



COSTITUZIONALISMO NUMERICO: GLI INDICATORI QUANTITATIVI
TRA NORME, DIRITTI E POLITICHE PUBBLICHE
24 GENNAIO 2025

“Performativismo legislativo”: quando
le esigenze politiche superano le
istanze di protezione giuridica

di Matteo Paolanti

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale comparato
Università degli studi di Siena

“Performativismo legislativo”: quando le esigenze politiche superano le istanze di protezione giuridica*

di **Matteo Paolanti**

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale comparato
Università degli studi di Siena

Abstract [It]: Il "performativismo legislativo" sembra oggi rappresentare una tendenza foriera di un cambiamento per il diritto: nonostante l'utilità sociale, gli indicatori che guidano le scelte di politica legislativa sono da ricercare nella popolarità dell'intervento normativo o nei suoi esiti economici. La criticità sta nell'espansione di questo modello alle norme che riguardano i diritti fondamentali. Per rispondere a esigenze politiche, si può sostenere la scelta di cambiare la natura del diritto da mezzo di tutela a strumento per mantenere la popolarità delle maggioranze?

Title: 'Legislative Performativism': when political needs outweigh legal protection demands

Abstract [En]: 'Legislative Performativity' nowadays seems to represent a trend, bringing about a change for the law: despite social utility, the indicators driving legislative policy choices are found in the popularity of regulatory intervention or in its economical outcomes. The criticality lies in the expansion of this model to the regulations concerning fundamental rights. To meet political needs, could the choice to change the nature of law from a means of protection to an instrument for maintaining the popularity of majorities be supported?

Parole chiave: Politica legislativa; Diritti fondamentali; Populismo; Diritti civili; Consenso politico

Keywords: Legislative policy; Fundamental rights; Populism; Civil rights; Political consensus

Sommario: **1.** Il diritto come mezzo: nobilitazione e svilimento. **2.** Le radici del performativismo legislativo. **2.1.** L'evoluzione dell'arte di governo dello Stato. Le lezioni di M. Foucault al Collège de France. **2.2.** Il rapporto tra populismo contemporaneo e il performativismo. **3.** Il caso italiano. **3.1.** Il matrimonio e le adozioni da parte di coppie omosessuali. **3.2.** La vicenda del “doppio cognome”. **3.3.** Il diritto di voto “fuori sede”. **4.** Populismo penale e concetto performativo: gli esempi di Argentina ed El Salvador. **5.** Conclusioni.

1. Il diritto come mezzo: nobilitazione e svilimento

I diritti fondamentali rappresentano un ambito delicato per il giurista, poiché intrecciano fattori sociali, economici e giuridici. Tuttavia, la loro interpretazione può risentire delle intenzioni soggettive di chi li utilizza, trasformando il diritto in uno strumento alla mercé delle volontà contingenti. È indubbio - infatti - che chiunque con la propria opinione possa riempire gli spazi morali del diritto.

Volendo scendere nell'attualità, e successivamente guardare precipuamente all'ordinamento italiano, bisogna prima chiarire il contesto reale della materia al fine di intendere meglio ciò che si analizzerà nel corso della trattazione.

* Articolo sottoposto a referaggio.

I diritti fondamentali tratteggiati dai Costituenti presentano una “carica valoriale” che ha condizionato e condiziona le scelte del Legislatore. Questo assioma rispecchia la volontà di instradare il futuro operatore del diritto secondo quel modello di Costituzione che è anche definita come “programmatica” o “presbite”¹. Una traccia che, pur mantenendo una certa “dote” ideale, deve però intendersi come guida verso gli interventi legislativi futuri. Tuttavia, da qualche tempo, sembra che tali principi abbiano perso la loro centralità. Invero, nonostante gli enormi progressi fatti negli anni dal punto di vista dei diritti sociali e civili, si può intuire che, di contraltare, sussista una spinta uguale e contraria verso la monetizzazione della tutela, verso la ricerca di un calcolo prettamente statistico di utilità dell’intervento normativo, inteso sia in senso meramente economico che di ottenimento o trattenimento del consenso politico. Eppure, la materia che attiene all’ambito dei diritti della persona rimane per sua natura estranea a questi meccanismi, andando incontro ad una crisi d’identità che riguarda la sua stessa funzione primaria, ossia quella di protezione disinteressata.

Il presente studio si propone di dimostrare che la concezione “performativista” - dall’inglese *performance*, prestazione - della tutela dei diritti non solo sia un mezzo camuffato di negazione e cancellazione dei diritti *tout court*, ma costituisca, soprattutto, una pratica che cela un tradimento degli intenti dei Costituenti e nasconde una pericolosa degenerazione del sistema democratico contemporaneo. A questa realtà in via di sviluppo va dunque risposto con la riaffermazione dei valori fondanti della Repubblica, aggiungendo però un ulteriore tassello a garanzia di quanto ottenuto con grande fatica: il riconoscimento dell’irrilevanza dell’interpretazione utilitaristico-economica relativamente alla categoria dei diritti fondamentali. Infatti, dobbiamo garantire il loro valore trascendente senza tempo sempre vivo², affinché il cuore democratico del sistema giuridico non collassi su sé stesso.

2. Le radici del performativismo legislativo

Come accade nell’illusionismo, in cui l’oggetto del prestigio diviene meno visibile proprio nel momento in cui si tenta di osservarlo con maggiore attenzione, anche il fenomeno del performativismo legislativo

¹ In queste espressioni non possono che riecheggiare le parole di Piero Calamandrei, il quale, nella seduta del 4 marzo 1947 dell’Assemblea costituente, disse: «Secondo me è un errore formulare gli articoli della Costituzione collo sguardo fisso agli eventi vicini, alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell’immediato avvenire in mezzo alle quali molti dei componenti di questa Assemblea già vivono. La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope». v. *Atti della Assemblea costituente*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1951, p.1752.

² In questa affermazione chi scrive ha voluto fare un riferimento lontano all’obiettivo gramsciano di creare un’attività valoriale e culturale slegata da parametri utilitaristici, che fosse attuale e inattuale allo stesso tempo ma non per questo solo teorica; un qualcosa che lo stesso Gramsci riduceva nella proposizione tedesca del “*für ewig*” utilizzata in precedenza da Goethe. Per un’analisi di quest’ultimo concetto si rimanda a V. GERRATANA, “*Prefazione*”, in A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, vol. I, Einaudi, Torino, 2014, pp. XVIII-XX; per quanto riguarda il testo da cui è tratta la riflessione sul *für ewig* v. A. GRAMSCI, “*A Tatiana Schucht - 19 marzo 1927*”, in F. GIASI (a cura di), *Lettere dal carcere*, Einaudi, Torino, 2020, pp.74-76.

tende a celarsi (e a giustificarsi) dietro la normale dinamica democratica. Il “performativismo legislativo”, dopotutto, ben si presta a celarsi nel meccanismo governativo democratico. Questa sua natura è frutto di procedimenti democratici che fanno sì che il fenomeno possa passare inosservato come fisiologica conseguenza del processo politico di formazione legislativa e di gestione del governo di un Paese. Difatti, è considerabile normale che una maggioranza politica porti avanti la propria agenda grazie al supporto del mandato rappresentativo.

In ogni caso, se si vuole cercare di capire le vere radici di quanto descritto ora brevemente, è opportuno tornare alle riflessioni compiute dal noto filosofo e accademico francese Michel Foucault³, il quale, ormai quasi cinquant'anni fa, descrivendo il cammino evolutivo della governabilità degli Stati, preconizzava la deriva performativista.

2.1. L'evoluzione dell'arte di governo dello Stato. Le lezioni di M. Foucault al Collège de France

Rispetto alle caratteristiche del governo degli Stati - fa notare Foucault - si devono distinguere tre principali fasi evolutive, alle quali, secondo chi scrive, va aggiunta una quarta a noi contemporanea che consegue dalle precedenti. La prima si estende secondo un arco temporale che va dal periodo medievale fino al XVI secolo, la seconda è individuabile nella nascita dello stato moderno e, infine, la terza è riscontrabile nelle trasformazioni che hanno condotto alla creazione degli Stati nazionali tra Ottocento e Novecento. In ordine, la prima fase rispecchia un sistema di governo che è profondamente legato ad un criterio teologico-naturale apparentemente indissolubile. Il Capo dello Stato - di norma un re - si rendeva incarnazione di una ragione di Stato⁴ che a sua volta costituiva il portato della legittimazione divina del potere. Le politiche e le leggi che venivano promosse erano quindi frutto della naturale sistemazione del cosmo governato da Dio, il quale concedeva al regnante di perpetuare l'ordine universale da Lui predisposto⁵.

³ Alla critica al capitalismo e ai sistemi democratici del presente, Foucault dedica una discreta parte della sua opera accademica e divulgativa; *ex multis*, in questa sede, si sono presi come principali riferimenti i seguenti volumi: M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.

⁴ In questo caso il termine “ragione di Stato” è usato in senso lato e tecnicamente improprio al fine di creare un filo narrativo con quanto verrà introdotto in seguito (qui è da intendersi come “politica di base - valore/fine fondamentale di uno Stato”). Come si spiega più avanti nel testo, a tale espressione ci si può riferire correttamente solo se si vuole indicare la filosofia dello Stato artificialmente creata dai governanti degli stati moderni del XVII e XVIII secolo. Foucault dedica gran parte del proprio ragionamento alla contestualizzazione del concetto partendo dagli scritti precursori di Botero, Machiavelli e Hobbes fino ad arrivare alle ordinanze di polizia di Delamare; v. M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. corso al Collège de France (1977-1978)*, *op.cit.*, pp.165-224.

⁵ In questo senso la famosa dicitura “re per grazia di Dio” in quanto la divinità delegava un suo legittimo emissario a governare una certa terra secondo i suoi dettami. Sul diritto divino dei regnanti, considerando i fondamenti della dottrina cristiana, il riferimento va a S. Paolo di Tarso, il quale nella Lettera ai Romani affermò: «Ciascuno sia sottomesso alle autorità costituite. Infatti, non c'è autorità se non da Dio: quelle che esistono sono stabilite da Dio. Quindi chi si oppone all'autorità, si oppone all'ordine stabilito da Dio. E quelli che si oppongono attireranno su di sé la condanna. I governanti, infatti, non sono da temere quando si fa il bene, ma quando si fa il male. Vuoi non aver paura dell'autorità? Fa' il bene e

Dopo centinaia di anni, nella fase moderna della storia, si rompe completamente questo ordine: l'artificialità e la razionalità irrompono prepotentemente nella gestione del potere⁶. Nel Settecento l'ordine divino del cosmo esce dalla visione del governante a favore dell'altrettanto trascendente "Ragione di Stato"⁷, ossia un'imperscrutabile linea governativa che riflette le necessità dello Stato. È indubbio che in questa nuova concezione si rispecchiassero le teorie illuministe che al tempo si mostrarono avanguardia nel sostituire i paradigmi religiosi a favore del trionfo del potere razionale umano⁸. Proprio in questa epoca, per la prima volta, emerge un nuovo fattore determinante: il popolo. Esso però era ancora ben lontano dal riconoscimento che gli sarebbe giunto almeno due secoli dopo grazie al progressivo consolidamento del sistema democratico; infatti, in quel periodo storico, la massa dei sudditi non aveva alcun ruolo nella costruzione della politica dello Stato. Gli unici motivi per cui era considerabile rilevante il popolo erano la sua forza lavoro e la sua forza rivoluzionaria - come la storia ci insegna per la Francia - da controllare e sedare attraverso la costituzione di appositi corpi di pubblica sicurezza.

Il grande cambio di passo avvenne con l'avvento della scienza economica nel campo della politica. Grazie a questa si riuscì a giungere ad una sintesi dei valori fondanti dei primi due *step* evolutivi della governabilità dello Stato. Si creò così una nuova originalità che derivava non più dalla sistematica cosmologica divina⁹ o dall'intuito regale, quanto semmai dal funzionamento fisiologico della società degli esseri umani, diretta ormai dalla scienza. È così che venne messa da parte l'arte di governo politico, la quale non riusciva a mantenere oggettività¹⁰ di vedute a confronto con l'empiristico calcolo numerico; la conseguenza consistette nel *forfait* dello Stato politico a favore di azioni legislative legate a fattori puramente economici¹¹. Secondo Foucault tale passaggio ha rappresentato a tutti gli effetti un primo spostamento del nucleo ideale del "diritto pubblico".

ne avrai lode, poiché essa è al servizio di Dio per il tuo bene. Ma se fai il male, allora devi temere, perché non invano essa porta la spada; è infatti al servizio di Dio per la giusta condanna di chi fa il male. Perciò è necessario stare sottomessi, non solo per timore della punizione, ma anche per ragioni di coscienza». *La Sacra Bibbia CEI 2008*, Rm, 13.1-5.

⁶ Heidegger riscontra il più rilevante contributo per questo cambiamento di visione nell'opera cartesiana, la quale non si riferiva immediatamente alla gestione del potere ma che, trattando dell'azione categorizzatrice umana, finisce per condizionare anche i meccanismi di potere statale. M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, Adelphi, Milano, pp. 167-175.

⁷ Qui la si propone con la maiuscola per sottolineare come l'uso in questione sia tecnicamente proprio e non si tratti di un espediente di analisi del contesto come in precedenza.

⁸ È chiaro che in questo ordine si ponesse come esempio la figura del "monarca illuminato", ossia una figura monocratica superiore intellettualmente che riuscisse da sola a sintetizzare la nascosta Ragione di Stato e, di conseguenza, la giusta linea politico-governativa dell'entità pubblica.

⁹ In realtà, guardando all'etica insita nel protocapitalismo moderno, l'ordine cosmologico divino e la sua naturalità è perfettamente riconducibile alla nuova ragione economica. A riguardo si rivela sempre fondamentale la lettura weberiana dell'etica protestante, che perfettamente fa sposare i principi capitalisti con i valori religiosi della Riforma. Cfr. M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Rizzoli, Milano, 2016.

¹⁰ Non a caso, riportando l'analisi relativa al luogo-mercato come rappresentazione fisica localizzata della teoria economica, si dice: «Il mercato deve dire il vero, e deve farlo in relazione alla pratica di governo». Cfr. M. FOUCAULT, *Lezione del 17 gennaio 1979*, in *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, op.cit., p.40.

¹¹ Si noti l'apparente contraddittorietà della naturalità del fenomeno economico e l'approntamento necessario di strumenti di tipo politico finalizzati alla salvaguardia dell'economia. La naturalità della scienza economica, infatti,

Innanzitutto, questo nuovo stato di fatto ha trovato il suo spazio per metter radici anche grazie ad una validazione intellettuale e filosofica¹² ed ha trovato, molto probabilmente, la sua acme nel periodo storico di predominanza degli stati liberali di diritto. Analizzando per sommi capi il contesto, con un occhio particolare allo Stato italiano¹³, si può facilmente intendere come un sistema monoclasse che poneva in risalto la borghesia e la sua ricchezza fosse l'esempio perfetto di quanto spiegato da Foucault: un potere politico conservatore votato ai valori del *laissez faire* era esattamente il simbolo del superamento della Ragione di Stato a favore di quella economica, ma non solo; era anche il sistema adatto per uno Stato in cui la stragrande maggioranza della popolazione non aveva il diritto di voto.

Ben si intuisce come a questo equilibrio mancasse un importante contributo di quell'attore che da tempo cercava di ricavarne il proprio spazio nella formazione della linea politica degli Stati, il quale, fino a quel momento, era sempre stato considerato come mero strumento delle classi più abbienti e potenti della società ovvero come fattore potenziale di rischio in relazione al sovvertimento dello *status quo*: il popolo, che ancora oggi mantiene il suo ruolo strumentale, seppur in modo decisamente più sottile.

2.2. Il rapporto tra populismo contemporaneo e il performativismo

Riprendendo il ragionamento dalla già nominata "ragione economica di governo", l'utilità (intesa inizialmente dal punto di vista del risultato pratico-economico) rappresenta il riferimento sul quale si valutano le necessità di intervento del potere pubblico (tenuto, appunto, a governare lo Stato in senso utilitaristico). L'applicazione al giuridico di un concetto teorico di "utile" (inteso in questo caso nel senso ampio del termine) si rende più semplice qualora una singola classe dotata del potere costituito possa decidere con una certa autonomia sulla regolamentazione dello Stato; questo non vale però in un contesto democratico-pluralista¹⁴, ossia in uno spazio dove diverse formazioni e realtà sociali possono intervenire - direttamente o meno - sull'attività di governo di un Paese. A maggior ragione il contesto si rende ancora

necessariamente deve essere sorretta da correttivi di tipo politico - per quanto flebili nel loro carattere di artificiosità - affinché l'ordine della realtà non si traduca in una rappresentazione fisica della legge del più forte, o per meglio dire del più ricco (guardando alla prima fase bisogna specificare che anche la naturalità del sistema medievale era comunque mediata dalle scelte del regnante, quindi di pura naturalezza non si è mai trattato).

¹² A dire il vero sulla natura filosofica dell'utilitarismo Foucault ha espresso più volte la sua contrarietà (affermando anche come esso fosse, semmai, una tecnica di governo, M. FOUCAULT, *Lezione del 17 gennaio 1979*, *op.cit.*, p.48), in particolare facendo riferimento al pensiero di Bentham, il quale viene ancor meglio analizzato nel volume *Sorvegliare e Punire*.

¹³ Per la comprensione del periodo storico si pongono come fondamentali - a parere di chi scrive - le letture congiunte di F. CAMMARANO, *Storia politica dell'Italia liberale l'età del liberalismo classico. 1861-1901*, Laterza, Roma Bari, 1999 e G. TONIOLO, *Storia economica dell'Italia liberale. (1850-1918)*, Il Mulino, Bologna, 1988.

¹⁴ Per tale da intendersi il carattere dell'ordinamento statale con cui si riconosce l'esistenza e l'attività di soggetti civili o politici profondamente diversi tra loro. Cfr. T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2023, p.38.

più complesso se si aggiunge nell'equazione il testo costituzionale repubblicano, il quale si pone in controtendenza con la visione di stato minimo liberale e quindi con la ragione economica di governo.

Come però si vedrà più avanti attraverso alcuni esempi a noi contemporanei, la ragione economica non scompare del tutto, ma semmai si evolve in quella che si può identificare come “fase performativa”. In questo contesto, per performativa si intende l'azione di governo dello Stato che legifera in via utilitaristica mirando soprattutto all'ottenimento e all'appiattimento successivo del consenso pubblico, molto spesso utilizzando tattiche che si definirebbero “populiste”¹⁵. Il collegamento di questa nuova evoluzione con la ragione economica è rappresentato dallo stesso concetto di utilità, il quale viene demolito, lavorato e risemantizzato per rimanere efficace nei confronti dell'opinione pubblica. Il primo stadio del processo mira a creare un alone di pericolo nei confronti dell'utile così come ci viene consegnato dalla teoria politico-filosofica dell'età moderna; l'utilitarismo economico, evolutosi con il Novecento, può essere fatto coincidere in termini attuali con l'approntamento della c.d. “tecnocrazia”¹⁶, ossia un sistema di governo basato sul conferimento dei poteri a soli esperti di una determinata materia¹⁷, che persegue scientificamente l'utile escludendo nuovamente dal dibattito pubblico il popolo e i suoi bisogni¹⁸. Questa minaccia rende insostenibile al comune cittadino il vecchio significato di utile¹⁹, ponendo il risultato evolutivo della teoria utilitarista (la tecnocrazia) in un rapporto di aperto antagonismo²⁰ con l'acquisita rilevanza oggettiva del singolo - in un sistema democratico a suffragio universale - rispetto all'azione di governo.

Dopo questa fase *destruens*, il concetto cambia significato in un'accezione che sia soddisfacente per il cittadino: l'utile si collega, così, al soddisfacimento di quelle necessità c.d. “vere” sentite dalla maggioranza dei cittadini, che però assumono un carattere escludente in relazione a ciò che non viene riconosciuto

¹⁵ Sul concetto di “populismo” è stato scritto molto, anche da eminenti costituzionalisti, complice l'intersecarsi naturale del diritto costituzionale con la politica. Riprendendo le parole utilizzate da Lupo in N. LUPO, *Populismo legislativo?: continuità e discontinuità*, in *Ragion Pratica*, n.1, 2019, p. 251: «possono dirsi populiste le forze che sono, al contempo, anti-elitarie (in quanto in polemica con le élites dominanti) e anti-pluraliste». Per altre descrizioni generali del fenomeno si rimanda anche a A. VOSSKUHL, (2018). *Populismo e democrazia*, in *Diritto pubblico*, 24, n. 3, 2018, pp.785-804.

¹⁶ J. MEYNAUD, *La Tecnocrazia. Mito o Realtà?*, Laterza, Bari, 1966.

¹⁷ Un attuale sguardo sul tema in D. CASELLI, *Esperti, come studiarli e perché*, Il Mulino, Bologna, 2020.

¹⁸ In realtà l'esclusione del popolo attraverso la tecnocrazia, come dice Escobar, non rappresenta una conseguenza che viene avvertita comunemente da tutti; il populismo, per assurdo, può servirsi della propria retorica per convincere il cittadino di avere il potere nonostante la presenza di una tecnocrazia. Cfr. R. ESCOBAR, *Le illusioni dei maghi. Tecnocrazia e populismo*, in *Teoria politica*, n.5, 2020, pp.65-85.

¹⁹ Alla luce di quanto detto prima nella trattazione, per tale si potrebbe anche usare la terminologia di “utile empirico”, in quanto basato su canoni scientifico-matematici (si pensi ai calcoli economici) oggettivi.

²⁰ La realtà descritta è perfettamente raccontata, con dovizia di particolari riguardo a vicende contemporanee, in L. BIANCHI, *La Gente. Viaggio nell'Italia del risentimento*, Minimum fax, Roma, 2017.

come tale²¹, facendo sì che molte altre questioni restino insolute, vista la loro presunta irrilevanza²². Poiché le materie di intervento considerate rilevanti sono coperte da un alone di oggettività (in quanto si ritiene che la necessità sia un elemento di per sé conclamato) e sono rafforzate dalla volontà popolare (vera o presunta), le restanti istanze di riconoscimento giuridico da parte delle minoranze, anche rispecchiando valori fondamentali, non solo finiscono per essere accantonate ma, al contrario, vengono valutate come “controproducenti” o a tutti gli effetti “dannose” per la comunità e per l’ordinamento giuridico²³. La logica della performance esclude qualsiasi spreco di tempo o risorse legislative, operando in un contesto dominato dall’urgenza e dall’emergenza. Tutto si riduce alla gestione immediata dei bisogni più evidenti²⁴. Dinanzi a questo stato di cose nulla trova eccezione, neppure i diritti della persona rientrano nell’alveo di quelle necessità di cui il Parlamento e il Governo devono occuparsi.

Dopo aver spiegato sinteticamente in cosa consista questa nuova realtà, conviene cercare di comprendere come si esplicitino, all’atto pratico, dinamiche di questo segno. Nella trattazione seguente si preferisce dare spazio al contesto italiano, il quale ci mostra una fenomenologia performativa ben sviluppata se guardata nel contesto di un apparato democratico maturo²⁵.

3. Il caso italiano

Venendo al nostro Paese, la vicenda del performativismo si può collegare all’attuazione dei diritti civili. Si nota come molto spesso la questione dei diritti che fanno capo alle fasce più fragili della popolazione - come le minoranze legate all’etnia o all’orientamento sessuale, le donne e i giovani - sia sempre di più

²¹ Secondo quella che è la ricostruzione del populismo di A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, vol. III, Einaudi, Torino, 1975, pp.1815-1816.

²² Riprendendo la definizione fatta da Lupo in *op.cit.*, si può notare una delle contraddizioni del meccanismo politico populista: pur contrastando il concetto di *élite*, si finisce per perseguire la realizzazione di un’ulteriore *élite*, la quale ha l’unica differenza con quella originaria per essere più nutrita (in quanto si riferisce ad una massa popolare indistinta).

²³ Nonostante la produzione normativa dovrebbe essere immagine di un punto di equilibrio tra il pluralismo sociale e l’unità dell’ordinamento giuridico. Cfr. N. LUPO, *op. cit.*, 253; F. PACINI, *Populism and Law-Making Process*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (a cura di), *Italian Populism and Constitutional Law. Challenges to Democracy in the 21st Century*, Palgrave Macmillan, Cham, pp. 119-134.

²⁴ A questo riguardo sembrano premonitrici le parole di Foucault, il quale affermava: «Nel senso che, da un lato, l’intervento della governamentalità statale dovrà essere limitato, ma questo limite posto alla governamentalità non sarà semplicemente un termine negativo. All’interno del campo così delimitato apparirà un ambito di interventi possibili, necessari, ma che non avranno per forza, e in generale, la forma dell’intervento regolamentativo, e anzi molto spesso non l’avranno affatto. Bisognerà manipolare, suscitare, facilitare, lasciar fare, in altre parole bisognerà gestire e non più regolamentare. Questa gestione avrà essenzialmente per obiettivo non tanto di impedire le cose, le regolazioni naturali, ma far sì che le regolazioni necessarie e naturali giochino tra loro. Bisognerà inquadrare i fenomeni naturali in maniera tale che non vengano deviati o che un intervento inappropriato, arbitrario, cieco li faccia deviare. Bisognerà cioè mettere a punto dei meccanismi di sicurezza. L’obiettivo fondamentale della governamentalità saranno, perciò, i meccanismi di sicurezza e uno stato che abbia essenzialmente la funzione di garantire la sicurezza ai fenomeni naturali, ovvero i processi economici o i processi intrinseci alla popolazione». Così, M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., p.257.

²⁵ L’allusione va ad altri Paesi che potrebbero ricadere in meccanismi di questo segno, i quali, tuttavia, non possono essere considerati pienamente democratici (in Europa il riferimento più vicino potrebbe essere, ad esempio, l’Ungheria).

avvertita come “meno rilevante” dalla politica e dalle fasce di cittadini non facenti parte le comunità sopra citate, pur rientrando nell’alveo costituzionale. In tal senso, già secondo dottrina risalente, sussisterebbe uno scollamento tra l’azione legiferante e il Testo costituzionale²⁶. Dogliani, a questo riguardo, constataba un sentimento che faceva sì da dividere la realtà quotidiana (oggetto di regolazione da parte della legislazione ordinaria) dalle pretese normative ideali della Costituzione; il risultato di questa concezione era che la scienza giuridica costituzionale venisse relegata a due precipui compiti: organizzare il potere pubblico e stabilire uno *standard* a cui la legislazione ordinaria avrebbe dovuto essere sottomessa²⁷.

Attualizzando la questione, la visione che qui definiamo “performativista” si muove oggi su dinamiche populiste escludenti, e su questi binari fonda il proprio successo. In Italia lo studio del fenomeno può essere affrontato su tre fronti che risultano intersezionali tra di loro, in quanto, pur ricadendo su ambiti diversi, mostrano la loro problematicità rispetto alle stesse identiche questioni: la giustizia sociale e l’autodeterminazione della persona.

3.1. Il matrimonio e le adozioni da parte di coppie omosessuali

La vicenda che si affronta in questo paragrafo è la più delicata tra tutte. Infatti, per quanto le altre due (paragrafi 3.2; 3.3.) siano ugualmente insidiose, la prima attiene a valori culturali²⁸ e religiosi fortemente radicati nel tessuto sociale italiano, che fanno sì da rendere naturalmente controversa la questione²⁹.

Quello che in Italia si usa denominare come “matrimonio tra persone dello stesso sesso”, in realtà, non corrisponde esattamente all’unione tra individui eterosessuali: nonostante l’identico regime giuridico in relazione al patrimonio e al trattamento fiscale, non sussistono obblighi di pubblicazione civile, non esiste obbligo di fedeltà e, soprattutto, vi sono forti differenze per quanto riguarda il regime degli istituti del divorzio e dell’adozione³⁰. Se ci si sofferma su queste diversità si può pensare che sussista una ragione di fondo: come è stato fatto notare dalla filosofa Nicla Vassallo³¹, le coppie omosessuali per secoli sono state considerate un’aberrazione (nel peggiore dei casi) o il frutto di una passione transitoria tra due persone (nel “migliore” scenario); da questo discende la considerazione per la quale dovrebbe essere

²⁶ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982.

²⁷ L’opera di Dogliani, ormai risalente, può essere riletta alla luce del presente secondo l’esperienza sia italiana che europea. Sul tema, P. BLOKKER, *Populism as a Constitutional Project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, doi: 10.1093/icon/moz028.

²⁸ Dall’espressione “valori culturali” va espunta l’omofobia, la quale non può in alcun modo essere considerata un “valore”; in questo caso si vuol fare riferimento a quei principi che hanno fatto sì che venisse redatto l’art. 29 Cost.

²⁹ Si noti che la società di ricerche internazionale IPSOS, per il 2022, abbia annotato come in Italia il 61% della popolazione sia favorevole al matrimonio egualitario e il 64% alle adozioni per le coppie LGBT+; vi è quindi ancora una discreta fascia di dissenso intorno al tema. <https://www.ipsos.com/it-it/pride-month-2023-italia-comunita-lgbt> (ultima consultazione 28/12/2024).

³⁰ Per un’esauriente disamina dell’istituto giuridico delle unioni civili v. L. RUSSO, *Le unioni civili*, Tab edizioni, Roma, 2022.

³¹ N. VASSALLO, *“Il matrimonio omosessuale è contro natura” (Falso!)*, Laterza, Bari, 2015.

naturale che le unioni di cui sopra siano destinate a durare meno a lungo di una eterosessuale e, secondariamente, che non siano contesto adatto per l'adozione di un minore.

Questa concezione, tuttavia, risulta smentita da tempo nei fatti e il dato trova conferme anche nel campo del diritto. Per quanto riguarda il matrimonio, ben 37 Paesi hanno deciso di equiparare completamente le discipline giuridiche tra unioni etero e omosessuali; mentre a proposito delle adozioni, volendo sorvolare sulle opinioni della dottrina giuridica³², non si può dimenticare che più di dieci anni fa la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Austria per una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della CEDU riguardo al limite, contenuto nel Codice civile austriaco, di adottabilità di minori da parte di coppie omosessuali in mancanza di «argomenti puntuali, studi scientifici o altri elementi di prova in grado di dimostrare che le famiglie omoparentali non possono in alcun caso occuparsi di un figlio»³³.

Tuttavia, ritornando al concetto performativista e alla sua esplicitazione in Italia, le evidenti richieste di protezione giuridica non vengono ascoltate e sono lasciate cadere in una narrativa che galleggia tra l'aperta opposizione e l'ignavia generale. Le unioni civili - che al tempo della loro introduzione furono comunque avversate - sono oggi considerate come un punto di arrivo e non come una tappa evolutiva del progressivo riconoscimento di una compagine della società. La malcelata frustrazione per l'introduzione della fattispecie giuridica e la non monetizzabilità del diritto alla base fanno sì da rendere qualsiasi proposta di riforma della materia come qualcosa di inutile e addirittura dannoso per la società³⁴. In questo orizzonte, nonostante una distinta richiesta di protezione e un quadro giuridico chiaro, il progetto per riformare l'ordinamento civile e introdurre il c.d. "matrimonio egualitario" (che quindi porterebbe ad eguali diritti e doveri dei coniugi come nel matrimonio eterosessuale), non può che rimanere nell'immaginario collettivo. Dopotutto, una normativa in questo senso non porterebbe giovamento che ad una limitata fascia della popolazione, prospettiva che mal si sposa con il sistema performativo, il quale punta (come valeva nella ragione economica) alla massimizzazione dell'utilità, e quindi al raggiungimento della più vasta platea di cittadini coinvolti dall'intervento legislativo.

³² Tra i vari: A.M. LECIS COCCO ORTU, *"La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio."* in *Forum di Quaderni costituzionali rassegna* n.3, 2013; F. FASOLI, M.P. PALADINO e S. SULPIZIO, *"Conosco persone omosessuali. Una ricerca esplorativa degli effetti del contatto sull'omofobia e sostegno ai diritti LGBT in Italia."* in *Psicologia sociale* n.11.3, 263–286; A. SPERTI, *"Dignità e tutela del pluralismo nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali. Una riflessione muovendo dalle sentenze sul matrimonio egualitario."* in *Rivista di filosofia del diritto*, n.1, 2019, pp.51–66.

³³ GC, n° 19010/07, 19 febbraio 2013.

³⁴ Senza voler ripercorrere le numerose voci che in questi ultimi anni in Italia si sono espresse sul tema, si prenda come esempio emblematico di questa realtà l'improvvisato dibattito tra un attivista della comunità LGBT e l'allora candidata al Parlamento italiano Giorgia Meloni: *"Meloni contestata sul palco da attivista Lgbtq+. Lei: "Hai già le unioni civili". Lui replica: "Tutti hanno il diritto di costruirsi una famiglia"*, in *La Repubblica* 3 settembre 2022, https://www.repubblica.it/politica/2022/09/03/news/meloni_cagliari_contestata_attivista_lgbt-364067934/ (ultima consultazione 28/12/2024).

3.2. La vicenda del “doppio cognome”

Carla Bassu nel suo volume in materia di identità anagrafica³⁵ muove da una testimonianza: la sua personale esperienza per l'attribuzione del doppio cognome (sia paterno che materno) alla propria figlia, un percorso accidentato e colmo di perplessità in un sistema che riflette dinamiche di cui ci si tende a dimenticare. Nel suo studio, anni prima che questa storia iniziasse, le era capitato di imbattersi in ricerche sul tema, trovando un terreno particolarmente fertile in un'ottica di cambiamento.

Non concentrandosi sulla disciplina legislativa italiana, ancora alquanto antiquata, il panorama europeo aveva risposto in maniera molto forte alle richieste di equa tutela giuridica da parte delle coppie che volessero un cambio di paradigma rispetto all'applicazione diretta del patronimico. A questo riguardo, infatti, figurano due importantissime pronunce giurisprudenziali, una della Corte di giustizia dell'Unione Europea³⁶ e una della Corte EDU³⁷, le quali hanno avuto il merito di scalfire il muro della tradizione per il quale il cognome dei discendenti diretti debba derivare automaticamente dal ramo maschile della famiglia.

Questi due precedenti, come accennato tra le righe, si andavano a contrapporre a un quadro italiano restio a mutazioni di sistema. Alle voci controcorrente³⁸ che già in tempi più o meno lontani si erano adoperate per portare avanti una battaglia che si potrebbe considerare a prima vista simbolica (ma che invece nasconde molta sostanza), corrispondeva un profilo che rispecchiava un meccanismo misto, un'unione di patriarcato e di celato performativismo. Le radici patriarcali, per cui i figli delle donne diventano automaticamente degli uomini attraverso l'apposizione del cognome, proteggono in due sensi lo status quo in maniera efficiente: da una parte - direttamente - si sottolinea la prevalenza dell'uomo attraverso l'uso sistematico del patronimico nei confronti della discendenza, dall'altra - indirettamente - si instilla l'idea per cui la donna non avrebbe che un ruolo meramente fisico nel processo di dare la vita ad un altro essere, in quanto il suo nome non rimane in alcun modo evidenziato e, anzi, viene totalmente oscurato da quello del maschio. Affinché questo metodo possa rimanere immutato - e qui viene lo slancio performativo - vi è lo scudo della tradizione, considerata intangibile e maggiormente meritevole di protezione rispetto alle richieste di cambiamento.

³⁵ C. BASSU, *Il diritto alla identità anagrafica: il cognome materno tra personalità individuale e principio di eguaglianza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

³⁶ CGUE, *Garcia Avello*, C-148/02.

³⁷ Corte EDU, *Cusan e Fazzo c. Italia*, ricorso 7/07, sentenza del 7 gennaio 2014.

³⁸ Poco dopo l'Unità d'Italia, il deputato socialista Salvatore Morelli si batté a lungo per la questione del cognome femminile e per l'emancipazione delle donne nel Regno d'Italia. Cento anni dopo, in un clima di crescente fermento femminista, la giornalista Iole Natoli, a seguito di un suo contributo stampato, promosse anche una causa dinanzi al Tribunale di Palermo per superare un regio decreto di epoca fascista in cui si riconosceva il principio secolare della trasmissione del cognome paterno. Cfr. M.G COLOMBARI, *Salvatore Morelli, il deputato delle donne*, Robin, Torino, 2017; I. NATOLI, *La soppressione della donna nella struttura familiare*, in *Il foglio d'arte*, 6/1979.

Questo stato di fatto si riverbera dal punto di vista normativo: nell'ordinamento italiano, per assurdo, non esiste alcuna norma che in maniera esplicita preveda l'uso automatico del cognome della componente maschile della coppia. Tuttavia, il principio viene fatto discendere da una lettura combinata tra articoli del Codice civile e della normativa sullo stato civile³⁹. D'altra parte, sono presenti importanti norme di principio che dovrebbero contrappesare e annullare questo privilegio: si pensi molto semplicemente ai grandi passi in avanti fatti sulla normativa del diritto di famiglia (già a partire dalla l. 9 maggio 1975 n. 151, con la quale è stato eliminato l'istituto della patria potestà) oppure al principio egualitario generale sancito dall'art. 3 Cost.

Complice la mancanza di limiti insormontabili e in presenza di forti prese di posizione - non ultima anche la Corte costituzionale, la quale nel 2022, dopo un cammino iniziato nel 2016, ha posto fine all'inerzia legislativa, eliminando definitivamente l'automatismo dell'attribuzione del solo cognome paterno e introducendo un meccanismo tale da permettere al figlio di assumere i cognomi di entrambi i genitori nell'ordine da loro concordato, salvo diverso accordo per l'attribuzione del cognome di uno solo di essi⁴⁰ -, nonché la presenza nel nostro ordinamento del principio di uguaglianza tra coniugi, cosa manca all'equazione per funzionare? La risposta risiede, a parere di chi scrive - e non solo⁴¹ - nel costante riverbero del concetto performativo-utilitaristico, il quale, non da ultimo, viene addirittura esplicitato da alcuni articoli di quotidiani italiani⁴². Il "benaltrismo"⁴³, come lo definisce Bassu, ha trovato terreno fertile in un contesto sociale sempre più abituato all'ideologia populista, secondo la quale la questione del doppio cognome non sarebbe che un affare "per pochi", appartenente ad un'élite scollegata dai problemi reali del Paese, di cui invece dovrebbe occuparsi il potere politico-popolare. In definitiva, anche qui l'utile, che finisce per sostanzarsi nel mantenimento della tradizione e dalla perpetuazione della dinamica patriarcale, si manifesta in modo che il diritto costituzionale all'identità anagrafica venga ad affievolirsi, rendendo piena dimostrazione di un ulteriore aspetto della realtà in discussione: ossia della costante correlazione tra interesse e privilegio.

³⁹ Si fa riferimento agli artt. 262 e 299 c.c., per i quali si stabilisce che in caso di riconoscimento contestuale da parte dei genitori o di adozione di maggiorenne il figlio acquisisca il cognome del padre, nonché all'art.34 DPR 396/2000, secondo il quale non è possibile apporre lo stesso nome del padre al figlio per evitare ipotesi di omonimia (in quanto si presume che il cognome del discendente sia lo stesso del padre).

⁴⁰ Corte cost., sentenza 8 novembre 2016 n. 286; Corte cost., ordinanza 14 gennaio 2021 n.18; Corte cost., sentenza 27 aprile 2022 n.131.

⁴¹ Bassu più volte ricorda nella trattazione come nella sua esperienza le sia stata contestata l'inutilità della richiesta e della battaglia per cui si muoveva. Cfr. C. BASSU, *Il diritto alla identità anagrafica*, op.cit., *passim*.

⁴² F. DEL VECCHIO, *Il flop del doppio cognome, nonostante la recente sentenza della Consulta, all'anagrafe poche coppie scelgono la "parità"*, in *La Stampa*, 12 ottobre 2022.

⁴³ C. BASSU, *Il diritto alla identità anagrafica*, op.cit., p.20. In un certo senso il c.d. "benaltrismo", termine informale legato a pratiche di sminuimento di determinate istanze a favore di altre, rappresenta uno degli effetti del performativismo più diffusi nel tessuto sociale, vista anche la facilità retorica legata all'uso di tale mezzo.

3.3. Il diritto di voto “fuori sede”

Infine, si vuole dedicare spazio ad una questione piuttosto rilevante che, negli ultimi anni, ha acquisito una grande forza mediatica, ossia la richiesta di aprire il nostro ordinamento al voto a distanza.

Serve una premessa: volendo essere precisi, il voto c.d. “fuori sede” esiste già, ed è ammesso da più di quaranta anni per le elezioni del Parlamento europeo (legge 24 gennaio 1979 n. 18 e Decreto-legge del 24 giugno 1994 n. 408 convertito in legge 3 agosto 1994, n. 483) e da poco più di venti anni per le elezioni politiche e i referendum (legge 27 dicembre 2001, n. 459). Come però ben si sa, la normativa a cui si è fatto riferimento poc’anzi riguarda esclusivamente i cittadini italiani che risiedano o che siano per altra causa (motivi di lavoro, studio o cure mediche) per periodi rilevanti (almeno tre mesi) all’estero. Questo sistema permette senz’altro di allargare il diritto di voto a tutte quelle fasce di popolazione che, nonostante il distacco fisico, mantengono un importante legame con la madrepatria; tuttavia, come si vedrà, lo stesso assetto virtuoso rivela un’inspiegabile aporia del nostro sistema giuridico. Difatti, sono esclusi dal voto a distanza tutti i cittadini che per studio o per lavoro vivono in una località del territorio italiano diversa da quella dichiarata di residenza.

Dinanzi a questa lacuna ordinamentale, soprattutto negli ultimi anni, si sono moltiplicate le campagne di sensibilizzazione - in particolare da parte di studenti universitari - mirate alla riforma delle norme in materia elettorale. L’attenzione degli attivisti si è posata su due criticità: in primis è stato sottolineato come rappresenti una vera e propria ingiustizia la sussistenza del voto all’estero a dispetto di quello per i cittadini fuori sede e, in particolare, come questa realtà dia forma ad una lesione del combinato disposto degli artt. 3 e 48 Cost., la cui conseguenza più elementare sarebbe una disparità nell’esercizio del diritto di voto. In seconda battuta, pur considerando le caratteristiche del voto descritte dalla nostra Costituzione⁴⁴, si è evidenziato come, tra gli stati europei, solamente l’Italia - in compagnia di Malta e Cipro - non riconosca la possibilità né di votare per corrispondenza (come avviene in Spagna⁴⁵), né attraverso la predisposizione di seggi speciali o in maniera elettronica (come per la Danimarca, l’Estonia o il Portogallo⁴⁶).

Come per gli altri casi precedentemente affrontati, anche questo ambito mostra un aspetto puramente performativo. Senza dubbio, l’esigua - si fa per dire⁴⁷ - quantità di elettori coinvolti da una modifica della

⁴⁴ Ai sensi dell’art. 48 comma 1 Cost. il voto deve essere «personale ed eguale, libero e segreto». Per questo motivo devono essere scartate ipotesi come quella del voto per delega presente nell’ordinamento francese.

⁴⁵ Alle elezioni generali del 2019 1.362.500 elettori hanno votato per posta. Per i dati elettorali v. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t44/p09/a2019/10/&file=0107.px#!tabs-tabla> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁴⁶ L’analisi del fenomeno è compiutamente esplicitata in uno studio di settore di uno dei comitati per il voto fuorisede; <https://www.thegoodlobby.it/wp-content/uploads/2021/08/Fuori-Sede-al-voto.pdf>.

⁴⁷ E. BRUNO, “*Elezione europea, prime prove di voto ai fuori sede*”, in *Il Sole 24 Ore*, 19 febbraio 2024, <https://www.ilsole24ore.com/art/elezione-europee-prime-prove-voto-fuori-sede-AFb1bZiC>, (ultima consultazione 4/03/2024).

normativa elettorale ha sempre costituito uno dei motivi per cui non si è mai intervenuti sul problema. A ciò va aggiunta la constatazione per la quale il voto in questione riguarderebbe maggiormente i giovani elettori, i quali non sono considerati un elettorato particolarmente appetibile, sia per condizioni economiche che politiche⁴⁸.

Ad ogni buon conto, in occasione delle elezioni europee 2024, però, si è aperto il primo spiraglio per una revisione del sistema; il governo ha proposto di allargare in via sperimentale il voto fuori sede agli studenti universitari. Il modello prescelto sarebbe quello del “seggio speciale”, che permetterebbe ai giovani di votare presso un seggio apposito nel capoluogo della Regione in cui questi studiano. Nell’ottica di questo tentativo va fatta chiarezza: l’intervento legislativo⁴⁹, oltre a rappresentare al momento un *unicum* - si riferisce, infatti, alle sole elezioni europee - dimentica la maggior parte di coloro che si potrebbero giovare di un rafforzamento dell’effettività del diritto di voto, ossia i cittadini che lavorano in un luogo diverso dalla loro residenza⁵⁰. Questo assetto di fattori rivela, di conseguenza, un’ennesima discriminazione in capo ad una parte del corpo elettorale italiano.

D’altro canto, analizzando i dati delle ultime elezioni politiche italiane⁵¹, si osserva come l’attuale Governo avesse tutto l’interesse ad attrarre la fascia di elettorato più giovane (cioè quella che maggiormente è investita dal fenomeno dello studio fuori sede). A questo riguardo, nel 2022, nonostante il risultato complessivo ottenuto dalla coalizione vincitrice, solo il 25% dei giovanissimi (18-25 anni) ha votato per le forze che compongono l’attuale esecutivo⁵². Dunque, non risulterà assurdo pensare che, anche in questo caso, la protezione dei diritti costituzionalmente riconosciuti si possa porre in una cornice di utilità e di performance piuttosto che di concreta volontà politica di garanzia del diritto.

In ogni caso, anche per via dei risultati esigui ottenuti⁵³ dalle forze di maggioranza nella c.d. “circoscrizione per fuori sede”, solo il futuro saprà dirci se questo impegno politico troverà il giusto terreno per mettere radici nel nostro ordinamento superando la dimensione utilitarista-performativa.

⁴⁸ A riguardo, va segnalata la ricerca del quotidiano Il Sole 24 Ore in occasione delle elezioni politiche italiane del 2022 sui giovani elettori. Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/i-giovani-voto-lavoro-e-ambiente-cima-priorita-ma-9-10-non-credono-politica-AEjFpHxB> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁴⁹ Decreto-legge 29 gennaio 2024, n. 7 convertito in legge il 21/3/2024.

⁵⁰ Si riporta su questo tema uno studio ISTAT sulla popolazione insistente sul territorio per studio e lavoro. <https://www.istat.it/it/files//2020/03/Popolazione-insistente.pdf> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁵¹ Ci si attesta su più del 43% dei votanti; cfr. dati del Ministero dell’Interno consultabili online presso <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=S&dtel=25/09/2022>.

⁵² Su questo i dati IPSOS relativi al voto della c.d. “Gen Z”: <https://www.ipsos.com/it-it/millennials-generazione-z-rapporto-giovani-politica-italia> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁵³ Si rende necessario specificare come, in occasione della tornata elettorale europea, la quantità di voti raccolta dai partiti afferenti alla maggioranza parlamentare italiana sia stata particolarmente esigua. In ogni caso va notato come le elezioni europee siano un voto *sui generis*, il quale deve essere sempre contestualizzato con la lontananza dell’organo votato e il basso tasso di affluenza. Per i dati elettorali degli studenti fuori sede cfr. Eligendo, *Risultati elezioni europee (Fuori sede)*; <https://elezioni.interno.gov.it/europee/scrutini/20240609/scrutiniEF>.

4. Populismo penale e concetto performativo: gli esempi di Argentina ed El Salvador

Dopo aver analizzato il quadro italiano, si rende interessante aprire la prospettiva a contesti diversi da quello di partenza. A questo proposito, il concetto performativo può essere declinato in varie maniere e può essere studiato anche nella sua variante maggiormente patologica. Nel momento in cui si intende trattare del performativismo estremizzato, lo sguardo deve andarsi a posare su Stati che versino in condizioni socio-economiche di particolare svantaggio, che possibilmente abbiano abbracciato un approccio populista della politica e che si trovino nel mezzo di una qualche specifica emergenza.

In ragione di quanto premesso, si sceglie di dedicare un breve approfondimento a due realtà *sui generis* che soffrono di una totale spettacolarizzazione della politica e dell'azione legislativa⁵⁴: il riferimento va all'Argentina dell'attuale presidente Javier Milei e al nuovo El Salvador frutto del governo di Nayib Bukele.

Volendo iniziare la disamina dal più noto dei due, è innegabile come il neo-inquilino della *Casa Rosada* si caratterizzi per un approccio alla politica che si potrebbe definire “di impatto”. Infatti, questo, sin dal periodo della campagna elettorale, non si è fatto alcuna remora a brandire motoseghe in pubblico oppure annunciare tagli alla spesa pubblica mai visti prima sfruttando una retorica particolarmente aggressiva⁵⁵.

A differenza di quanto si poteva immaginare, a seguito della vittoria alle elezioni presidenziali dell'autunno 2023, il programma politico e legislativo dell'ex economista non si è in alcun modo ridimensionato, anzi. Sin dai primi giorni dopo l'insediamento istituzionale, Milei ha contraddistinto la sua azione per l'approvazione veloce (utilizzando spesso e volentieri dei Decreti d'urgenza⁵⁶) di atti legislativi dal contenuto decisamente ampio⁵⁷, giustificandosi per mezzo delle estreme necessità del Paese, il quale, al

⁵⁴ Nelle casistiche che qui menzioneremo la performance e la ricerca dell'utilità si mischia ad una dimensione letteralmente performativa della politica. Così, l'utile, in questo caso, si viene a mischiare con azioni clamorose e di grande risalto mediatico.

⁵⁵ Senza la volontà di essere esaustivi, in questa sede potrebbe bastare ricordare la sua fissazione consistente nel portare una motosega ai comizi per aizzare la folla, oppure i montaggi video e foto sulla falsa riga di film di Hollywood (come, ad esempio, *Terminator*) fino alla strampalata vicenda legata ai suoi più “fidati consiglieri”, ossia i suoi cani (uno dei quali anche fatto clonare su volontà dello stesso Presidente). Un rapido identikit di Milei lo si trova in M. MOENCH, *Javier Milei Is the Frontrunner in Argentina's Presidential Race. Here's What to Know*, in *Time*, 22 ottobre 2023, pp.5-6.

⁵⁶ Nella Costituzione argentina il Presidente della Repubblica non detiene la prerogativa legislativa, che invece spetta al Parlamento. Ad ogni buon conto l'art.99 comma 3 della Carta fondamentale argentina afferma che «Il Potere Esecutivo non potrà in nessun caso, pena la nullità assoluta e insanabile, emettere disposizioni di carattere legislativo. Solamente qualora circostanze eccezionali rendano impossibile seguire l'iter ordinario previsto da codesta Costituzione per l'approvazione delle leggi e sempre che non si tratti di norme che regolamentino questioni in materia penale, tributaria, elettorale o il regime dei partiti politici, potrà dettare decreti per motivi di necessità e urgenza, i quali verranno decisi con l'accordo generale dei ministri che dovranno controfirmarli, unitamente al capo del gabinetto dei ministri». L'uso scriteriato di questa fonte in Argentina rappresenta un ritorno al passato, dato che, durante le dittature militari susseguitesesi tra anni Settanta e primi anni Ottanta dello scorso secolo, era normale che l'Esecutivo adoperasse modifiche sull'ordinamento in questo modo.

⁵⁷ La *Ley Omnibus* del dicembre 2023, che poi è stata ritoccata nei primi mesi del 2024, comprendeva modifiche al sistema pensionistico e fiscale, al sistema di gestione delle imprese con partecipazioni statali, prevedeva un nuovo sistema elettorale, allargava il concetto di “legittima difesa” ed arrivava ad inserire una tassa extra per gli studenti universitari stranieri. I.P. SARMENTI, *Javier Milei insiste con la Ley Omnibus, pero reducida y dividida en dos proyectos*, in *CNN Online* 19

momento delle elezioni presidenziali, veleggiava verso l'ennesimo *default* di questo secolo⁵⁸. Tuttavia, oltre ai metodi sbrigativi, vi sono anche altri motivi per cui la nuova dirigenza del Paese *albiceleste* ingenera preoccupazioni. In particolare, si fa riferimento alle proposte legislative in relazione alle tematiche afferenti ai diritti civili e alla sicurezza. Oltre alle posizioni antiabortiste più volte esplicitate dal nuovo Capo del governo⁵⁹ (nonostante l'apparente fede libertaria) e alla minima attenzione sulle altre questioni femministe e intersezionali⁶⁰, vanno segnalate le tendenze estreme alla repressione del crimine⁶¹, il quale rappresenta sempre di più un tema caldo in un Paese segnato da povertà e difficili condizioni di vita. A questo riguardo il pensiero non può che cadere sulla proposta di abbassare l'età dell'imputabilità da 16 a 13 anni⁶², che rappresenta una tipica risposta *shock* di una certa politica populista, che però non va a risolvere le criticità alla base del fenomeno della *baby delinquenza*⁶³. Tale scelta legislativa rispecchia un modo di agire che tende esclusivamente alla spettacolarizzazione e alla glorificazione della “performance governativa” votata alla risoluzione delle criticità sociali attraverso azioni legislative forti di tipo repressivo che suscitano l'approvazione del popolo in generale.

Il tema della sicurezza rappresenta il filo conduttore che permette di unire alla disamina fatta finora la vicenda della repubblica di El Salvador. È fatto notorio che il Paese suddetto soffra di enormi problemi

marzo 2024, <https://cnnespanol.cnn.com/2024/03/19/javier-milei-insiste-ley-omnibus-reducida-dividida-orix/> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁵⁸ Com'è noto, l'Argentina soffre di problemi economici sistemici causati da una scarsa gestione delle risorse e da un parziale controllo esterno di esse (si pensi soprattutto a come buona parte delle risorse naturali siano in mano a multinazionali non argentine); cfr. J.P. CELEMIN, G.Á. VELASQUEZ, *Inequities and Quality of Life in Argentina: Geography and Quality of Life in Argentina*, Springer, Cham, 2022. *Ad latere* di ciò, si devono aggiungere i bilanci disastrosi a cui è sottoposta da decenni la stessa Repubblica argentina, i quali hanno portato, con le parole dell'Economist, ad una vera “terapia dello shock” da parte del presidente Milei; THE ECONOMIST, *The whirl of the chainsaw*. Javier Milei implements shock therapy in Argentina, in *The Economist* n.3, 12/2023, p.26.

⁵⁹ H. BARBER, *The stigma has returned: abortion access in turmoil in Javier Milei's Argentina*, in *The Guardian* 18 marzo 2024; L. TAYLOR, *Argentina: Public Health Budget and Abortion Access at Risk after Milei Elected President*, in *British Medical Journal*, n.383, 2023, p.2771.

⁶⁰ L. PEKER, *Women's rights are disappearing in Argentina. Don't be complacent – yours could be next to go*, in *The Guardian* 23 gennaio 2024, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/23/women-rights-argentina-javier-milei-anti-feminist> (ultima consultazione 29/12/2024).

⁶¹ Il populismo legislativo, strettamente legato al concetto di performance politica populista, trova terreno fertile nel contesto della legislazione penale, in quanto risponde a due principi cardine della comunicazione politica: la facilità di divulgazione dell'azione governativa e la spettacolarità della risposta statale nei confronti della criminalità. A riguardo si vedano: M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 2014; S. ANASTASIA, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, in *Ragion Pratica*, 1, 2019, pp.191-209.

⁶² ANSA, *Governo Milei propone carcere a partire dai 13 anni*, https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/americalatina/2024/06/28/governo-milei-propone-carcere-a-partire-dai-13-anni_26aa65eb-aa44-46be-9d26-80bc5f32498f.html (ultima consultazione 29/12/2024).

⁶³ Basterebbe pensare all'esistenza dei c.d. *barrios* all'interno delle più grandi città argentine, che si caratterizzano per condizioni estreme di disagio sociale ed economico. F. M. CURA, *De Militar Los Barrios a Militar El Estado. Etnografía Sobre Modalidades de Acción Política, Formación de Militancias y Compromiso Político Juvenil En Argentina*, in *Antípoda: revista de antropología y arqueología*, n. 20, 2014, pp.49–71; P. F. DI LEO, A. C.CAMAROTTI, “*Relatos Biográficos y Procesos de Individuación Juveniles En Barrios Marginalizados de Argentina*.”, in *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud* 15.2 (2017), pp.1021–1034; M.L.GROOS, I. E. CARBALLO, “*Inclusión financiera y déficit habitacional en barrios populares de Argentina*.”, in *Ciclos en la historia, la economía y la sociedad*, n. 56, 2021, pp. 79–120.

di criminalità, in particolare dovuti alle attività di narcotrafficienti e di trafficanti di esseri umani nell'area centroamericana verso il Messico e gli Stati Uniti⁶⁴. A questo va aggiunto come, nel passato, lo Stato salvadoregno non abbia mai goduto di una particolare tranquillità dal punto di vista politico, intervallando brevi periodi di pace a *golpes* militari e guerre civili.

Il contesto appena descritto fa sì che vi possa essere un terreno particolarmente fertile per dinamiche populiste basate sulla presenza di un “uomo forte” capace di portare - in astratto - uno stato di calma all'interno del tessuto sociale. Proprio su tale premessa di fatto si è mossa l'azione di Bukele, il quale, negli ultimi anni, ha provato a rendere la sua presidenza una “dittatura *cool*”⁶⁵. Alla dura repressione del dissenso e della criminalità⁶⁶ - risultati raggiunti con metodi che poco o nulla hanno a che fare con i principi dello stato di diritto -, il Presidente ha legato un'immagine di freschezza e rinnovamento che trova la sua perfetta rappresentazione nel suo uso “scientifico”⁶⁷ dei social network e - probabilmente la trovata di maggior rilievo - nell'adozione come moneta corrente del Bitcoin⁶⁸. In questo orizzonte, così come in quello argentino, il performativismo si è mosso su una semplice equazione: per ovviare ai problemi, non è necessario rispettare i diritti di tutti, ma concentrarsi sulla risoluzione immediata delle criticità, a prescindere dai mezzi utilizzati e dalle conseguenze negative derivanti dagli interventi statali. In definitiva, trionfano la semplicità e gli interessi (presunti) della massa, a scapito della complessità e delle esigenze delle minoranze, di cui uno Stato democratico dovrebbe comunque farsi carico, se non addirittura prioritariamente.

⁶⁴ A questo riguardo ci si sente di consigliare due letture di tenore e stile diverso. La prima più di carattere descrittivo e di taglio politico-giuridico, mentre la seconda più afferente alla branca degli studi sociologici. Entrambe non si limitano a descrivere la Repubblica di El Salvador ma, piuttosto, fotografano la situazione di fatto presente nei Paesi dell'America centrale. V. J.M. CRUZ, *Criminal Violence and Democratization in Central America: The Survival of the Violent State*, in *Latin American politics and society* Vol.53, n.4, 2011, pp.1–33; S. VALENCIA, *Capitalismo gore*, Nero, Roma, 2023.

⁶⁵ Bukele, per guadagnarsi la nomea di dittatore, ha messo in atto numerose misure liberticide, sia legislative che di “fatto”, tra le quali troviamo la dichiarazione di stato di emergenza a tempo indefinito, la minaccia di autogolpe con l'aiuto dei militari e la repressione della stampa dissidente attraverso aggressioni e intimidazioni di ogni tipo. V. anche M.NILSSON, *Nayib Bukele: Populism and Autocratization, or a Very Popular Democratically Elected President?*, in *Journal of geography, politics and society* Vol 12.2, 2022, pp.16–26; C. DESIDERI, *Nascita di una dittatura*, in *Internazionale* 10/2/2024, <https://www.internazionale.it/notizie/camilla-desideri/2024/02/10/nayib-bukele-salvador> (ultima consultazione 30/12/2024); S.MARTI PUIG, D. RODRIGUEZ SUAREZ, *Nayib Bukele, Seguridad a Cambio de Democracia*, in *Asociación Latinoamericana de Investigadores en Campañas Electorales - Más poder local*, n.56, 2024, pp.141–154.

⁶⁶ Sulla diminuzione della criminalità a El Salvador persistono molti dubbi, in particolare sulle modalità utilizzate dal Governo per eradicarla. Tra i tanti, uno dei motivi sarebbe anche quello per il quale Bukele si sarebbe aiutato attraverso il lavoro di vere e proprie bande armate criminali. Cfr. REUTERS, *El Salvador murder rate plummets; study says gangs may have informal pact with government*, <https://www.reuters.com/article/us-el-salvador-violence-idUSKBN2492DS/>.

⁶⁷ Sull'uso di X (ex-Twitter) da parte di Bukele si consiglia la lettura di J. GRASSETTI, *El Discurso Político de Nayib Bukele En Twitter*, in *Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación* n.112, 2022, pp. 205–224.

⁶⁸ Su quest'ultimo esperimento di *marketing* politico si è molto dibattuto all'interno della comunità dei commentatori economici, giuridici e politici. Quasi sempre il giudizio non è stato positivo; cfr. *ex multis*: R. PATEL, *Economic Freedom or Crypto-Colonialism? Materialities of Bitcoin Adoption in El Salvador*, in *Geoforum* n.151, 2024, <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2024.103980>; S.L. ALONSO et al, *El Salvador: An Analysis of the Monetary Integration Law and the Bitcoin Law*, in *Brazilian Journal of Political Economy* n.44.1, 2024, pp.189–209.

Da questa breve disamina socio-politica vanno tratte delle considerazioni di tenore giuridico che ci permettano di ragionare su quel fenomeno che abbiamo definito come “performativismo legislativo”. Sia nel primo che nel secondo caso ci si trova dinanzi a due repubbliche presidenziali, in cui il capo del governo, che riveste anche la carica di Capo di Stato, nella pratica⁶⁹ riveste un ruolo di indubbia rilevanza nella scelta della politica legislativa generale. Il rafforzamento di questo ruolo istituzionale, reso giustificabile dalla presenza simultanea di un humus politico confusionario e dalla presenza di uno stato emergenziale, permette di dimenticare la necessità di proteggere le fasce più disagiate e i diritti dei cittadini nel nome della risoluzione dei problemi e della sconfitta dei nemici interni ed esterni.

L’uso estremizzato di forme legislative riconducibili a decreti d’urgenza e leggi “*omnibus*” rende ancor più complesso il panorama in cui ci si muove, complici i problemi consequenziali che afferiscono anche alla basilare materia delle fonti del diritto. L’insegnamento da trarre da queste esperienze di performativismo estremo sta nel capire che in una situazione di emergenza e di confusione sociale possano nascondersi grandi problemi dal punto di vista ordinamentale, soprattutto per quanto concerne i diritti fondamentali e i principi basilari dello Stato di diritto.

5. Conclusioni

Dopo aver analizzato la teoria politica e giuridica, insieme alle esperienze precedentemente descritte, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive. Si può affermare che il cosiddetto ‘performativismo’ non sia un fenomeno sorto improvvisamente nel contesto politico-legislativo. Piuttosto, seguendo il procedimento evolutivo immaginato da Foucault, esso rappresenta uno sviluppo dell’azione governativa-legislativa, strettamente connesso a una progressiva degenerazione della realtà democratica.

Tuttavia, è necessario prestare attenzione a evitare conclusioni affrettate sul conto della democrazia. Come è noto, l’ondata populista raggiunge il suo apice nelle forme autoritarie di governo, le quali basano il proprio potere su un rapporto stretto e unilaterale con la massa popolare. Eppure, la logica della *performance* legislativa — cioè quella ricerca della massima utilità complessiva che comprende un sapiente uso del potere legislativo e del potere politico di governo⁷⁰ — va oltre la concezione del popolo come un

⁶⁹ Con questa chiosa si intende far riecheggiare le parole di Leopoldo Elia, il quale, già molti anni fa, ebbe modo di sottolineare come, nello studio delle forme di governo (con particolare riferimento alla forma presidenziale), fosse ancora necessario stabilire uno standard per quanto riguarda la separazione dei poteri. Andando nello specifico, l’Autore citato ebbe modo di affermare che, in mancanza di una separazione strutturale ben delineata, le dislocazioni dei poteri rappresenterebbero un fenomeno molto frequente. Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto Vol. XIX*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 641.

⁷⁰ F. PACINI, *op. cit.* A questo riguardo, riprendendo le teorie di Pizzorusso e Zander, l’azione legislativa viene analizzata in una prospettiva più ampia, che include anche l’iniziativa governativa nel processo di legiferazione. Questo approccio permette di collegare la legiferazione performativa con la ragione di governo di matrice economico-utilitarista, come discusso nel paragrafo dedicato a Foucault. Tale connessione emerge considerando sia il ruolo ormai consolidato del

semplice gruppo sociale informe da strumentalizzare in virtù della sua forza; si potrebbe dire, invece, che la questione sia tipicamente attinente a quei modelli democratici consolidati che riconoscono al corpo elettorale un grande potere di partecipazione alla direzione politica dello Stato. Proprio per questa vocazione sistemica alla partecipazione, la maggioranza popolare — che può legittimamente vantarsi di aver ottenuto rilevanza attraverso un regolare procedimento democratico — rischia, seppur inconsapevolmente o in maniera indotta, di cadere in una logica fallace e ingannevole. Quest'ultima può cadere nella contraddizione dello scopo fondamentale della gestione dello Stato democratico: la tutela di tutte le fasce sociali che ne fanno parte⁷¹.

Passando ora alla questione giuridica, emerge chiaramente come questa inclinazione appena descritta rappresenti un serio campanello d'allarme per la stabilità di un ordinamento democratico. La norma giuridica nasce - infatti - come strumento di protezione⁷² della convivenza civile e dell'individuo, in particolare di quello più svantaggiato. In questo contesto, la società si forma attraverso un patto sociale e giuridico, un compromesso di intenti in cui tutte le componenti umane possono trovare riconoscimento e tutela⁷³. Ritornando all'epoca contemporanea, la nostra Costituzione e i suoi principi fondamentali rappresentano una costruzione valoriale su cui ogni cittadino può e deve sentirsi sicuro, a prescindere dagli eventi storici e dalle contingenze politiche. In altri termini, il nostro diritto costituzionale realizza un *corpus* normativo che garantisce a ogni individuo la possibilità di affermare la propria dignità e la propria esistenza, sia come singolo sia come parte integrante della collettività. Ben si intuisce come lo sminuimento di alcune istanze come quelle citate dapprima — che possono essere ricondotte all'alveo dei diritti costituzionalmente garantiti⁷⁴ — e la contestuale abdicazione da parte della legislazione dal ruolo di protezione degli interessi minoritari è quindi processo molto pericoloso, in quanto giustifica la

Governo nel definire le linee guida per l'intervento legislativo, sia il mutamento della funzione dell'Esecutivo nel procedimento legislativo italiano. Questi fattori, strettamente interconnessi, contribuiscono a delineare una nuova visione dell'azione legislativa.

⁷¹ Sul tema della coesistenza delle diverse componenti sociali di uno Stato non può che riecheggiare il pensiero di Hans Kelsen, il quale nel saggio *Essenza e valore della democrazia* svolge un'accurata difesa del sistema pluralistico parlamentare. Nello specifico, per il giurista austriaco la produzione delle leggi, pur rappresentando la linea politica della maggioranza parlamentare in conformità al principio di maggioranza, dovrebbe tener conto anche delle posizioni della minoranza, per evitare di compromettere la coesione sociale. Il compromesso, pilastro della politica legislativa democratica, rappresenterebbe quella sintesi superiore tale da racchiudere il significato più profondo del principio di maggioranza nella democrazia reale. Cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁷² Da questo punto di vista, Grossi ritenne di affermare che la società, attraverso il diritto, salvi sé stessa. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp.6-7.

⁷³ Così come accade, in maniera simile, con il procedimento legislativo. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, pp.154 ss.

⁷⁴ In tal senso sia qualora ci si riferisca a diritti espressamente riconosciuti nel Testo costituzionale sia che si faccia riferimento a teorie che presuppongono l'espansione del precetto sancito all'art. 2 Cost, il quale permetterebbe di ampliare il "paniere" della protezione costituzionale nei confronti dei "nuovi diritti". In relazione al termine "paniere" il riferimento va a M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci editore, Roma, 2017, p.69.

cancellazione di fasce della popolazione e dei suoi bisogni, mascherando il carattere plurale di un Paese e, di conseguenza, favorendo anche la regressione democratico-costituzionale di questo.⁷⁵

Affinché uno Stato mantenga la propria democraticità, è bene che si proteggano le diverse anime che lo compongono, seguendo una dialettica che a sua volta rispetti il volere popolare espresso nelle urne senza però cadere in quella che in gergo viene definita “dittatura della maggioranza”. A questo riguardo, già molto tempo fa, Tocqueville, guardando ai neonati Stati Uniti d’America, ammoniva sulle possibili storture che sarebbero potute derivare da un assetto simile, affermando: «Il padrone non dice più “pensate come me o morirete”, ma dice “siete liberi di non pensare come me; la vostra vita, i vostri beni, tutto resta a voi; ma d’ora in poi sarete stranieri fra noi. Manterrete i vostri diritti civili, ma essi vi saranno inutili, perché se solleciterete il voto dei vostri concittadini, non ve lo concederanno, e se chiederete soltanto la loro stima, ve la rifiuteranno. Resterete fra gli uomini, ma perderete i vostri diritti all’umanità. Quando vi accosterete ai vostri simili, vi eviteranno come esseri impuri, e perfino coloro che credono alla vostra innocenza vi abbandoneranno per timore di essere a loro volta evitati. Andate in pace, vi lascio la vita, ma sarà una vita peggiore della morte»⁷⁶.

In conclusione, richiamando il pensiero di Foucault, il performativismo legislativo può essere interpretato come un fattore parallelo allo stato evolutivo patologico della ragione di governo economica (basata sulla ricerca dell’utilità), la quale oggi si viene a declinare in un contesto politico democratico. Serve dunque ragionare su quello che è il valore dei principi alla base del nostro sistema costituzionale e cercare di proteggere con coscienza e visione autentica quanto è stato costruito dai Costituenti ormai più di settanta anni fa, pensando a come, nell’azione di redigere la Carta fondamentale, nessun individuo sia stato posto indietro rispetto all’altro, poiché, al progresso della comunità, serve il contributo di tutte le frange della società, uguali nell’importanza e dignità del loro ruolo.

⁷⁵ Ci si riferisce al fenomeno sempre più in crescita del “*democratic backslide*”, che molto spesso non si esaurisce in un semplice rovesciamento del potere, ma semmai si sostanzia in una lenta discesa verso il precipizio. Sul tema, *ex multis*: T. GINZBURG, A. Z. HUQ, *How to save a constitutional democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2018; T. GROPPi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, pp.65-79.

⁷⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Einaudi, Torino, 2006, pp.272-273.