. Cuculo, *Sociologia del diritto*, cit., 345.

²⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 146. In ID., *Sociologia giuridica*, cit., 346.

²¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 147. In ID., *Sociologia giuridica*, cit., 347.

²² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 150. In ID., *Sociologia giuridica*, cit., 349.

In questi casi secondo Carbonnier,

le norme che inducono gli interessati ad agire, anche se costoro le ritengono giuridiche, non lo sono. Non lo sono evidentemente secondo il diritto dogmatico; ma non lo sono a maggior ragione secondo la sociologia del diritto. Perché qualunque sia il criterio sociologico che ci si forgi della giuridicità – che sia *costrizione organizzata* o *giudizio potenziale* – questo criterio manca. Al massimo se ne possono intravedere delle forme fruste, larvate: una pressione psicologica che proviene dall'ambiente, un abbozzo di consulto familiare. Le cose non si svolgono diritto contro diritto, ma infra-diritto (*sous-droit*) contro diritto. Ma, pur se i fenomeni infragiuridici somigliano a quelli giuridici, ne restano sostanzialmente differenti. Non tocchiamo la grande illusione del pluralismo? Crede di aver filmato il combattimento di due sistemi giuridici; ma ciò che mostra è un sistema giuridico alle prese con l'ombra di un altro²³.

Già del resto nel 1963 Carbonnier invitava a non confondere il non-diritto con il «sotto-diritto, quale può prodursi nella sotto-cultura di certi gruppi particolari. I fenomeni qualificati come infragiuridici – così, il diritto folkloristico, o la consuetudine operaia (nel senso di Maxime Leroy) – appaiono come un diritto degradato, o almeno un diritto imperfetto (perché non statutale)»²⁴.

La nozione di “infra-diritto” che Costa-Lascoux attribuisce ai «difensori dei diritti degli immigrati» è assai sommaria, ma è chiaro in ogni caso che l'*infra-diritto*, o meglio, il *sotto-diritto* di cui parla Carbonnier ha ben poco a che fare con le pratiche amministrative e di governo sulle quali la letteratura giuridica di indirizzo critico richiama l'attenzione quando rileva che gli apparati dello stato fanno uso sistematico di strumenti *infragiuridici* di regolazione che è agevole sottrarre al controllo pub-

²³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., 150. In ID., *Sociologia giuridica*, cit., 349-350.

²⁴ J. CARBONNIER, *L'ipotesi del non-diritto*, cit., 25-26. Cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier*, cit., 129 e V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari 1997, secondo il quale Carbonnier avrebbe individuato la «categoria concettuale specifica» dell'«infragiuridico» (*infra-juridique* o *sous-droit*), corrispondente a tutti questi fenomeni normativi che, come dirà in *Sociologie juridique*, “non risiedono nella società globale, ma nelle frazioni di popolazione, nei gruppi più o meno estesi”, quei fenomeni di «preteso altro diritto, [che] restano al di fuori, non integrati nel sistema, allo stato selvaggio” (ivi, 240). Come è noto André-Jean Arnaud, muovendo dalle intuizioni di Carbonnier, contrappose l'*infra-droit* al *droit imposé* e ne elaborò una teoria decisamente articolata (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit?*, Paris 1981, 325-351. E alle pagine 25-26: «Plus les sources de droit sont strictement définies, et moins la créativité en la matière est reconnue, plus l'imaginaire juridique est refoulé, plus le vécu juridique est rejeté du domaine du droit. Alors naissent d'autres systèmes, parallèlement au droit – qu'on nommera dorénavant droit imposé, pour bien le distinguer du droit spontané qui, s'il n'est pas reconnu dans un système positiviste, peut l'être ailleurs [...]. Parallèlement au droit imposé, “sous lui”, dirait J. Carbonnier, voire “contre lui”, se forment des systèmes, conçus ou vécus, qui n'ont pas aptitude, chez nous, à s'appeler droit, mais qu'on nommera par commodité, infra-droit : on nomme bien par commodité infra-rouge quelque chose qui n'a rien de rouge!»). Si veda al riguardo M. ATIENZA, *Un filósofo del derecho francés: André J. Arnaud*, in *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 2 (1982), 125-126, 128-129, 131.

blico e talora a quello giurisdizionale (circolari, ma anche istruzioni, manuali, moduli, comunicati e via dicendo) per disciplinare specifiche materie o la condizione di determinati soggetti in modi incompatibili con i principi espliciti dello stato di diritto, senza che tali principi debbano essere rimessi in discussione²⁵.

Non è facile dire se Danièle Lochak pensasse a Carbonnier quando osservava, nel 1976, che le pratiche di governo a cui erano soggetti gli stranieri in Francia si confacevano a uno stato di polizia assai più che a uno stato di diritto e che essi si trovavano «in una situazione di infra-diritto» perché i testi normativi che ne regolavano la condizione, «non solo per il loro contenuto, ma anche per le loro condizioni di elaborazione e applicazione», non conferivano ai lavoratori immigrati «diritti di cui [potessero] avvalersi né garanzie contro l'arbitrio delle autorità amministrative»²⁶, ma ne acuivano piuttosto la vulnerabilità e l'insicurezza, elevando a regola la loro precarietà e esponendoli a qualunque genere di sfruttamento e di oppressione²⁷.

Si potrebbe forse immaginare che avesse in mente le pagine del quinto capitolo di *Le origini del totalitarismo* in cui Hannah Arendt rievocava, citando Carthill, il «massacro amministrativo» compiuto dai «funzionari coloniali»²⁸ e «dalla spietata burocrazia imperialista»²⁹ governando per decreti e ordinanze in modo da sottrarsi «ai principi generali di giustizia e libertà individuale vigenti in patria»³⁰. I processi di

²⁵ Cfr. I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano 2013; G. CAMPESI, *Polizia di frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma 2015, 36. E. GREBLO, *Geografie della sicurezza*, in *Etica & Politica*, vol. XXI, 1 (2019), 309.

²⁶ D. LOCHAK, *Réflexion sur un infra-droit*, in *Droit social*, 5 (1976), 43-44.

²⁷ Ivi, 44: «Les travailleurs immigrés sont le plus souvent régis par des textes confidentiels dont on ne leur donne connaissance qu'au moment où on les leur oppose, et que l'on modifie au gré des circonstances sans respect des droits acquis ; les autorisations dont ils ont besoin pour exercer la plupart des activités, y compris certaines libertés fondamentales, ont pour principale caractéristique, d'être essentiellement précaires et révocables ; dans ces conditions, le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration pour les accorder ou les refuser – voire pour décider d'expulser l'étranger jugé indésirable – tend inévitablement vers l'arbitraire. Sous un tel régime, le travailleur immigré, constamment contrôlé et surveillé “vulnérable à toutes sortes de pressions et d'exploitations”, se trouve évidemment désarmé pour réclamer le respect des quelques droits qui ne lui sont pas refusés». Si veda anche EAD., *Étrangers: de quel droit?*, Paris 1985, 205 ss. Serge Slama notava nel 2016 che a distanza di quarant'anni non si poteva dire che la situazione fosse migliorata (S. SLAMA, *Crise de l'asile: un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ?*, in *Plein droit*, n. 111, 4 (2016), 49). Cfr. anche, ad esempio, F. CREPEAU, *Le réfugié et la protection des chartes*, in *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens. Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville 1994, 241; E. LA SPINA, *¿Hacia el control «infra-droit» de la integración efectiva en la normativa de extranjería española?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 4 (2014), 1-22.

²⁸ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York 1966, trad. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Torino 1999, 186. Cfr. A. CARTHILL, *The Lost Dominion*, Edinburgh and London 1922, 93.

²⁹ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 182.

³⁰ Ibid.

retroazione ampiamente illustrati dalla letteratura postcoloniale sono, del resto, noti da tempo anche ai giuristi³¹.

Sta di fatto che, proprio l'anno prima, Foucault in *Sorvegliare e punire* aveva rilevato che, se per un verso «il processo per cui la borghesia è divenuta nel secolo XVIII la classe politicamente dominante si è riparato dietro la messa a punto di un quadro giuridico esplicito, codificato, formalmente egualitario, e attraverso l'organizzazione di un regime parlamentare e rappresentativo»³², per altro verso «la forma giuridica generale che garantiva un sistema di diritti uguali in linea di principio, era sottesa da meccanismi minuziosi, quotidiani, fisici, da tutti quei sistemi di micropotere, essenzialmente inegalitari e dissimmetrici, costituiti dalle discipline», che effettivamente provvedevano ad assicurare «la sottomissione delle forze e dei corpi». Le discipline, proseguiva Foucault, potrebbero essere descritte come «infra-diritto» se operassero secondo le logiche e i principi propri del diritto per diffonderne gli effetti «cambiandolo di scala e rendendolo con ciò più minuzioso e senza dubbio più indulgente». Ma il loro ruolo non fu questo, bensì piuttosto quello di «introdurre dissimmetrie insormontabili e di escludere la reciprocità» che il diritto sembrava dovesse garantire. Perciò, finiva per concludere Foucault, «bisogna [...] piuttosto vedere nelle discipline una sorta di controdiritto»³³, anche quando operino in modo «regolare ed istituzionale»³⁴.

Sembra sia dunque Foucault, o forse meglio, quanto egli scrisse e sostenne nei suoi corsi fra il 1975 e il 1976, a offrire il contesto teorico nel quale è più opportuno collocare le riflessioni critiche sull'*infra-diritto* che si svilupparono in quegli anni in Francia e che tutt'ora proseguono, in Italia e altrove, consentendo, ad esempio, di mettere in luce alcuni caratteri specifici di quello che è stato definito non a caso il «diritto speciale dei migranti»³⁵ e, più in generale, le modalità peculiari di regolazione che continuano ad essere riservate a certe materie e, soprattutto, a particolari 'classi' di individui.

³¹ Cfr. P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34 (2004/2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, Tomo I, 169 ss.; G. BASCHERINI, «Ex oblivione malum». *Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2 (2009), 246-247 e 259; I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, cit., 71 ss. e, in questo volume, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*.

³² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975, trad. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1993, 241.

³³ Ivi, 242.

³⁴ Ivi, 243. Cfr. B. MAZABRAUD, *Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir*, in *Cités*, n. 42, 2 (2010), 150.

³⁵ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino 2006, 350 ss. e ID., *Disequali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 1 (2009), 85.

2. FOUCAULT: DIRITTO, INFRADIRITTO, CONTRODIRITTO

Il concetto foucaultiano di *infradiritto* emerge là dove le discipline incontrano il diritto. Sulla natura di questo 'incontro' in letteratura si è lungamente dibattuto. Per alcuni lo avrebbero semplicemente soppiantato, per altri le rispettive forme di potere si sarebbero integrate dando vita a un meccanismo articolato e assai efficiente di dominazione e assoggettamento.

Come è noto, Alan Hunt e Gary Wickham sostennero nel 1994 che secondo Foucault il diritto avrebbe costituito «la forma primaria di potere nell'età classica e pre-moderna» e si sarebbe faticosamente trascinato nella modernità attraverso la dottrina della sovranità, che tutt'ora conserverebbe «un ruolo ideologico significativo nel discorso politico» ma che non sarebbe più in grado di descrivere le operazioni effettuali del potere. «Nel mondo reale del potere», infatti, la sovranità e il diritto sarebbero stati soppiantati «dalle discipline e dal governo», che costituirebbero le «manifestazione chiave del potere nella società moderna»³⁶.

Le conclusioni di Hunt e Wickham sono controverse e per più versi problematiche, ma godono ancora di ampi consensi. Secondo Nicholas De Genova, ad esempio, «uno dei contributi più importanti del lavoro di Agamben consiste[rebbe] nell'aver recuperato il senso critico della duratura rilevanza della sovranità, e nell'invitare così i foucaultiani più ortodossi ad affrontare precisamente uno degli aspetti più scomodi dell'opera di Foucault - la diffusa relegazione delle considerazioni sul potere sovrano a un'epoca pre-moderna, o ancora il riconoscimento di una riconfigurazione moderna, democratizzata (post-moderna) della sovranità, che rimane

³⁶ A. HUNT-G. WICKHAM, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London-Boulder, Colorado 1994, 56. Per la verità, come hanno rilevato Golder e Fitzpatrick, «the argument that Foucault failed to take proper account of law's constitutive role in society, or that he offers a straitened portrait of law as a mere instrument of repression which is superseded by more productive and expansive modern modalities of power, has been rehearsed by a number of theorists from a range of different critical positions from the late 1970s until the present day: Nicos Poulantzas, Bob Fine, Pauls Hirst, Carols Smart, Duncan Kennedy, Boaventura de Sousa Santos, and several others, have all critiqued Foucault's understanding of law along these, and similar lines» (B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, Abingdon 2009, 12-13, ai quali si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici). Sulla expulsion thesis e il contesto politico e culturale nel quale fu formulata cfr. C. GORDON, *Expelled questions: Foucault, the Left and the law*, in B. Golder (Ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, New York 2013, 15 ss., le cui conclusioni sono forse fin troppo severe: «Hunt and Wickham's book is a late blossom of a peculiar and now (apparently) largely extinct ideological culture, a work designed to offer pietist-catechistic reassurance for the perplexed in an age of doubt, and it might be said that the subdiscipline of critical legal studies has served over the past two decades, among other things, as the medium through which an obsolete polemic has conditioned the background assumptions of younger, postmodern generations. In its inquisitorial - and, on occasion, demagogic and pruriently defamatory - forensic style, it has a fair amount in common with other exercises in the defence of a lateleftist, dialectically enlightened orthodoxy against alleged postmodernist betrayal» (ivi, 21-22).

però “assolutamente incompatibile” e “sempre più in conflitto” con “le normalizzazioni disciplinari” e con le relative «tecniche di dominazione», che «il potere sovrano» servirebbe tutt'al più «a dissimulare»³⁷. Brett Neilson sembra su posizioni simili quando osserva che «Foucault pone la sovranità come “il vecchio principio” contro cui forme più recenti di potere sono emerse» e che «la descrizione foucaultiana delle trasformazioni storiche della sovranità si arresta a Rousseau e alla Rivoluzione francese» e «da allora [...] rimane sempre la stessa, incorporata nell'operare dello Stato costituzionale moderno». Secondo Neilson, Foucault non sarebbe stato in grado di descrivere, o di prevedere, le trasformazioni più recenti della sovranità, che invece «altri pensatori, tra cui Hardt e Negri e Sassen», avrebbero saputo cogliere analizzando «a fondo il modo in cui la sovranità si è modificata con l'evoluzione delle formazioni transnazionali e denazionalizzate di economia, politica e potere»³⁸.

Ora, tesi di questo genere rivelano probabilmente una concezione, per così dire, ‘naturalistica’ della sovranità che sembra distante da quella foucaultiana e che di per sé risulta metodologicamente problematica per chi creda che la sovranità non sia, in realtà, nient'altro che un concetto e che, al pari di ogni altro concetto, “non abbia storia”³⁹. Se si ritiene, poi, che la dottrina giuridica della sovranità *fin da principio* abbia imposto una peculiare rappresentazione, *fittizia e normativa*, di relazioni di potere asimmetriche e ineguali non meno di quelle attuali, ci si guarderà bene dal credere che tale dottrina *un tempo* abbia effettivamente offerto *giustificazioni* mentre *oggi* non fa che *dissimulare*, come se fosse possibile o addirittura auspicabile tornare a un regime antico che, a differenza di quello attuale, poteva essere *giustificato* e *accettato* così com'era, nei suoi reali meccanismi di funzionamento.

Se Foucault non giunse a questa conclusione - come del resto sa bene De Genova, che a Foucault riconosce «a sua discolpa» di avere «sempre sostenuto che, mentre si lotta contro il potere disciplinare, non bisogna cercare rifugio nel “famoso diritto formale, detto borghese, e che in realtà è il diritto della sovranità”»⁴⁰ - non lo

³⁷ Foucault, *migrazioni e confini. Risposte di Nicholas de Genova*, in *Materiali foucaultiani*, 2 (2013), 165.

³⁸ Foucault, *migrazioni e confini. Risposte di Brett Neilson*, in *Materiali foucaultiani*, 2 (2013), 190-191.

³⁹ F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Leipzig 1887, trad. it. di F. Masimi, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano 2017, 69 e R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in W. Conze (hrsg.), *Theorie der Geschichtswissenschaft und Praxis des Geschichtsunterrichts*, Stuttgart 1972, e ora in R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt a. M. 2006, 374. Cfr. G. DUSO, *Storia dei concetti come filosofia politica*, in *Filosofia politica*, 11 (1997), 3 e ora in ID., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano 2007, 22 ss. e S. CHIGNOLA, *Aspetti della ricezione della Begriffsgeschichte in Italia*, in S. Chignola-G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, Milano 2010, 89-90.

⁴⁰ Foucault, *migrazioni e confini. Risposte di Nicholas de Genova*, cit., 165.

si deve solo alle oscillazioni o alle incertezze in cui pure senza dubbio incorre⁴¹, ma anche alle premesse da cui muove, le quali sono almeno in parte differenti da quelle che gli sono attribuite dai sostenitori della «tesi dell'espulsione del diritto».

Il 14 gennaio 1976, nella seconda lezione del corso che avrebbe tenuto quell'anno al Collège de France, Foucault sostenne che

la teoria del diritto, dal medioevo in poi, ha avuto essenzialmente la funzione di fissare la legittimità del potere: il problema principale, quello centrale, attorno al quale si è organizzata l'intera teoria del diritto, è stato il problema della sovranità. Dire che quello della sovranità è il problema centrale del diritto nella società occidentale, vuol dire che il discorso e la tecnica del diritto hanno avuto essenzialmente la funzione di dissolvere, all'interno del potere, il fatto storico della dominazione e di far apparire due cose, al posto di una dominazione che si cercava di ridurre o mascherare: da un lato, i diritti legittimi della sovranità, dall'altro, l'obbligazione legale all'obbedienza⁴².

Non ci si inganni, dunque: *fin dalle origini* il discorso giuridico della sovranità ha simulato e dissimulato, perché il potere, nelle sue modalità reali e mutevoli d'esercizio, potesse apparire tollerabile e fosse accettato; *fin dalle origini* il diritto - o forse dovremmo dire, meglio, la «rappresentazione giuridico-discorsiva del potere»⁴³ che ne risolve l'esercizio nella legislazione e risolve quest'ultima, a sua volta, nella proibizione e nella minaccia della sanzione⁴⁴ - «è stato, per il sistema monarchico, il modo di manifestazione e la forma della sua accettabilità»⁴⁵. Già allora questa rappresentazione, questo discorso non diceva alcunché delle modalità effettive di esercizio del potere: «questa dimensione giuridico-politica [...] non è certamente adeguata al modo in cui il potere si è esercitato e si esercita», *allora ed ora*, «ma è il codice con cui si presenta e con cui ordina che lo si pensi»⁴⁶. Del resto, «il potere è

⁴¹ Cfr., ad esempio, B. GOLDBER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 23-24 e M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli 2019, XV, 1-10, 322.

⁴² F. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Paris 1997, trad. it., «Bisogna difendere la società», a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano 2009, 30-31. Cfr. V. SORRENTINO, *Il pensiero politico di Foucault*, Roma 2008, 63-64.

⁴³ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris 1976, trad. it. di P. Pasquino e G. Procacci, *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Milano 2010, 73.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, A. HUNT-G. WICKHAM, *Foucault and Law*, cit., 40-42; B. GOLDBER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 16-17; M.A. DA FONSECA, *Michel Foucault et le droit*, traduit du portugais por T. Thomas, Paris 2014, 68 e 104 ss.; M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., 139-140, 256.

⁴⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 78.

⁴⁶ *Ibid.* Cfr. Y.C. ZARKA, *Foucault et le concept non juridique du pouvoir*, in *Cités*, 2 (2000), Michel Foucault: de la guerre des races au biopouvoir, 47: «La lecture juridico-politique du pouvoir en termes de souveraineté est donc clairement définie comme un piège, comme le piège tendu par le pouvoir lui-même. Le discours juridico-politique est le discours que le pouvoir tient sur lui-même. Le droit, en Occident, est en effet constitutivement lié avec le pouvoir en place»; P. NAPOLI, *Le arti del vero. Storia, diritto e politica in Michel Foucault*, Napoli 2002, 303: «se si riconoscesse al potere un ruolo prevalentemente positivo, costitutivo, la sua esistenza apparirebbe subito meno tollerabile. Sarebbe infatti più difficile fare accettare agli uomini che la loro libertà è spesso consustanziale a

tollerabile a condizione di dissimulare una parte importante di sé. La sua riuscita è proporzionale alla quantità di meccanismi che riesce a nascondere. [...] Il segreto non è per lui un abuso; è indispensabile al suo funzionamento»⁴⁷. Lo è ora e lo era allora, quando il discorso giuridico della sovranità fu per la prima volta elaborato⁴⁸.

Fin da principio «la rappresentazione giuridico-discorsiva del potere» è servita a «mascherare», «dissimulare» o «nascondere», «tanto nel suo segreto quanto nella sua brutalità, la dominazione», quali siano state le forme che di volta in volta ha assunto⁴⁹. Foucault intende farsi carico del compito di rivelare ciò che la filosofia politica e la teoria giuridica hanno taciuto, nascosto o dissimulato, mostrando «non soltanto come il diritto sia, in linea di massima, lo strumento della dominazione – il che va da sé – ma anche come, fin dove e sotto che forma, il diritto trasmette o mette in opera rapporti che non sono rapporti di sovranità, ma di dominazione»⁵⁰.

«Per far apparire, al posto della sovranità e dell'obbedienza, il problema della dominazione e dell'assoggettamento»⁵¹ è necessario, tuttavia, spingersi oltre i margini estremi del diritto, là dove, per un verso, «scavalcando le regole di diritto che lo organizzano e lo delimitano, il potere si prolunga [...] al di là di esse»⁵², e, per altro verso, «l'istanza materiale dell'assoggettamento» costituisce il soggetto stesso a proprio uso e consumo⁵³. Per *dissempellire* il problema dell'assoggettamento e della dominazione si deve fare, in altre parole, «esattamente il contrario di quello che Hobbes aveva voluto fare nel *Leviatano* e di quel che probabilmente fanno [...] tutti i giuristi quando si pongono il problema di sapere come, a partire dalla molteplicità degli individui e delle volontà, si può formare una volontà, o almeno un corpo,

processi di controllo, di stimolazione, di identificazione che li plasmano da dentro, senza scalfirne l'autoconsapevolezza». Cfr. anche A. DILTS, *Law*, in L. LAWLOR-J. NALE (Eds.), *The Cambridge Foucault Lexicon*, New York 2014, 244.

⁴⁷ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 77. Cfr. N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 10 (1980), 181-203, nonché in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 95: «Il confronto fra il modello ideale del potere visibile e la realtà delle cose deve essere condotto tenendo presente la tendenza di ogni forma di dominio [...] a sottrarsi allo sguardo dei dominati nascondendosi e nascondendo, ovvero attraverso la segretezza e il mascheramento».

⁴⁸ Cfr. D. LOCHAK, *La question du droit*, in *Magazine Littéraire*, n. 207, (1984), 45: «d'autre part on peut se demander si le pouvoir a jamais fonctionné exclusivement ou principalement à la loi et au droit, et si par conséquent la représentation juridico-discursive du pouvoir n'a pas de tout temps été précisément une représentation, une façon pour le pouvoir de se donner à voir comme autre qu'il n'est en réalité».

⁴⁹ F. FOUCAULT, «*Bisogna difendere la società*», cit., 31. Sulla «dominazione» come «asimmetria oppressiva nelle relazioni di potere» cfr. M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., 121 ss.

⁵⁰ F. FOUCAULT, «*Bisogna difendere la società*», cit., 31.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ivi, 31-32.

⁵³ Ivi, 32.

unici, ma mossi da quell'anima che sarebbe la sovranità»⁵⁴. Per *disseppellire* il problema dell'assoggettamento e della dominazione si deve fare, sia consentito aggiungere, esattamente il contrario di quello che fanno *quei* giuristi che, nonostante tutto, continuano a cercare nei codici l'«assoluto del diritto» rifiutandosi di vedere il «sangue seccato» sulle loro pagine⁵⁵, dimenticandosi, o fingendo di dimenticare, che non vi è alcunché di «neutrale» nelle loro operazioni⁵⁶.

È, appunto, volgendo lo sguardo «verso la dominazione [...], verso gli operatori materiali, le forme di assoggettamento, le connessioni e le utilizzazioni dei sistemi locali dell'assoggettamento e, infine verso i dispositivi di sapere»⁵⁷ che Foucault assiste all'*invenzione*, «nel XVII-XVIII secolo [...] di una nuova meccanica di potere»⁵⁸: la «meccanica disciplinare»⁵⁹. In principio, ricorda Tadros, le pratiche disciplinari si diffusero negli interstizi del diritto e all'interno del discorso giuridico della sovranità, riempiendo gli spazi di libertà lasciati dal diritto⁶⁰. Ma con l'andare del tempo, nel secolo XIX, le discipline cominciarono a circolare liberamente nello spazio sociale, finendo per scontrarsi «sempre di più col sistema giuridico della sovranità»⁶¹.

Ciononostante l'affermazione del potere disciplinare non condusse «alla scomparsa del grande edificio giuridico della teoria della sovranità»⁶², ma al contrario ne rese possibile la democratizzazione «nel momento stesso in cui, nella misura in cui, e per la ragione che la democratizzazione della sovranità veniva fissata in profondità dai meccanismi della coercizione disciplinare»⁶³ che la stessa teoria della sovranità dissimulava, seppellendoli sotto «un sistema di diritto che ne nascondeva i procedimenti, che cancellava ciò che poteva esserci di dominazione e di tecniche di dominazione nella disciplina, garantendo infine a ciascuno, attraverso la sovranità dello stato, l'esercizio dei propri diritti sovrani»⁶⁴.

Il quadro che ne risulta non potrebbe essere più chiaro:

nelle società moderne, a partire dal XIX secolo e fino ai nostri giorni, abbiamo dunque, da una parte, una legislazione, un discorso, una organizzazione del diritto pubblico articolati intorno al principio della sovranità del corpo sociale e della delega da parte di ciascuno della propria sovranità allo stato; e dall'altra, un fitto reticolato di

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ivi, 53.

⁵⁶ Ivi, 49.

⁵⁷ Ivi, 37.

⁵⁸ Ivi, 38.

⁵⁹ Ivi, 41.

⁶⁰ Cfr. V. TADROS, *Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1 (1998), 90.

⁶¹ Ivi, 94.

⁶² M. FOUCAULT, «*Bisogna difendere la società*», cit., 39.

⁶³ Ivi, 39. Cfr. M. IOFRIDA-D. MELAGARI, *Foucault*, Roma 2017, 202.

⁶⁴ M. FOUCAULT, «*Bisogna difendere la società*», cit., 39.

coercizioni disciplinari che assicura, di fatto, la coesione di questo stesso corpo sociale⁶⁵.

Perciò se per un verso «l'organizzazione del diritto intorno alla sovranità» e «la meccanica delle coercizioni esercitate dalle discipline»⁶⁶ appaiono *concettualmente* incompatibili, per altro verso risultano *strategicamente* interdipendenti al punto da implicarsi reciprocamente⁶⁷: le discipline non hanno espulso il discorso giuridico del potere sovrano dalla modernità perché non hanno potuto fare a meno della sua enunciazione, così come, del resto, il discorso giuridico borghese e democratizzato della sovranità e dei diritti non ha potuto fare a meno, a quanto pare, delle «coercizioni esercitate dalle discipline»⁶⁸. Del resto, osserverà Foucault tre anni dopo, «l'eterogeneità non costituisce mai un principio di espulsione; o meglio ancora, l'eterogeneità non impedisce in nessun caso la coesistenza, la congiunzione, la connessione»⁶⁹. La stessa *simbiosi*⁷⁰ fra il *discorso giuridico della sovranità* e il meccanismo disciplinare sembra del resto avere esposto il *diritto* – cioè a dire «la legge», «i codici» e «l'insieme degli apparati, istituzioni, regolamenti che [li] applicano»⁷¹ e dei quali il *discorso giuridico della sovranità* non sarebbe che «l'ideologia»⁷² – agli effetti

⁶⁵ Ivi, 39-40.

⁶⁶ Ivi, 40.

⁶⁷ Cfr. D. LOCHAK, *La question du droit*, cit., 46: «Si donc, conceptuellement, la discipline est bien un “contre-droit”, l'antithèse d'un pouvoir fondé sur la loi et le droit, en pratique on constate que la règle de droit peut parfaitement servir d'enveloppe à des normes disciplinaires et fonctionner comme vecteur de mécanismes de discipline». Cfr. M.A. DA FONSECA, *Michel Foucault et le droit*, cit., 17, 107, 109, 111, 113-114, 138-140; L. BERNINI, *Le pecore e il pastore. Critica, politica, etica nel pensiero di Michel Foucault*, Napoli 2008, 109; M. BRIGALIGA, *Potere*, cit., 205, 211, nota 8, 264, 292-293; P. CALONICO, *Jeremy Bentham e l'abolizione della schiavitù*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 50, 1 (2020), 261-262. Neppure Hunt e Wickham hanno, del resto, difficoltà ad ammetterlo (cfr. ad esempio A. HUNT-G. WICKHAM, *Foucault and Law*, cit., 47).

⁶⁸ Cfr. B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 26-29 e 63-71; P. FITZPATRICK, *Foucault's other law*, in B. Golder (Ed.), *Re-reading Foucault*, cit., 53-55.

⁶⁹ M. FOUCAULT, *La naissance de la biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-79*, Paris 2004, trad. it. di M. Bertani-V. Zini, *La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano 2005, 49.

⁷⁰ Cfr. B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 23.

⁷¹ F. FOUCAULT, *“Bisogna difendere la società”*, cit., 31.

⁷² Ivi, 39: «Indescrivibile e ingiustificabile nei termini della teoria della sovranità, radicalmente eterogeneo, il potere disciplinare avrebbe dovuto normalmente condurre alla scomparsa del grande edificio giuridico della teoria della sovranità. Ma, in realtà, tale teoria ha continuato non solo ad esistere come ideologia del diritto, se volete, ma anche a organizzare i codici giuridici che l'Europa del XIX secolo si è data a partire dai codici napoleonici. Perché la teoria della sovranità ha persistito come ideologia e come principio di organizzazione dei grandi codici giuridici?». Si vedano, tuttavia, O. IRRERA, *Michel Foucault e la critica dell'ideologia nei corsi al Collège de France*, in *Euronomadé*, 19 marzo 2015 e T. GAZZOLO, *Foucault e il diritto: dalla lotta al governo*, in A. Di Lisciandro-L. Scudieri (a cura di), *Michel Foucault. Diritto, sapere, verità*, Milano 2015, 31.

delle discipline, le quali in breve hanno finito per *colonizzarlo, invaderlo, usurparlo*⁷³:

Che ai giorni nostri il potere si eserciti contemporaneamente attraverso questo diritto e queste tecniche, che queste tecniche e questi discorsi nati dalle discipline invadano il diritto, che le procedure della normalizzazione colonizzino sempre di più quelle della legge, credo che tutto questo possa spiegare il funzionamento globale di quel che chiamerei una "società di normalizzazione"⁷⁴.

Ed è così che le discipline, che costituirebbero un *infradiritto* se, collocandosi ai margini del diritto, si limitassero a diffonderne capillarmente gli effetti operando secondo i suoi principi, si rivelano in realtà un *controdiritto* perché, anche quando abbiano colonizzato o invaso il diritto, restano cionondimeno «assolutamente incompatibil[i]»⁷⁵ con il discorso giuridico della sovranità, massime nella formulazione liberale e democratica che nella modernità a questo discorso è stata impressa, benché storicamente ne dipendano proprio come esso dipende dalle (e può produrre i propri effetti grazie alle) discipline.

La questione tuttavia non è banale e richiede d'essere chiarita, poiché probabilmente è assai più problematica di quanto lo stesso Foucault non immaginasse. Non è ben chiaro, in particolare, che cosa precisamente si debba intendere per *controdiritto*, e quali relazioni possano intercorrere fra *diritto, controdiritto e discorso giuridico della sovranità*.

3. L'IPOTESI DEL CONTRODIRITTO

Da un punto di vista strettamente normativo, l'idea che il diritto possa contraddire sé stesso può apparire di per sé paradossale. Come Kelsen notava nella sua *Dottrina pura del diritto*, «benché il diritto stesso sembr[i] tener conto del diritto antiggiuridico [...] e confermarne l'esistenza prendendo molteplici precauzioni la cui finalità è ritenuta essere l'annullamento del diritto antiggiuridico», se davvero «esistesse qualcosa di simile ad un diritto antiggiuridico, sarebbe annullata l'unità del sistema di norme, quale trova espressione nel concetto di ordinamento giuridico». Come è noto, per Kelsen l'esistenza di ciascuna norma in un dato ordinamento dipende dalla sua conformità ad una norma superiore dell'ordinamento che ne fonda la validità: perciò immaginare che possa esservi una «norma contraria alla norma» è una contraddizione in termini. E infatti, «non si potrebbe considerare valida norma giuridica quella norma giuridica di cui fosse possibile ritenere che non

⁷³ F. FOUCAULT, *"Bisogna difendere la società"*, cit., 41. Cfr. A. HUNT-G. WICKHAM, *Foucault and Law*, cit., 58; B. GOLDBER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 2 e 24-25; M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., 233.

⁷⁴ F. FOUCAULT, *"Bisogna difendere la società"*, cit., 41.

⁷⁵ Ivi, 38.

sia conforme alla norma che ne regola la produzione». Una norma come questa «sarebbe nulla, cioè non sarebbe affatto una norma giuridica»⁷⁶.

Eppure, come lo stesso Kelsen ha dimostrato, anche su questo piano è possibile conferire uno specifico significato a espressioni come quella di «diritto antigiusuridico», e forse anche di conseguenza a quella di «controdiritto», benché ricorra in un contesto discorsivo decisamente molto diverso.

Quando, ad esempio, l'ordinamento attribuisce

forza di cosa giudicata alla sentenza di un tribunale di ultima istanza, significa che è in vigore non soltanto una norma generale che predetermina il contenuto della sentenza giudiziaria, ma anche una norma generale in base alla quale il tribunale può determinare egli stesso il contenuto delle norme individuali che esso deve produrre. Queste due norme costituiscono un'unità, che si può all'incirca così formulare: il tribunale di ultima istanza è autorizzato o a produrre una norma giuridica individuale, il cui contenuto è predeterminato della norma generale prodotta dalla legislazione o dalla consuetudine, *oppure* una norma giuridica individuale il cui contenuto non è predeterminato in alcun modo, bensì deve essere determinato dallo stesso tribunale d'ultima istanza⁷⁷.

Qualcosa di simile avviene, in realtà, tutte le volte che una norma «sia, secondo le disposizioni dell'ordinamento giuridico, annullabile, cioè sia valida fino al momento in cui non è annullata»⁷⁸: chi ritiene che una norma sia annullabile dovrà essere anche disposto ad ammettere che l'ordinamento autorizzi «a produrre o una norma giuridica [...] il cui contenuto è predeterminato» da una norma ulteriore, «*oppure* una norma giuridica [...] il cui contenuto non è predeterminato» da alcuna norma e può, di conseguenza, essere stabilito del tutto arbitrariamente dal suo autore, «con la differenza che la validità di queste norme giuridiche è soltanto provvisoria, cioè può essere annullata seguendo un certo procedimento, mentre questo non si può dire nel caso di una norma individuale prodotta da un tribunale di ultima istanza», la cui «validità è [...] definitiva»⁷⁹.

Il caso della legge «incostituzionale» per Kelsen non è in fondo diverso. Negli ordinamenti in cui «il controllo di costituzionalità delle leggi è riservato ad un solo tribunale, questo può essere autorizzato [...] ad annullare la legge come tale», ma finché non l'ha annullata, «la legge è valida e deve essere applicata». Se Kelsen ha ragione, allora «le cosiddette leggi 'incostituzionali' sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento». Ma questo significa che la Costituzione autorizza il legislatore a porre leggi i cui contenuti non siano conformi ai suoi

⁷⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. di M. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1965, 298.

⁷⁷ Ivi, 300.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

stessi principi assumendosi tutt'al più il rischio che eventualmente in seguito possano essere annullate⁸⁰.

Si potrebbe allora ipotizzare, in questa prospettiva, che, *colonizzando* il diritto, le discipline siano divenute *controdiritto* perché hanno generato, fra le pieghe del diritto, norme valide, quantomeno provvisoriamente, i cui contenuti sono altresì sostanzialmente incompatibili con le regole e i principi degli ordinamenti liberali e democratici nei quali si inseriscono.

Per chi ritenga, d'altra parte, che anche una norma senz'altro invalida in base ai criteri di riconoscimento di un dato ordinamento possa vigere di fatto ed essere considerata a pieno titolo 'diritto' quando trovi generalmente applicazione da parte di giudici e funzionari dello stato che siano persuasi per qualche ragione di essere giuridicamente tenuti ad osservarla⁸¹, per il *controdiritto* si dischiudono possibilità infinite: una norma qualunque, da qualunque fonte sia ricavata (una circolare, un manuale, il modello predisposto per la compilazione di una domanda, la conferenza stampa di un ministro o un suo 'post' su un *social media*⁸²) i cui contenuti siano incompatibili con le regole o i principi dell'ordinamento ma che cionondimeno sia applicata dai funzionari dello stato o dalle corti potrà essere considerata, in questa prospettiva, *controdiritto* in senso foucaultiano o *infradiritto* secondo l'uso invalso negli studi critici del diritto a partire dagli anni settanta del secolo passato⁸³. È del resto proprio in questa prospettiva che diviene forse possibile apprezzare appieno lo

scarto notevole tra quello che possiamo definire il diritto teorico (rappresentato dal connubio tra dottrina e giurisprudenza), orientato ancora (e forse necessariamente)

⁸⁰ Ivi, 305.

⁸¹ Cfr., ad esempio, A. ROSS, *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953), København 1966, 27 (in *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino 2001, 18-19).

⁸² Cfr. I. GJERGI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in questo volume.

⁸³ Foucault richiamò forse l'attenzione su questa modalità di governo quando rimproverò al Guardasigilli Alain Peyrefitte di avere "giustificato in anticipo" l'extradizione di Klass Croissant rivolgendosi «all'opinione pubblica e ai giudici» per chiarire loro quale decisione il governo si attendesse: lo stesso «procuratore generale Sadon non ha dovuto fare altro che riprendere le Sue parole sul terrorismo nelle ultime frasi della sua requisitoria per chiedere l'extradizione di Croissant» (M. FOUCAULT, *Alain Peyrefitte s'explique... et Michel Foucault lui répond*, in *Le Nouvel Observateur*, n. 689, 29-29 gennaio 1978, 25 e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, III, Paris 1994, n. 226, trad. it., *Alain Peyrefitte si spiega... e Michel Foucault gli risponde*, in M. FOUCAULT, *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, a cura di S. Vaccaro, Palermo 2009, 88). Del resto, come Foucault avrebbe constatato amaramente intervenendo nuovamente su *Le Nouvel Observateur* l'anno seguente, «il problema non è tanto quello dell'obbedienza dei giudici a ciò che il potere dice: è piuttosto quello della loro conformità a ciò che il potere tace» (M. FOUCAULT, *Manières de Justice*, in *Le Nouvel Observateur*, n. 743, 5-11 febbraio 1979, 20-21, e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, III, cit., n. 260, trad. it., *Maniere di giustizia*, in M. FOUCAULT, *La strategia dell'accerchiamento*, cit., 108).

ad affermare la prevalenza di un astratto dover essere, frutto di una ricognizione dei principi che regolano il sistema delle fonti del diritto e l'organizzazione del Governo e della pubblica amministrazione oltre che, in certi casi [...], dei profili connessi alla tutela dei diritti individuali, ed il diritto vivente, costituito dalla prassi, nel quale può essere identificato l'«essere» del problema, ovvero il modo in cui l'ordinamento si mostra e si sviluppa in concreto, anche in contrasto con le regole formali che lo disciplinano⁸⁴.

Resta, cionondimeno, un'ulteriore ipotesi, che non è possibile trascurare del tutto soprattutto se si considera che alcuni tra i più autorevoli lettori di Foucault hanno ritenuto necessario, per comprenderne il pensiero, tenere ben distinti il diritto vigente storicamente e socialmente e il discorso giuridico della sovranità⁸⁵, anche se in realtà non è affatto scontato che effettivamente Foucault ritenesse possibile o opportuno farlo.

Benché gli ordinamenti contemporanei generalmente incorporino nelle loro costituzioni i principi che ne costituiscono l'ideologia, può accadere che tali costituzioni recepiscano istanze incompatibili con questi principi, e non si può certo escludere che Foucault potesse avere in mente anche fenomeni di questo tipo, che certo avrebbero potuto verificarsi e forse per alcuni versi effettivamente si sono verificati quando le discipline sono penetrate nelle costituzioni stesse (l'art. 27 terzo comma della nostra Costituzione può esserne un esempio?⁸⁶).

4. CONCLUSIONI

Se si colloca l'ipotesi dell'*infradiritto* nel contesto del discorso foucaultiano degli anni 1975-1976 su sovranità, diritto e discipline avendo cura di non farsene scivolare fra le dita la consistenza e la radicalità specifica per seguirne gli sviluppi successivi, come se quello che Foucault sostenne allora costituisse di per sé l'esito provvisorio di un percorso di ricerca destinato a trovare altrove la propria definitiva conclusione, salterà agli occhi che l'*infradiritto* cui si riferiscono comunemente gli studi critici quando rilevano, ad esempio, l'esistenza di un *infradiritto* dei migranti o di un *infradiritto* penitenziario o, più genericamente, punitivo⁸⁷, in termini foucaultiani

⁸⁴ R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in U. De Siervo (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna 1993, 235. Cfr. anche I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, cit., 44.

⁸⁵ Si vedano, in particolare F. EWALD, *Norms, Discipline, and the Law*, in *Representations*, n. 30, (1990), 138-139 e V. TADROS, *Between Governance and Discipline*, cit., 80 e 81-82. Ma cfr. anche B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 35-37.

⁸⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2002, 260.

⁸⁷ Cfr., in questo volume, I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance* e S. TALINI, *Infradiritto e libertà personale. Riflessioni intorno a interpretazione e applicazione del diritto*.

dovrebbe essere considerato in realtà *controdiritto*, indipendentemente dal fatto che abbia o meno carattere o funzioni disciplinari in senso stretto⁸⁸.

Ma oltre a questo, Foucault mostra chiaramente che non è appellandosi alla sovranità e al diritto che si potrà opporre efficacemente resistenza alle forme di dominazione che di volta in volta sono dissimulate dal discorso giuridico della sovranità. Ed è questo forse il maggior guadagno teorico che si ricava ricollocando il 'discorso dell''infradiritto' nel contesto nel quale probabilmente ha avuto origine. Secondo Foucault, come si è visto, non c'è da illudersi: «sovranità e disciplina, legislazione, diritto della sovranità e meccanismi disciplinari sono due parti assolutamente costitutive dei meccanismi generali di potere nella nostra società»⁸⁹, e lo stesso «sistema del diritto e il campo giudiziario sono i tramiti permanenti dei rapporti di dominazione e di tecniche di assoggettamento polimorfi»⁹⁰: il *discorso giuridico* e i *rapporti di dominazione* di cui il diritto è tramite, sono concettualmente eterogenei e confliggenti, ma anche strategicamente interdipendenti e complementari.

Del resto, che senso potrebbe avere appellarsi al *diritto* o ai *suoi principi* contro il *controdiritto*, se *controdiritto* è larga parte del diritto stesso⁹¹ e i suoi principi non sono che l'«ideologia» che occulta e sostiene i suoi meccanismi di funzionamento, senza peraltro che *realmente* l'uno e l'altra possano essere distinti? Invocare il *diritto* contro il *controdiritto* sarebbe vano perché il *giuridico* non è che una *ricodificazione* del *diritto* e dei rapporti di dominazione di cui è tramite; perché la sua *regressione*⁹² - provando ad andare, con Foucault, al di là di quello che lo sesso Foucault qui molto probabilmente ha inteso sostenere - non è che la distanza più o meno grande che *stabilmente* separa il *significato* del discorso in cui consiste dalle operazioni che dissimula, cioè a dire dal diritto stesso e dalle forme di dominazione di cui è tramite; perché, infine, l'*enunciazione* di questo discorso è essa stessa una di queste operazioni e al contempo il modo in cui esse devono compiersi per essere efficaci⁹³.

⁸⁸ Cfr. ad esempio R. ERICSON, *Security, surveillance and counter-law*, in *Critical Justice Matters*, n. 68, 1 (2007), 6-7.

⁸⁹ M. FOUCAULT, «*Bisogna difendere la società*», cit., 41.

⁹⁰ Ivi, 31. Cfr. P. CHEVALLIER, *Michel Foucault and the question of right*, in B. Golder (Ed.), *Re-reading Foucault*, cit., 173-174 e A. DILTS, *Law*, cit., 246.

⁹¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 244. Cfr. D. LOCHAK, *La question du droit*, cit., 46.

⁹² F. EWALD, *Norms, Discipline, and the Law*, cit., 138-139 e 159. Cfr. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 128: «Nei confronti delle società che abbiamo conosciuto fino al XVIII secolo, siamo entrati in una fase di regressione della dimensione giuridica: le Costituzioni scritte nel mondo intero, dalla Rivoluzione francese in poi, i Codici redatti e rimaneggiati, tutta un'attività legislativa permanente e rumorosa, non devono creare illusioni: sono le forme che rendono accettabile un potere essenzialmente normalizzatore». Si vedano anche B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, cit., 22 e 25 e L. LINCOLN, *Law, literature, morality: Michel Foucault and the problem of judgment*, in B. Golder (Ed.), *Re-reading Foucault*, cit., 91.

⁹³ Forse proprio l'ostensione di questa connessione fra le modalità effettive e 'minute' di esercizio del potere e gli «apparati di sapere» che il potere forma, organizza, mette in circolazione «quando si

A meno che, di nuovo, non si voglia prendere sul serio la «tesi dell'espulsione» e ipotizzare che per Foucault il *giuridico* sia *regredito* poiché vi fu probabilmente un tempo – l'età di mezzo? la prima modernità? – in cui il discorso giuridico della sovranità *descriveva* fedelmente le operazioni del potere che *giustificava*, per poi concludere che forse a quel tempo potrebbe valere la pena ritornare... Che Foucault fosse di questo avviso, tuttavia, non è affatto scontato: «I bei tempi andati non erano poi così belli [...] Inutile, per drammatizzare il presente, allungarne le ombre con l'immaginaria chiarezza di un sole in declino. Le trasformazioni che avvengono sotto i nostri occhi e che talvolta ci sfuggono non devono indurci a essere nostalgici»⁹⁴.

Per quanto non esiti ad ammettere che le lotte politiche dei secoli XIX e XX, pur essendo state lotte per la *vita*, «intesa come bisogni fondamentali, essenza concreta dell'uomo, realizzazione delle sue virtualità, pienezza del possibile», furono formulate proprio «attraverso affermazioni di diritto»⁹⁵, neppure per un istante sembra auspicare che si ritorni al «vecchio diritto della sovranità»: non è a *questo* diritto, infatti, che secondo Foucault ci si dovrebbe rivolgere per difendersi dalla coercizione disciplinare, e poi dalle forme di dominazione che persistono nel governo e nella biopolitica, «ma a un *nuovo diritto* che, pur essendo antidisciplinare, dovrebbe

esercita nei suoi meccanismi sottili» costituisce uno dei frutti teorici più preziosi della critica foucaultiana dell'ideologia (M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., 36; cfr. O. IRRERA, *Michel Foucault e la critica dell'ideologia nei corsi al Collège de France*, cit., 6. Sul legame indissolubile che intercorre fra il diritto e le «dottrine o "ideologie", ossia sistemi di credenze, discorsi e strategie discorsive che "legittimano" il potere normativo» in cui il diritto consiste si veda M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., 210, 201-211, 230). E proprio per questo l'opposizione fra il discorso giuridico della sovranità e il diritto sulla quale hanno insistito, sia pure con diverse sfumature, Ewald e Tadros, non aiuta a cogliere le modalità effettive di funzionamento del potere (cfr. supra, nota 85). Né, in effetti, convincono del tutto le conclusioni di Stéphane Legrand, che attribuisce a Foucault una peculiare concezione dell'«ideologia» secondo la quale «la pertinence d'un modèle comme analyseur des relations de pouvoir décroît en raison directe de son dépérissement comme opérateur de pouvoir, mais inversement sa faculté à s'imposer comme modèle unique d'analyse du pouvoir croît, elle, en raison directe de ce dépérissement» (S. LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, Paris 2007, 39).

⁹⁴ M. FOUCAULT, *La stratégie du pourtour*, in *Le Nouvel Observateur*, n. 759, 28 maggio-3 giugno 1979, 57 e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, III, cit., n. 270, trad. it., *La strategia dell'accerchiamento*, in Id., *La strategia dell'accerchiamento*, cit., 113. Cfr. anche ID., *Un système fini face à une demande infinie (entretien avec R. Bono)*, in *Sécurité sociale: l'enjeu*, Paris 1983, 39-63 e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, IV, Paris 1994, n. 325, trad. it., *Un sistema finito di fronte a una domanda infinita*, in Id., *Estetica dell'esistenza, etica, politica. Archivio Foucault 3. Interventi, colloqui, interviste. 1978-1985*, a cura di A. Pandolfi, traduzione di S. Loriga, Milano 2020, 189: «Un [...] atteggiamento [...] frequente [...] consiste nel coltivare la finzione che vi sia stato un "buon tempo andato", in cui il corpo sociale era vivo e caloroso, le famiglie unite e gli individui autonomi. Questo quadro felice sarebbe stato incrinato dall'avvento del capitalismo, della borghesia e della società industriale. Si tratta di un'assurdità storica».

⁹⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 128-129. Cfr. P. NAPOLI, *Le arti del vero*, cit., 322-323 e L. BERNINI, *Le pecore e il pastore*, cit., 125-128.

al tempo stesso essere affrancato dal principio della sovranità⁹⁶. Foucault tuttavia non chiarisce quali dovrebbero essere i caratteri di questo diritto *nuovo*⁹⁷. Ma se, come pare di intendere, questo “diritto” non è in fondo che «il diritto di vivere, di essere liberi, di andarsene, di non essere perseguitati»; se questo “diritto” non è altro (come se fosse poca cosa...) che il “diritto” di difendersi legittimamente dai governi senza che da questi ci sia alcunché da attendersi⁹⁸, senza che vi sia nulla di meglio della «libertà», dell’«indipendenza dai governanti» che i «governati» possano esigere da loro⁹⁹; se in ultima istanza il solo diritto che valga la pena rivendicare è «il diritto assoluto a rivoltarsi contro chi detiene il potere»¹⁰⁰, allora viene da chiedersi se davvero ci sia bisogno che questo *diritto nuovo* continui ad essere *diritto*. Se proprio dobbiamo sforzarci di pensare a qualcosa di nuovo, non può valere forse la pena di pensare a qualcosa che lo sia davvero, chiudendo definitivamente i conti con la sovranità, anziché accontentarci, ancora una volta, di un ‘altro diritto’, l’ennesimo, che non ha alcunché a che fare con il potere del sovrano (come se a partire dalla modernità fosse possibile separare *realmente* il diritto dal discorso giuridico della sovranità...), ma che ciononostante rischia di sospingerci inavvertitamente, di nuovo, fra le fauci del Grande Leviatano?

⁹⁶ M. FOUCAULT, “Bisogna difendere la società”, cit., 41 (corsivo aggiunto). Cfr. B. GOLDER-P. FITZPATRICK, *Foucault’s Law*, cit., 28.

⁹⁷ Cfr. T. GAZZOLO, *Foucault e il diritto*, cit., 38 ss.

⁹⁸ M. FOUCAULT, *Va-t-on extradier Klaus Croissant?*, in *Le Nouvel Observateur*, n. 679, 14-20 novembre 1977, 62-63 e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, III, cit., n. 210, trad. it., *Klaus Croissant sarà estradato?*, in Id., *La strategia dell’accerchiamento*, cit., 57. Cfr. T. GAZZOLO, *Foucault e il diritto*, cit., 44.

⁹⁹ Cfr. M. FOUCAULT, *Klaus Croissant sarà estradato?*, cit., in particolare 53 e 58 e poi ID., *La nascita della biopolitica*, cit., 49. Per un articolato tentativo di ricostruzione dell’itinerario che condusse Foucault dal nuovo diritto antidisciplinare al diritto dei governati di *Va-t-on extradier Klaus Croissant?* e infine all’indipendenza dei governati, in *La nascita della biopolitica*, cit., 48-51, si veda P. CHEVALLIER, *Michel Foucault and the question of right*, cit., 179 ss.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, *Face aux gouvernements, les droits de l’homme*, in *Libération*, n. 967, 30 giugno-1 luglio 1984, 22 e in D. Defert-F. Ewald (eds.), *Dits et écrits*, IV, cit., n. 355, trad. it., *Contro i governi, i diritti dell’uomo*, in ID., *La strategia dell’accerchiamento*, cit., 236. Cfr. P. NAPOLI, *Le arti del vero*, cit., 381 ss. e M.A. DA FONSECA, *Michel Foucault et le droit*, cit., 219 ss.