

Individui situati e trasformazioni del diritto

Gianfrancesco Zanetti*
Università di Modena e Reggio Emilia

1. In una lezione del suo corso di Filosofia dell'anno accademico 1979-80, Enzo Melandri riprese la distinzione fra un'*opposizione dicotomica* e un'*opposizione polare*¹. La dicotomia funziona con logica binaria, e impone un'alternativa dove *tertium non datur*, né si danno sfumature o passaggi da una delle due possibilità all'altra: *sit autem sermo vester est est non non, quod autem his abundantius est a malo est*². L'opposizione polare mette invece in opposizione due estremi che ammettono sfumature intermedie di passaggio.

La scienza ottocentesca, e della prima metà del Novecento, sentì fortemente il fascino della distinzione dicotomica, che cristallizza in tipologie senza residuo la realtà complessa. I corpi astrali sono stelle, pianeti o asteroidi. La terra è un pianeta, e ivi i tre regni naturali sono animale, vegetale, minerale; solo nei primi due si può parlare di vita. Gli esseri viventi erano già stati classificati dal sistema di Linneo³, che individua come elemento distintivo un aspetto rilevante della morfologia, ma si fecero allora tipologie chiare e distinte anche su basi del tutto ideologiche: come attesta il mito positivistico delle razze umane⁴.

La scienza giuridica non fece eccezione. Nella teoria del diritto, il giuspositivismo teorico ottocentesco costruì la sua classica dottrina della validità per cui una norma o è valida o non lo è⁵.

Il diritto stesso, del resto, in alcuni settori cruciali dell'ordinamento prediligeva in modo chiaro discipline e fattispecie create su moduli che implicavano una, o più, opposizioni dicotomiche. La capacità giuridica veniva

¹ Quella lezione di Enzo Melandri riprendeva idee espresse anche da Maurizio Matteuzzi, in *La forma della teoria*, Brescia, Morcelliana, 1981. Di Enzo Melandri vorrei ricordare *La linea e il circolo. Saggio sull'analogia*, Bologna, Il Mulino, 1968. Esiste ora una seconda edizione con un saggio di G. Agamben: Macerata, Quodlibet, 2004.

² Mt 5, 37.

³ Il *Systema naturae per regna tria naturae, secundum classes, ordines, genera, species, cum characteribus, differentiis, synonymis, locis* (*Sistema della natura attraverso i tre regni della natura ...*) è del 1735.

⁴ Sull'argomento, e per una bibliografia minima, mi permetto di rimandare a Gf. Zanetti, *La retorica della razza*. "Filosofia politica", 3, 2003, pp. 437-46.

⁵ O è valida o non è, perchè "to speak of 'invalid law' is nonsense", come si espresse il compianto Aleksander Pekzenik (*The Concept 'Valid Law'*, "Scandinavian Studies in Law", 1972, 16, pp. 211-51, cfr. p. 214; ho trovato questa citazione in: Amedeo G. Conte, *Validità*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, XX, 1975, pp. 418-25, ora in *Filosofia del Linguaggio Normativo*, I, Torino, Giappichelli, 1989, p. 140). Le cose, com'è noto, vanno in modo diverso per l'efficacia di una norma, o l'effettività di un sistema: Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 63.

fondamentalmente concepita in termini dicotomici: o si è capaci, o non lo si è. Lo stato civile era fondamentalmente concepito in termini dicotomici: o si è coniugati o non lo si è. Negli Stati Uniti si sarebbe dovuto aggiungere: o si è bianchi o si è neri, per via della *one drop law*⁶. Nel diritto civile, o si è proprietari di un bene o non lo si è, tutto o niente. Nel diritto penale, colpa è *aliud*, non *minus*, rispetto al dolo. E così via⁷.

2. La dicotomia impone chiarezza, mentre l'opposizione polare sembra meno affidabile, perché sembra incorporare una *penumbra* hartiana nella sua stessa struttura.

Il diritto, inoltre, agisce tipicamente trasformando possibili opposizioni polari in opposizioni dicotomiche: il transito dalla vita alla morte è graduale, ma per procedere a un espianto a cuore battente ho bisogno di avere la certezza normativa che il paziente sia clinicamente morto, ossia che determinati fatti rilevanti siano durati per un lasso di tempo stabilito dalla legge⁸. Jeremy Waldron distingue fra proprietà *scalar* e proprietà di *range*: non ha importanza se si abita a Jersey City, a Trenton, o quasi al confine con lo stato di New York; se si abita entro i confini dello Stato del New Jersey si pagheranno le tasse secondo la legge del New Jersey⁹.

Nella scienza del Novecento successiva al secondo conflitto mondiale, tuttavia, compaiono talora opposizioni di tipo polare esplicitamente contrapposte alle tradizionali dicotomie.

Blurring the line: rendere una distinzione meno secca, negando l'esaustiva appropriatezza dell'opposizione binaria, significa anche recepire, e rispettare, una complessità. La distinzione fra pianeti e asteroidi non è più così chiara e distinta se la comunità degli astronomi ha deliberato sullo status di Plutone per votazione (e come risultato il pianeta è stato declassato)¹⁰. Pagine famose del premio Nobel

⁶ Cfr. ad esempio Neil Gotanda, "La nostra costituzione è cieca rispetto al colore": una critica, in Kendall Thomas, Gianfrancesco Zanetti, Legge, razza, diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti, Reggio Emilia, Diabasis, 2005, pp. 27-69.

⁷ Un testo fondamentalmente in sintonia con le tesi di sfondo di questo contributo è: Vittorio Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999 (analisi e diritto).

⁸ La l. 2 dicembre 1975, n. 644 (disciplina dei prelievi da cadavere a fine di trapianto terapeutico) costituisce già un ottimo esempio in questo senso.

⁹ Jeremy Waldron, *God, Locke, and Equality. Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge, UK, University Press, 2002, p. 77.

¹⁰ Nell'agosto del 2006, duemilacinquecento astronomi di settantacinque paesi hanno ridotto il numero dei pianeti del sistema solare a otto. I corpi celesti, per poter essere pianeti in senso proprio, devono orbitare intorno al sole, avere sufficiente massa per generare una gravità indipendente e assumere quindi una forma più o meno sferica, e avere uno spazio indipendente per la propria orbita. Plutone non ha passato il test, perché la sua orbita si sovrappone a quella di Nettuno. È diventato, quindi, un *dwarf planet*, una categoria secondaria di pianeti, creata dalla IAU, l'Unione Internazionale degli Astronomi (tutti gli altri oggetti che orbitano intorno al sole vengono collocati

Jacques Monod mostrarono come sia più difficile di quanto non sembri distinguere vita da non vita: i cristalli sembrano possedere le caratteristiche degli esseri viventi¹¹. Alcuni microrganismi sfidano la distinzione dei tre regni; il criterio della divergenza genetica (che funziona per opposizione polare) elaborato da Cavalli-Sforza rende poi le distinzioni razziali completamente insostenibili come tipologie dicotomiche¹². Non è neanche il caso di soffermarsi sulle scienze dell'uomo, a partire dall'indebolimento dell'opposizione fisiologia-patologia in alcuni settori della psicologia clinica (e certo non solo ad opera dell'antipsichiatria¹³).

A mio avviso, quello che risulta interessante è che il fenomeno di *blurring the line* si manifesta anche nel diritto (e nella dottrina). Fattori tesi a indebolire la rigidità binaria di alcune classiche dicotomie giuridiche erano già presenti negli ordinamenti in forma seminale¹⁴: la dottrina degli *intervalla insaniae* (quelli nei quali Lucrezio scrisse il *De Rerum*) problematizzava la distinzione oppositiva fra giuridicamente capace e incapace. Ma l'attuale legislazione normativa, che prevede la nuova figura dell'amministratore di sostegno, sembra collocarsi in una prospettiva diversa: più inclusiva, e meno radicalmente affidata alla logica esclusiva (ed escludente) dell'opposizione binaria dicotomica¹⁵.

Riflessioni specifiche hanno investito il diritto di proprietà, ed è stato messo in rilievo come, a partire dalla legislazione di guerra, esso in alcuni casi subisca una serie di qualificazioni: dall'obbligo di ammasso ai vincoli sul patrimonio artistico di interesse nazionale. Il diritto di proprietà sembra poter essere concepito a intensità variabile¹⁶.

Il diritto (benché non ancora il diritto civile di origine legislativa) riconosce talora la rilevanza della coppia di fatto; ad esempio, già oggi il convivente non ha l'obbligo di deposizione in tribunale in un processo penale¹⁷.

in una categoria residuale).

¹¹ Jacques Monod, *Il caso e la necessità. Saggio sulla filosofia naturale della biologia contemporanea*, Milano, Mondadori, 1971, pp. 12, 16; ed. or. *Le Hasard et la Nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Paris, Seuil, 1970. Le tre caratteristiche della vita, per Monod, erano la teleonomia, la morfogenesi autonoma e l'invarianza riproduttiva.

¹² Cfr. almeno Luigi Luca Cavalli-Sforza, *Geni, popoli e lingue*, Milano, Adelphi, 1996.

¹³ Cfr. R. D. Laing, *La politica dell'esperienza e l'uccello del paradiso*, Milano, Feltrinelli, 1968; ed. or. *The Politics of Experience & The Bird of Paradise*, Harmondsworth, Penguin, 1967.

¹⁴ Giuseppe Zaccaria mi fa notare che non certo da oggi e non solo in forma seminale vi sono state nel diritto importanti zone di eccezione e di marcata "penombra" rispetto alla logica dicotomica.

¹⁵ L. 9 gennaio 2004, n. 6.

¹⁶ Sull'argomento mi piace ricordare almeno: Paolo Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

¹⁷ L'art. 199 c.p.p. del 1988 riconosce al convivente (dell'imputato) la facoltà di astenersi dal prestare testimonianza anche se solo per i fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza. Cfr. anche gli artt. 362 e 351 c.p.p.

La riflessione di Massimo Donini ha messo bene in evidenza l'indebolimento del primato dell'opposizione dicotomica nel diritto penale¹⁸, ad esempio elaborando una nozione della "colpa come un *minus* e non come un *aliud* rispetto al dolo"¹⁹. Maria Rosaria Ferrarese ha messo in rilievo come il diritto transnazionale e il diritto sovranazionale "tendono, se pure con modalità diverse e in diversa misura, a rimettere in discussione la rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, che era propria del passato, e a creare nuove forme di commistione tra essi"²⁰.

Si giunge così a un diritto del quale vengono predicate caratteristiche specifiche: "mite" (Zagrebel'sky)²¹, "flessibile" (Jean Carbonnier), *soft*, a bassa intensità (Rodotà)²², e così via²³.

I motivi di tutto ciò sarebbero l'argomento di un'altra relazione, o di un intero altro Congresso: Natalino Irti, Guido Alpa, e molti altri hanno anche di recente riflettuto su questo tema - la nuova complessità della vita del diritto²⁴.

¹⁸ Devo molto ad alcune conversazioni con (e ad alcuni mails di) Massimo Donini. Cfr. almeno *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, "Critica del diritto", 2006, 4, dalla quale traggio una citazione a titolo di esempio (p. 293): "I discorsi unitari sono finiti, perché il postmoderno è una realtà, e non l'invenzione di qualche filosofo. [...] E lo stesso dicasi per i concetti "dogmatici": l'azione, la causalità, la colpa, il dolo, etc.: chi continua a perseguire solo definizioni astratte "a dizionario" compatte, e vincolanti tutte le diverse "specie" di quei concetti di genere (anziché affiancare le definizioni a dizionario con imprescindibili definizioni "a enciclopedia"), organizza ormai bestiari di modesto interesse classificatorio."

¹⁹ Massimo Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 98-101. Fra le "forme miste" tra dolo e colpa si potrebbero elaborare la *recklessness*, la *mise en danger délibérée*: si tratta di casi dove non sussiste una volontà di evento lesivo, ma che non si riducono a mera inavvertenza, e si accetta un rischio elevato senza volere il danno (per la proposta concreta di forme di imputazione miste di dolo e colpa alternativi all'interno della stessa fattispecie, rimando a Massimo Donini, *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati contro la salute pubblica*, in Massimo Donini, Donato Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, pp. 287 ss. e 312-20.

²⁰ Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, Laterza, 2006, p. 28.

²¹ Gustavo Zagrebel'sky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

²² Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

²³ Francesco Belvisi, che ringrazio, mi segnala come all'interno di questa tendenza evolutiva, che Eligio Resta designa come "diritto fraterno", si inseriscano anche le procedure negoziali di risoluzione dei conflitti (ADR). Cfr. Eligio Resta, *Il diritto fraterno*, Bari, Laterza, 2006, pp. IX-XVI, 62-94 e 131-34; Giovanni Così, *Invece di giudicare: scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1-29.

²⁴ Utili indicazioni in Guido Alpa, *Che cos'è il diritto privato?*, Bari,

Sono vicende per certi versi ben conosciute, perché su questi argomenti la letteratura è diventata vastissima – anche perché, com'è arcinoto, l'intensità e la vastità dei processi di complessificazione aumenta notevolmente dopo il 1989 e dopo il 2001²⁵.

In questa sede, tuttavia, mi interessa mettere in rilievo *un* aspetto teorico: entro la logica di mutamenti normativi e dottrinali fra loro anche diversi (e motivati, naturalmente, da esigenze differenti; e riconducibili a varie costellazioni di fattori causali) si può identificare un fenomeno comune: *blurring the line*, appunto. Accanto all'opposizione dicotomica compare ora più vividamente, in linea di principio, l'opposizione polare, e dico in linea di principio perché, come si è detto, è lo stesso *modus operandi* del diritto che tende poi a “determinare”²⁶.

Il *locus* della riflessione filosofico-giuridica dove il principio dell'opposizione polare si è imposto è stato naturalmente, soprattutto dopo Dworkin, la discussione sui principi, gli standard normativi che funzionano per compressione ed espansione e che vanno quindi ponderati²⁷.

Più radicalmente, è stato anche di recente con autorevolezza sostenuto che “[...] il diritto [...] è questione di grado. Non v'è un'alternativa netta tra diritto e non diritto, ma tra l'uno e l'altro vi sono gradi di maggiore o minore intensità della giuridicità presente nella vita sociale”²⁸.

3. Non si tratta di un cambio di paradigma kuhniano²⁹; le opposizioni polari sono

Laterza, 2007.

²⁵ Va chiarito fin d'ora che l'opposizione polare non ha alcuna primazia morale su quella dicotomica, dato che si tratta di distinzioni logiche: il rischio, in questo caso, è anzi che la flessibilità della prima possa ledere certezze “dicotomiche” dello stato di diritto tradizionale. Cfr., *infra*, la nota 42.

²⁶ E l'esigenza di rigide divisioni, di linee tagliate, si fa sentire anche in dottrina; cfr. Umberto Vincenti, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Bari, Laterza, 2007, ad esempio a p. 65: “Il rigore della linea diritta della radice *reg- guida così (deve guidare) anche chi voglia definire una realtà sociale come la famiglia: i nomi tagliano come il vomere e si può solo essere di qua o di là della linea”. Cfr. anche il commento a Gai. 3.184, a p. 134. In realtà i due tipi di opposizione sono entrambi presenti nell'esperienza giuridica ed entrambi necessari nella formulazione dei concetti teorici: Luigi Ferrajoli, nel suo monumentale *Principia Juris* (Bari, Laterza, 2007), mette per esempio in rilievo sia opposizioni dicotomiche (permesso/ non permesso [o vietato], atti formali/atti informali, validità/invalidità, osservanza/inosservanza), sia opposizioni polari, ch'egli esprime di solito con la nozione di “grado” (“di effettività ... e di ineffettività delle norme” [vol. I, pp. 243-49, 449-53; vol. II, pp. 217-18], “di legittimità e di illegittimità” [vol. I, p. 43; vol. II, p. 306] e perfino “di federalismo” [vol. I, p. 942] e “di garantismo” [vol. II, p. 306]).

²⁷ Il punto di partenza è stato, naturalmente *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977. Da allora, com'è noto, la letteratura è cresciuta in modo esponenziale.

²⁸

²⁹ Thomas Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino,

pur sempre distinzioni, non sono la notte hegeliana in cui tutte le vacche sono nere. Si tratta invece di un *trend*: qualcosa sta cambiando. Si sa che una delle più acute obiezioni all'impostazione dicotomica binaria legale/illegale dei sistemi autopoietici di Niklas Luhmann è stata avanzata da Hubert Rottleuthner, che ha ricordato come, ad esempio, l'adulterio non costituisca una fattispecie penale e tuttavia non rimanga neppure giuridicamente ininfluenza, per esempio in una causa di divorzio³⁰.

Come si è detto, questa linea di tendenza è presente in ampie zone della cultura giuridica e sta esercitando una pressione anche su alcune nozioni filosofico-giuridiche rilevanti per i temi del nostro Master.

Un buon esempio è la nozione di autonomia individuale. A proposito di questa nozione, scrive Kwame Anthony Appiah che «[i]t's customary to mention the absence of coercion and the availability of options, but Mill (like contemporary theorists of autonomy) also worries about deformations of the will [...]»³¹. Ora, dei tre requisiti classici per la fioritura del valore dell'autonomia, quello che riceve maggior enfasi (senza relativizzare gli altri due) dal nuovo corso è la disponibilità di opzioni.

Una scelta autonoma è quella che non solo viene compiuta con un consenso informato, e senza coercizione di alcun tipo: una scelta è autonoma anche quando viene compiuta avendo a disposizione un ventaglio di opzioni significative. Per il cittadino, quando questi può optare non solo fra celibato e coniugio, ma fra celibato, matrimonio e appartenenza a un'unione civile legalmente riconosciuta. Per l'operatore del diritto, quando può optare non solo fra capacità e incapacità, ma quando può anche nominare un amministratore di sostegno. Per l'individuo "situato": negli Stati Uniti, dopo la violenza ascrivibile della legge dell'unica goccia di sangue, la razza è diventata autoascrivibile, e nei censimenti statunitensi è oggi anche possibile barrare più di una casella, anziché una sola. Per il giudice, che può anche decidere di aderire alla dottrina del dolo eventuale quando in giudizio stia un pirata della strada: senza essere preda della dicotomia escludente dolo-colpa³². Per l'uomo politico e il legislatore, che può considerare i diritti sociali non come un genere esclusivo e separato di diritti, ma come specie di un unico *genus* che impone provvedimenti normativi specifici. Per

Einaudi, 1969; ed. or. *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago, IL, Chicago University Press, 1962, 1970.

³⁰ Hubert Rottleuthner, *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*, in "Law and Society Review", 1989, 23. Ho trovato questo riferimento in Michel Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 182; ed. or. *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*, Berkeley, CA, University of California Press, 1998.

³¹ Kwame Anthony Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2005, p. 37.

³² A rigore il dolo eventuale rimane, infine, dolo. Ho tuttavia già ricordato (cfr. *supra*, nota 19) che, in ordinamenti come quelli di *common law* o come quello francese, il sistema consente di evitare l'alternativa secca perché prevede terze forme di elemento soggettivo, come la *recklessness* o la *mise en danger délibérée*.

il giurista dottrinale, che teorizza il diritto di *exit*³³, senza il quale, una scelta libera compiuta in autonomia – paradossalmente – può comprimere il valore dell'autonomia anche solo diminuendo le opzioni disponibili (mentre il diritto al ripensamento³⁴, per esempio nei contratti di maternità surrogata, mantiene tali le opzioni disponibili). Per il filosofo del diritto, in generale, il valore delle comunità minori, dei gruppi che permettono la fioritura dell'individuo, dei legami sociali e delle diverse forme di "amicizia" aristotelica³⁵, viene messo in rilievo rispetto agli individui situati per i quali esse costituiscono opzioni fondamentali³⁶.

In tutti questi casi, l'azione autonoma è in rapporto con le opzioni effettivamente disponibili, e queste opzioni sono determinate dal diritto, che quindi agisce rendendo possibili cose che altrimenti non lo sarebbero.

³³ Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 170-91.

³⁴ Cfr. le osservazioni di Stefano Rodotà in *La vita e le regole*, cit., p. 63.

³⁵ Il quadro che emerge non ha nulla di idilliaco, come ci informano la sociologia del diritto e la criminologia, che hanno elaborato categorie come "bassa legalità" (dove peraltro l'opzione a favore di una distinzione polare rispetto a un'opposizione dicotomica è anche troppo chiara). Edmondo Berselli ha ricordato sulle pagine del quotidiano Repubblica che "[s]i sta realizzando in via informale, senza alcuna deliberazione ufficiale, ciò che i criminologi chiamano "zoning", la definizione di aree urbane a bassa legalità [...]" (*Il Far West che brucia i cuori delle periferie delle città*, Repubblica 4 ottobre 2006).

³⁶ "Quello che Prigogine, Varela, e Gould hanno espresso sul piano cognitivo, Heinz von Foerster lo ha formulato in modo altrettanto pregnante nei termini di un imperativo etico: 'Agisci in modo di aumentare il numero delle possibilità, per te e per gli altri'". Così si esprimono Gianluca Bocchi e Mauro Ceruti nell'*Introduzione* alla nuova edizione della loro fortunata antologia *La sfida della complessità* (Milano, Paravia Bruno Mondadori, 2007, p. XXI; prima edizione: Milano, Feltrinelli, 1985). Queste parole concludono il ricordo di altri tre grandi protagonisti della scienza del Ventesimo secolo: Ilya Prigogine, per il quale "l'ordine macroscopico è continuamente alimentato dal disordine microscopico, e [...] la produzione di microfluttuazioni di ogni direzione e intensità è condizione infrequente ma non episodica di nuove strutture macroscopiche" per cui "ordine e disordine non si contrappongono"; Francisco Varela, per il quale "quando osserviamo i sistemi naturali, non troviamo in realtà opposizioni da nessuna parte se non nei valori che vogliamo porre in essi. La coppia predatore/preda, per esempio, non opera in funzione di opposti che si escludono [...]"; Stephen J. Gould, che ha messo in discussione la "tradizionale dicotomia fra necessità e caso" (senza per questo generare una polarità), e che "ha messo fine alla ricorrente querelle tra 'gradualisti' e 'catastrofisti', che dura sin dai tempi della nascita della geologia moderna nella prima metà dell'Ottocento. Oggi, nella geologia come nella biologia evuzionista, ha poco senso continuare a chiedersi se il cambiamento sia continuo o discontinuo. Di contro, si è affermata una visione *gerarchica* e *stratificata* del cambiamento stesso" (ibid., pp. XX-XXI, corsivo mio). Bocchi e Ceruti citano direttamente Varela, da *Principles of Biological Autonomy*, New York, NY, Elsevier-North Holland, 1979, pp. 100-101.

L'ordinamento normativo, in questi casi, non agisce in primo luogo restringendo la libertà, cioè solo tracciando i confini del non lecito, bensì approfondendola: rendendo giuridicamente possibile ciò che in precedenza non lo era, articolando le opzioni disponibili all'azione umana, non imponendo scelte secche o creando drastiche alternative. Si tratta di un diritto che non crea semplicemente ordine, ma (quando tutto va bene) incivilimento.

Gli autori classici della storia della filosofia del diritto che costituiscono i paradigmi dottrinali di questa distinzione sono Hobbes e Vico³⁷. Per Hobbes il diritto è soprattutto regola regolativa, obbligo o divieto, restrizione di una libertà che può riavvicinare al brutale stato di natura: scopo del diritto è l'ordine (*pax est quaerenda*³⁸). In Vico, invece, il diritto compare in primo luogo nella forma dell'istituzione del matrimonio e della religione: è soprattutto regola costitutiva, che rende possibile fare cose altrimenti impossibili (sposarsi anziché indulgere solo alla venere vaga), approfondimento di una libertà naturale attraverso istituzioni: scopo del diritto è l'incivilimento delle nazioni ("ordini civili per gli quali vivano in umana società"³⁹). Volendo sintetizzare in una formula quanto detto finora, c'è adesso un po' più di Vico e un po' meno di Hobbes nell'autocomprensione dei fenomeni giuridici: almeno in quegli autori che parlano di mitezza, di flessibilità del diritto, e così via.

Ingentilimento dei costumi (giuridici) è la nota espressione vichiana, per indicare i tempi dell'eguaglianza civile, delle leggi ispirate al "vero", quando le norme durissime del passato aristocratico vengono emendate, riformate, umanizzate, e l'ordinamento si fa più inclusivo con l'allargamento progressivo della cittadinanza. È Vico stesso ad ammonire, tuttavia, che si tratta di un processo niente affatto pacifico e sereno, e che anzi avviene necessariamente passando per quel conflitto sociale aborrito da Hobbes. C'è uno scontro fra l'*ethos* (e i concreti interessi) dei diversi gruppi, fra gli individui situati fra loro collegati da diverse forme di appartenenze, determinati da diverse (e in parte sovrappontesi) forme di autoidentificazione, stretti da forme diverse di aristotelica *philia*⁴⁰. Hobbes combatte il pluralismo, Vico lo presuppone.

4. Il fatto che la produzione normativa di Hobbes avvenga eliminando il conflitto, quella di Vico invece suscitandolo, non deve stupire. Le nuove opzioni istituzionali non vengono volta per volta in essere nel vuoto, ma entro un orizzonte normativo dato dal complesso delle istituzioni pre-esistenti - il cui significato viene a modificarsi. La cittadinanza della quale parla Vico non è più la

³⁷ Hobbes e Vico sono un'opposizione classica per i filosofi del diritto e della politica, come attesta una copiosa bibliografia sull'argomento, alla quale ho contribuito con *Il rosso e il bianco: una nota sul ruolo delle emozioni nella Scienza Nuova di Vico*, "Filosofia Politica", 2007, 3, pp. 477-87.

³⁸ Thomas Hobbes, *Leviatano*, XIV. Cfr. Th. Hobbes, *Leviathan*. A cura di C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin, 1968 [1651]; cfr. p. 190.

³⁹ Giambattista Vico, *Scienza Nuova* [1744], in *Opere*, a cura di Andrea Battistini, Milano, Mondadori, 1990, p. 497.

⁴⁰ Cfr. *infra*, nota 50.

stessa quando è estesa a tutti i sudditi dell'impero⁴¹, e le nozze solenni non sono più le stesse quando sono celebrate anche dai plebei.

Il diritto che si autoconcepisce come mite, flessibile, *soft*, e così via, non è poi affatto flebile o snervato. L'abbandono dello schema dicotomico ha conseguenze serie in diversi ambiti: l' "incivilimento" prende diverse forme (in genere, cercando di evitare discriminazioni), ma il costituirsi delle nuove opzioni, in generale, pone la domanda sul valore relativo di esse⁴².

È come con i gruppi "comprensivi" (*encompassing groups*)⁴³: vanno tutti rispettati *prima facie*, certo, ma mentre sappiamo che alcune comunità (ad esempio, un gruppo di antisemiti) non sono dotate di valore né meritevoli di riconoscimento e tutela, e mentre sappiamo che altre comunità invece lo sono senz'altro (ad esempio, la comunità dei filosofi del diritto), c'è un'ampia zona grigia sulla quale l'accordo manca. L'onere della prova sembra tuttavia invertito: le opzioni e i gruppi sembrano in linea di principio dotati di valore, e occorre un argomento critico per sostenere che così non è.

Il nuovo *trend* sfida dunque le categorie tradizionali della riflessione teorica sul diritto: mette in questione le dicotomie escludenti tradizionali e modifica il significato dei termini prima alternativi, generando opzioni nuove dal valore necessariamente controverso, in quanto agiscono indirettamente sull'autocomprensione delle istituzioni pre-esistenti⁴⁴.

⁴¹ Nella *Scienza Nuova*, com'è noto, questi mutamenti istituzionali segnano anzi il passaggio dall'aristocrazia alla democrazia, e dall'età degli eroi a quella degli uomini.

⁴² È anche questo il senso della nota 25, *supra*. Per essere chiari, ecco che oltre alla tortura in senso stretto compaiono negli Stati Uniti da un lato le "stress and duress" *interrogation techniques* (che includono però procedure in precedenza classificate semplicemente come tortura), o il concetto di *light torture*, dall'altro il sistema delle *extraordinary renditions*. Un *trend* non è una mutazione benefica della natura umana. Francesco D'Agostino (che devo ringraziare per una corrispondenza per posta elettronica che mi ha molto arricchito, per le critiche acute che in essa mi ha rivolto) ritiene che una forma di giusnaturalismo sia in questo caso (la pluralità delle opzioni) ineludibile.

⁴³ La nozione di *encompassing groups* è stata elaborata in primo luogo da Avishai Margalit e Joseph Raz, in *National Self-Determination*, "The Journal of Philosophy", 1990, 87/9, poi ripubblicato in Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 125-45; cfr. p. 133.

⁴⁴ La nozione di "gruppo biologico" elaborata da Rodotà in *Il dominio della vita*, cit. è un esempio di questo tipo di dinamica: "Nasce così un nuovo gruppo sociale giuridicamente rilevante: il gruppo biologico, il gruppo dei consanguinei, distinto dalla famiglia in senso tecnico. Di questo gruppo, infatti, non fanno parte membri della famiglia, come il coniuge rispetto all'altro coniuge o i genitori e i figli adottivi. Lo compongono, invece, anche soggetti estranei all'organizzazione familiare, legale o di fatto, come i donatori di gameti o la donna che al momento del parto, in base a un diritto riconosciuto da alcune legislazioni, non riconosce il figlio e chiede che il suo nome non venga rivelato" (p. 184). Le opzioni rese possibili dal diritto - procreazione assistita, segretezza del nome della madre - hanno come conseguenza l'emergere di un nuovo gruppo, che non coincide con la famiglia. L'emergere di questo gruppo mette in risalto l'aspetto non-biologico,

Questo nuovo *trend*, tuttavia, tende per via della sua stessa “forma” concettuale a mettere in discussione un criterio rigidamente dicotomico per la determinazione del valore o del disvalore delle possibili opzioni istituzionali che il diritto tende ad aprire. È naturale che sia così, benché nulla osti da un punto di vista logico: *blurred lines*. Si potrebbero interpretare come esempi di criteri dicotomici di questo tipo (per esempio in ambito giusnaturalistico) la determinazione “à la Finnis” di aspetti fondamentali della fioritura del bene umano tali da garantire la illiceità di ogni norma, azione, istituzione, direttamente rivolta contro uno di essi⁴⁵; oppure (in ambito giuspositivistico) l’ermeneutica originalista delle intenzioni dei Framers nella giurisprudenza della Corte Suprema Americana⁴⁶. Si tratta di criteri, molto diversi fra loro, che aspirano dicotomicamente a tracciare una linea netta, chiara e perenne – una certezza rassicurante.

5. Le nuove opzioni istituzionali possono tenere sullo sfondo la possibilità di concepire un individuo-membro, cioè un individuo cosiddetto situato (anziché il mero individuo, soggetto più che persona⁴⁷, *disencumbered*⁴⁸): un individuo per il quale settori importanti della sua identità possono essere collegati con l’appartenenza a un dato gruppo.

Questi gruppi sfidano l’opposizione binaria Stato *versus* individuo⁴⁹. I

già presente, della famiglia: per esempio, la possibilità delle adozioni.

⁴⁵ John Mitchell Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996; ed. or. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.

⁴⁶ Cfr. ad es., Stephen M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, Il Mulino, 2003, soprattutto alle pp. 315-25; ed. or. *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1996; Lawrence G. Sager, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, CT, Yale University Press, 2004.

⁴⁷ Ho potuto confrontarmi su questo tema con Stefano Rodotà a Pisa, il 20 marzo 2008, in occasione della Lettura Pizzorusso alla quale partecipai per discutere il suo testo, *La vita e le regole*, cit. Su questo tema specifico, Stefano Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴⁸ La contrapposizione fra individui *situated* e individui *disencumbered* è, com’è noto, un’acquisizione della riflessione cosiddetta *communitarian*, che fiorì negli anni ottanta. Sul comunitarismo, cfr. Valentina Pazè, *Il comunitarismo*, Bari, Laterza, 2004.

⁴⁹ “Once a culture becomes one among several, within a closely integrated political and economic system, practices which used to shape opportunities may come to restrict them. And they may conflict with aspirations legitimately encouraged by the larger society within which members of that community live” – così si esprime Joseph Raz nella sua critica a Okin (*Reform or Destroy? A response to Susan Okin’s “Is Multiculturalism Bad For Women?”*, in Joshua Cohen and Matthew Howard [a cura di] *Is Multiculturalism Bad For Women?*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1999; trad. it.: *Quanto perfetti si dovrebbe essere? E di chi è la cultura?* in Antonella Besussi e Alessandra Facchi, a cura

gruppi comprensivi danno vita ai noti problemi di pluralismo normativo dei quali si occupa chi studia il multiculturalismo, e sviluppano sistemi alternativi di lealtà, di identità e di appartenenza⁵⁰.

Questa appartenenza può anche, in certi casi, cessare di essere invisibile per il diritto: la posizione “situata” delle donne, o degli immigrati, o degli appartenenti a una determinata fede religiosa, viene allora in qualche modo “presa in considerazione”. Non c’è nulla di oltraggioso in questo: esempi di legislazione *group conscious* esistono in Italia ben da prima che si parlasse di multiculturalismo; ad esempio, il diritto successorio del maso chiuso in Sud Tirolo⁵¹. Questo tipo di problemi è diventato più vivo e urgente nella nostra cultura giuridica solo per il fatto dei recenti fenomeni migratori, che hanno rapidamente mutato la demografia del Paese e l’aspetto delle città dove viviamo⁵². Gli individui membri di questi gruppi (i migranti), infatti, hanno spesso diverse tradizioni e pratiche, ispirate a valori diversi⁵³; anche all’interno della popolazione italiana bianca, tuttavia, sembra talora di vedere una divaricazione di valori

di, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Milano, Cortina, 2007, pp. 105-109). Va notato in primo luogo che il problema è quello delle *opportunities*, cioè le opzioni rese concretamente disponibili dalle pratiche che danno loro forma (*shape*), e che in un altro contesto possono invece comprimere (*restrict*). In secondo luogo, il rapporto fra un dato gruppo (*that community*) e l’intero politico non è reso nei termini di una differenza qualitativa irriducibile, anche quando si parla di conflitto: l’espressione qui usata da Raz per qualificare la *society* è *larger*, ovvero un comparativo di un aggettivo che sembra alludere a un *maius*, non a un *aliud*.

⁵⁰ In Aristotele ogni comunità (*koinonia*) implica una specifica forma di amicizia (*philia*); l’amicizia propria di quella comunità che è la polis è semplicemente l’amicizia politica (*politike philia*), cioè la cosiddetta concordia (*homonoia*). Ar., *Eth. Nic.*, VIII-IX.

⁵¹ La riforma di questa istituzione ha preso forma nella Legge Provinciale 28 novembre 2001, n. 17.

⁵² Può forse valere la pena ricordare che i valori condivisi, e le società omogenee in quanto tali, non sono entità empiriche *brute*. L’Italia ha sempre avuto una comunità ebrea *sephardim* molto interessante, una minoranza valdese assai devota; il pluralismo linguistico è antico e radicato, e si deve solo alla televisione il fatto che oggi quasi tutti gli Italiani si possano capire. L’Italia aveva però, per così dire, un’*autonarrazione* di omogeneità, che naturalmente è un bene prezioso: il Risorgimento, la Chiesa, i confini naturali dello “stivale”, etc. Ciò che i fenomeni migratori hanno modificato non è l’omogeneità sociale, che forse non c’è mai stata, bensì il nostro modo di raccontarci - la narrazione dell’omogeneità non è più praticabile, perché la diversità è ora troppo visibile e i meccanismi che suggerivano una narrazione condivisa di omogeneità erano rivolti alla messa fra parentesi di altre, specifiche differenze.

⁵³ Questo avviene, com’è noto, soprattutto per motivi religiosi. Su questo tema, segnalo il recente testo di Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, NY, Basic Books, 2008. In questo contributo faccio riferimento fondamentalmente a due paesi, l’Italia e gli Stati Uniti, perché con le istituzioni e con la dottrina di essi ho maggior dimestichezza che con quelle di altri.

fondamentali, per esempio sui temi eticamente sensibili.

L'eventuale rilevanza normativa di questi gruppi – con le loro talvolta sovrappontesi e talvolta conflittuali identità e pratiche - esercita a sua volta una pressione sopra altre categorie tradizionali della riflessione razionale sul diritto: per esempio, nascono concezioni alternative, e fra loro incompatibili, di tolleranza⁵⁴.

Più fondamentalmente, spero di aver dimostrato come sia probabile che la riflessione sul diritto non abbia preso una certa piega *solo* sulla spinta esterna e imprevedibile di fatti storici ed eventi nuovi e sconvolgenti: esistono buoni motivi per ritenere che a partire dalla seconda metà del Novecento, in generale, le distinzioni dicotomiche sulle quali si erano organizzati i saperi scientifici dell'Occidente abbiano dovuto adattarsi all'aumento della complessità dei fenomeni. Il diritto e la scienza giuridica non possono essere estranei a fenomeni come questi.

Questo aumento della complessità, del resto, non costituisce solo una sfida rischiosa, ma è anche una ricchezza e un'opportunità, che il sapere giuridico non deve disperdere.

⁵⁴ Cfr. Melissa S. Williams, Jeremy Waldron, *Toleration and Its Limits* (NOMOS XLVIII), New York, NY, New York University Press, 2008. Per il tema qui trattato, è particolarmente rilevante l'opposizione fra Ingrid Creppel e Glen Newey (pp. 315-91), dove al *Role of Mutuality* della Creppel viene polemicamente contrapposto da Newey il ruolo *of Murality*.