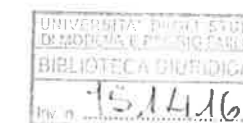


QUESTIONI DI VITA O MORTE

ETICA PRATICA, BIOETICA
E FILOSOFIA DEL DIRITTO

a cura di

Massimo La Torre, Marina Lalatta Costerbosa
e Alberto Scerbo



G. Giappichelli Editore – Torino

In copertina:

Gustav Klimt, *Morte e vita*, 1862-1918, olio su tela
Sammlung Rudolf Leopold, Vienna.

© Copyright 2007 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-7404-2

Composizione: Carla Degiacomi e Guido Mittiga - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i>	XI
Capitolo I DIRITTI UMANI di MASSIMO LA TORRE	
1. Assolutezza e relatività dei diritti fondamentali	1
2. Quattro situazioni normative	4
3. Norme morali relative	8
4. Diritti delle donne	14
5. Diritti culturali	20
Capitolo II SCHIAVITÀ di THOMAS CASADEI	
1. Premessa: la storia (finita?) della schiavitù	26
2. Argomenti pro e contro la schiavitù: nel solco della storia	29
3. La 'nuova' storia: le forme della schiavitù odierna. Tipologie	42
4. Mutare la visuale: i diritti sociali come diritti alla vita degna	60
Capitolo III ABORTO di CRISTINA GARCÍA PASCUAL	
1. Premessa	69
2. L'impotenza del diritto rispetto all'aborto	70

	<i>pag.</i>
3. Personalità del feto e dell'embrione	75
4. Aborto e stato di necessità	83
5. Sacralità della vita e libertà della donna	88
Capitolo IV EUGENETICA	
di STEFANO BERTEA	
1. Premessa	93
2. La vecchia eugenetica	95
3. La nuova eugenetica	98
3.1. I fondamenti scientifici	99
3.2. La valutazione etica	103
3.2.1. La critica	104
3.2.2. La difesa	108
3.2.3. L'argomento della scelta libera e consapevole	111
4. Conclusioni	116
Capitolo V CLONAZIONE UMANA	
di MARINA LALATTA COSTARBOSA	
1. Premessa: l'argomento della china scivolosa è una china scivolosa?	119
2. Ancora una premessa: la clonazione umana tra immaginazione popolare e normative europee	123
3. Le tecniche di clonazione: classificazioni, distinzioni, incertezze	128
4. La clonazione come problema etico	138
5. L'uomo come fine in sé. Una controversia interpretativa	147
6. L'uomo come fine in sé; e il clone come schiavo? L'interpretazione di Jürgen Habermas	154
7. L'autonomia del clone. Alcune critiche a Habermas	162
8. Autonomia come criterio e nuove distinzioni	165
Capitolo VI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA	
di ALBERTO SCERBO	
1. Premessa	170
2. Fecondazione assistita e indirizzi legislativi	172

	<i>pag.</i>
3. Dalle sentenze alla legge: il percorso dell'ordinamento italiano	178
4. Questioni giuridiche fondamentali e profili filosofici	182
Capitolo VII EUTANASIA	
di FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI ROIG	
1. Premessa	191
2. L'eutanasia come problema	192
3. L'eutanasia nella prospettiva morale	195
4. Per una classificazione delle condotte eutanasiche	201
5. Il valore della vita e l'autonomia individuale	209
Capitolo VIII SUICIDIO	
di COSTANZA MARGIOTTA BROGUO	
1. Premessa	228
2. Suicidio e bioetica	232
3. "Storia" del suicidio e filosofia morale	234
4. Suicidio e soggettività giuridica	240
5. Suicidio e "anatomia politica"	244
Capitolo IX PENA DI MORTE	
di ANDREA PORCIELLO	
1. Premessa	248
2. Indagine sociologica: la natura del reato	250
2.1. Durkheim: il reato come oltraggio morale	251
2.2. Foucault: il reato come attentato al potere	256
2.3. Noll: il reato come disfunzione sociale	261
3. Indagine filosofica: la funzione della pena	263
3.1. Utilitarismo: punire per ottenere	264
3.2. Retribuzionismo: punire per punire	269
3.3. Rieducazione: punire per salvare	274
4. Indagine giuridica: pena e validità giuridica	277
4.1. L'argomento dell'iniquità di Gustav Radbruch	279

	<i>pag.</i>
4.2. L'argomento della "Inner Morality of Law" di Lon Fuller	281
4.3. L'argomento della correttezza di Robert Alexy	286
5. Conclusioni	290
Capitolo X	
TORTURA	
di EMILIA BEA PEREZ	
1. Premessa	292
2. La tortura catartica premoderna	293
3. La proibizione della tortura	295
4. La tortura alienante	297
5. Nuovo impegno per il rispetto della dignità umana e per l'abolizione della tortura	301
6. La ripresa del dibattito sulla tortura	303
Capitolo XI	
GUERRA	
di SILVIA VIDA	
1. Premessa	314
2. Gli ingredienti di una guerra giusta	315
3. Perché giustificare una guerra. I limiti della "moralità interna"	319
4. La guerra umanitaria	324
5. La regola del "doppio effetto". Ancora su fini e mezzi	328
6. Conclusioni	333
Capitolo XII	
COPPIE DI FATTO	
di GIANFRANCESCO ZANETTI	
1. Premessa. Ostacoli argomentativi al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto	335
2. Critica dell'argomento di libertà	336
3. Forza dell'argomento basato sui valori	337
4. L'argomento delle "opzioni incompatibili"	339
5. Scelte tragiche: l'argomento normativo sulle coppie di fatto	342

	<i>pag.</i>
5.1. L'istituzionalizzazione della coppia di fatto e le opzioni incompatibili a disposizione	343
5.2. Coppie di fatto omosessuali	344
5.3. Coppia di fatto e valori morali	347
6. Conclusioni	351
Capitolo XIII	
DIRITTI DEGLI ANIMALI	
di GIOVANNI COSTA	
1. Premessa	352
2. Diritti di eguaglianza per gli animali non umani	354
3. L'animale come oggetto bene giuridico	356
4. Verso una teoria dei diritti giuridici per animali non umani	359
5. Un passo alla volta: il principio di proporzionalità dei diritti	361
<i>Notizie bio-bibliografiche</i>	365
<i>Indice dei nomi</i>	369

distinguerà i due agenti sarà la giustizia o ingiustizia del fine che essi hanno scelto come movente della loro azione. Se un fine giusto, una buona intenzione, può bastare a giustificarcì moralmente nel compiere un'azione che presenta effetti collaterali sicuramente cattivi, ma non voluti, una volta esclusa la giustificazione morale rimarrà a disposizione (del secondo agente) la scusante ideologica. In altre parole, se il piazzare una bomba è ad esempio inteso come un atto terroristico, esso non sarà un mezzo per evitare disastri maggiori ma per conseguire successi politici. Se invece sarà inteso come azione finalizzata a un bene, in base alla regola del doppio effetto, sarà un mezzo per evitare un male maggiore pur portando con sé un danno inevitabile, seppure non intenzionale.

Ci si chiede allora se è ancora possibile, se non retoricamente, argomentare la differenza tra due possibili fini, quando il mezzo è il medesimo. Il terrorismo è casuale, umiliante e spaventoso; ma i bombardamenti sulla popolazione civile non lo sono altrettanto? Se l'essere casuale e umiliante è la ragione per affermare che il terrorismo non può essere difeso, difendere i bombardamenti a tappeto come un male inevitabile (ma non intenzionale), e come effetto secondario di un fine giusto, può significare due cose: o il terrorismo ha delle scusanti non meno dei bombardamenti, oppure non ne ha, esattamente come questi.

CAPITOLO XII

COPPIE DI FATTO

di GIANFRANCESCO ZANETTI

SOMMARIO

1. Premessa. Ostacoli argomentativi al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto. - 2. Critica dell'argomento di libertà. - 3. Forza dell'argomento basato sui valori. - 4. L'argomento delle "opzioni incompatibili". - 5. Scelte tragiche: l'argomento normativo sulle coppie di fatto. - 5.1. L'istituzionalizzazione della coppia di fatto e le opzioni incompatibili a disposizione. - 5.2. Coppie di fatto omosessuali. - 5.3. Coppia di fatto e valori morali. - 6. Conclusioni.

1. Premessa. Ostacoli argomentativi al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto

Il riconoscimento giuridico delle coppie di fatto incontra, sul piano argomentativo, due ostacoli principali. Il primo ostacolo è un argomento di libertà; il secondo è un argomento basato sui valori.

Chi sceglie liberamente di non sposarsi, pur avendo la possibilità di farlo, compie una libera scelta: i *partners* non desiderano un'inadente tutela giuridica, che comporta ascrizione di doveri e responsabilità. Gli individui non possono essere costretti giuridicamente al matrimonio, e alle sue conseguenze normative, e *a fortiori* non possono essere costretti allo *status* di "membro di una coppia di fatto giuridicamente riconosciuta", quando il loro comportamento evidenzia un deliberato, e legittimo, tentativo di *non* rientrare in un'istituzione. Non si può restringere la libertà diminuendo il numero delle opzioni fra le quali liberamente scegliere: in questo caso, imponendo la regola costitutiva che genera un'istituzione residuale rispetto al matrimonio, onde chi non contrae nozze ma convive ricade giocoforza nella gravità normativa dell'istituzione e della sua disciplina, la "coppia di fatto".

Il secondo argomento mette invece in rilievo il valore del matrimonio, civile e religioso, che verrebbe alterato dalla presenza, nello stesso ordinamento, della coppia di fatto, o *partnership* registrata. La famiglia, nella Co-

stituzione Italiana e nel sistema di valori che è opportuno difendere, è basata (così si argomenta) sul matrimonio fra due persone di sesso diverso. Quest'ultima qualificazione dipende dal fatto della possibilità di una coppia di fatto fra cittadini di orientamento omosessuale.

2. Critica dell'argomento di libertà

Le regole costitutive sono il prodotto di un comportamento sociale e delle credenze ad esse sottostanti. Coloro che, convivendo e non sposandosi, scelgono la situazione della coppia di fatto generano, socialmente e normativamente, l'istituzione della "coppia di fatto", che già a questo punto non è più meramente un fatto naturale ma un fatto istituzionale.

È il potere creativo dei cittadini che scelgono di regolare la propria vita in altro modo che contraendo nozze civili o religiose che instaura, quindi, la coppia di fatto. Essa esiste come fatto mero: è infatti già possibile (*posse*) convivere senza sposarsi. Non è possibile (*licere*) la "coppia di fatto" fino a quando il riconoscimento sociale di questa realtà istituzionale non si converte in un riconoscimento giuridico.

L'argomento di libertà mette in rilievo un potenziale rischio: se diminuiscono le opzioni disponibili, diminuisce la libertà del soggetto. Da una posizione a) dove le opzioni sono sostanzialmente due: a.1) relazione giuridicamente riconosciuta attraverso l'istituzione del matrimonio civile o religioso; a.2) coppia di fatto non riconosciuta, si passerebbe a una posizione b) caratterizzata da una cospicua diminuzione di libertà (ivi è disponibile la sola opzione b.1): relazione giuridicamente riconosciuta attraverso l'istituzione del matrimonio civile o religioso o attraverso l'istituzione della *partnership* registrata.

È bensì vero che la differenza che sussiste fra le opzioni a disposizione ha un impatto sulla libertà di chi sceglie: quando il Comune della città di Bologna mi lascia scegliere, per ridipingere la facciata della casa di mia proprietà, fra un carminio chiaro, un carminio scuro e terra di Siena rossiccio, restringe la mia libertà più che se non includesse anche il giallo, o il verde. Ed è anche vero che fra relazioni riconosciute istituzionalmente e relazioni non riconosciute la differenza è maggiore rispetto alla differenza intraspecifica fra relazioni riconosciute istituzionalmente. Tuttavia, è soltanto questa seconda differenza che rileva, perché per libertà di scelta si intende la libertà di scelta fra opzioni istituzionali, passibili quindi di riconoscimento giuridico. Se il funzionario del Comune di Bologna, pensando di aumentare la mia libertà, mi informa che in fondo nessuno mi obbliga, e posso anche lasciare la facciata della mia casa così come sta, la mia reazione non è di gratitudine. Le uniche differenze che contano sono fra le opzioni a me offerte e riconosciute come tali: nella situazione a) ho a disposi-

zione solo due opzioni: a.1) matrimonio civile; a.2) matrimonio religioso; nella situazione b) ho a disposizione tre opzioni, perché alle due menzionate *sub a)* si aggiunge la possibilità della *partnership* registrata.

L'argomento di libertà si basa su un errore logico: esso ammette il suicidio fra i vari stili di vita a disposizione dell'uomo; inserisce il digiuno nel Menù di un ristorante postmoderno. La libertà è sempre libertà istituzionale, e si esercita quindi su opzioni istituzionali.

Quanto detto è confermato dal fatto che, mentre non si ha notizia di paure sociali relative alla perdita di libertà connessa alla eventuale disciplina giuridica delle coppie di fatto, si assiste invece a un movimento teso al riconoscimento di questa realtà sociale, che d'altra parte prevederebbe un moto volontario, da parte dei *partners*, e non un'iscrizione indiscriminata di uno *status* istituzionale ai conviventi, per via legislativa.

3. Forza dell'argomento basato sui valori

Il significato normativo connesso alle istituzioni non si presenta mai in forma capsulare: da qui l'inevitabile forza e articolazione dell'argomento basato sui valori.

Il riconoscimento e la critica di una realtà istituzionale data non avviene agendo su unità o segmenti istituzionali autonomi, su molecole normative pre-date e indipendenti, su significati normativi chiusi in un involucro, una capsula definitoria. Si immaginino tre porzioni circolari di colore: rosso, giallo e blu; poi si sostituisca il giallo e il blu con porzioni eguali di carminio, di scarlatto e di porpora, lasciando inalterato il rosso. Il fatto che la porzione originaria di rosso non abbia subito alcuna alterazione non toglie che il suo significato sia stato modificato radicalmente: nella prima situazione il rosso è uno dei tre colori fondamentali, nella seconda viene letto come base comune per altre variazioni cromatiche. Quando si agisce su un'istituzione si agisce sempre su istituzioni, al plurale, per due motivi.

In primo luogo, perché le istituzioni, come le regole costitutive, non esistono in isolamento. Come non può esistere la nota musicale, ma il concetto di nota ne implica almeno due; così la realtà istituzionale, come l'amicizia, ha bisogno di un pluralismo di partenza¹. In secondo luogo, ciascuna istituzione risulta collegata a un orizzonte normativo dato, essa è *nested* in un sistema anche complesso di istituzioni.

Per quello che riguarda il primo punto, in Italia il magistero di Amedeo G. Conte², e negli Stati Uniti quello di John R. Searle³, hanno insistito ri-

¹ Gf. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia 2003.

² A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I, II*, Giappichelli, Torino 1989, 1995.

spettivamente sul necessario pluralismo delle regole costitutive e dei fatti istituzionali. Si deve invece a Joseph Raz la più concisa e perspicua formulazione del problema con riferimento al significato sociale delle pratiche: «*the true meaning of social practices is their social meanings*»³. Come avviene con le *social practices* nell'icastica formula di Raz, anche i fatti istituzionali sono *nested* e non si presentano al soggetto o all'operatore del diritto in forma capsulare.

Questa sezione dell'argomento basato sui valori meritevoli di tutela è corretta e ha un impatto sull'argomento liberale classico che fa riferimento a un concetto di libertà soggettiva ingenua. Non è vero, si può argomentare, che la disciplina giuridica del divorzio non diminuisce la libertà di alcuno, mentre lascia più liberi chi di quella opportunità intende servirsi. La disciplina del divorzio ha un impatto sul sistema normativo delle istituzioni: per esempio, impedisce a chi desidera unirsi con un vincolo indissolubile di compiere questa scelta. Non c'è alcun dubbio che, il fatto che il divorzio sia *possibile* (*licere*) modifica il significato complessivo dell'istituzione del matrimonio, anche per coloro che della possibilità tecnica di divorziare non intendono avvalersi mai, né mai se ne avverranno. È anche vero ciò che argomenta spesso il pensiero conservatore, cioè che il *moral environment* relativo al matrimonio nel quale vivrò, o alleverò figli, risulta modificato una volta che una determinata pratica è riconosciuta (*Anerkennung*) entro quel dato orizzonte normativo³. A maggior ragione, la disciplina giuridica delle coppie di fatto può avere un impatto indiretto ma effettivo sull'istituzione contigua del matrimonio.

Non si intende argomentare, in questa sede, sulla linea di una minimizzazione di questo impatto. Tale linea è, forse, percorribile, ma risulta rischiosa: potrebbe implicare una sottovalutazione del *vulnus* morale recato a chi faccia propria una visione tradizionale del matrimonio, di chi ne tema in buona fede una relativizzazione. Sottovalutare un *vulnus* morale è naturalmente il modo più efficace per realizzarne e aggravarne la portata, mostrando disprezzo per le ragioni di chi si ritiene offeso. In questa sede si intende argomentare che l'argomento basato sui valori non è sufficiente per orientare normativamente il nostro comportamento sulla questione delle coppie di fatto *nonostante* la possibilità dell'impatto descritto. In altri termini: la disciplina giuridica delle coppie di fatto è opportuna anche al co-

³ J. Searle, *The Construction of Social Reality* (1995), trad. it. *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1996.

⁴ J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford 1993, p. 186; Id., *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford 1986.

⁵ R.P. George, *Making Men Moral*, Clarendon, Oxford 1993; vedi anche Id., *The Clash of Orthodoxies*, Isi Books, Wilmington 2001.

sto morale di una possibile indiretta alterazione del significato sociale e normativo dell'istituzione del matrimonio civile o religioso.

Chi fa propria una visione tradizionale dell'istituzione matrimonio non risulta offeso tanto dall'esistenza, nel mondo dei *brute facts*, delle coppie di fatto, dal rischio che esse possano (*posse*) rendere, in tal modo, l'orizzonte normativo imperfetto, quanto dall'esistenza, nel mondo dei fatti istituzionali, delle "coppie di fatto", dal fatto che esse possano (*licere*) rendere l'orizzonte normativo imperfetto. Hume riconobbe l'importanza, in sede di filosofia morale, delle osservazioni del Cardinal de Retz, *that there are many things, in which the world wishes to be deceiv'd, e that it more easily excuses a person in acting than in talking contrary to the decorum of his profession and character*. Il fatto in sé ammette «many palliating excuses», e la debolezza umana è un fattore anche troppo ben conosciuto. Le parole sono diverse, sono sorprendentemente più importanti dei fatti, perché esse rivendicano un'intenzione e un'opinione, cioè una credenza alternativa a quella soggiacente al *set* di istituzioni normative che vengono di conseguenza implicitamente relativizzate. Se la parola è quella del legislatore, l'argomento del Cardinale vale *a fortiori*.

4. L'argomento delle "opzioni incompatibili"

Quanto si è detto sul rapporto fra le opzioni a disposizione e il margine di libertà personale assicurato da un sistema di istituzioni normative può rappresentare un punto adeguato di partenza. Le critiche più ragionevoli al liberalismo *naïf* mettono in luce l'inadeguatezza di una concezione di scelta libera intesa come semplice non impedimento. La libertà di una scelta fra opzioni dipende non solo dall'assenza di costrizioni, fisiche o di altro tipo, ma anche dalla presenza di un ventaglio di opzioni sufficientemente numerose, dotate di valore e diverse tra loro⁶.

I risultati sociali che si possono ottenere accettando una restrizione delle opzioni di scelta sono senz'altro cospicui. Se sancisco per legge che sono consentiti dalla legge nozze feconde solo fra *partners* che appartengono a due *racial groups* differenti, avrò risolto nel breve giro di due generazioni ogni problema collegato all'odio razziale, ogni odioso veleno sociale su base etnica, qualsiasi criminalità collegata all'esclusione e al razzismo violento o subdolo. Piaghe antiche saranno sanate. Chi è sfortunato e si innamora proprio di una/un *partner* appartenente al proprio *racial group*, può naturalmente contrarre nozze e ricorrere liberamente all'adozione. Da un lato, i

⁶ J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit.; Gf. Zanetti, *Political Friendship and the Good Life. Two Liberal Arguments against Perfectionism*, Kluwer, Dordrecht 2002.

sentimenti razzisti di chi non desidera per principio contrarre vincolo e procreare con un *partner* appartenente a un *racial group* differente dal proprio non meritano considerazione e rispetto. D'altra parte, la restrizione di libertà, che è naturalmente reale, risulta meno estesa di quanto non sembri: perché ovviamente esistono *partners* interessanti e adatti, e in gran numero, negli *altri* gruppi. I risultati sul piano morale e sociale sono invece immensi, evidenti, e certi. Ora, la perplessità suscitata da una simile legge sul meticcio obbligatorio è istruttiva. Perché una tale legge non ci sembra una soluzione *appealing*? Forse perché la libertà è *strettamente* legata al ventaglio delle possibilità disponibili.

Le possibilità (*licere*), o opzioni, che vanno protette devono essere numerose. Non è possibile determinare un minimo numero, per via del paradosso del sorite. È ovvio però che quando le opzioni possibili sono troppo poche, e la scelta del cadetto è fra la tonaca e la maglia d'arme, l'assenza di vincoli e pressioni sul soggetto deliberante cessa di risultare esaustivamente significativa. Julien Sorel non sceglie fra due possibilità alla roulette, ma fra i due soli stili di vita a lui disponibili per un'affermazione personale, il rosso e il nero. Un alto numero di opzioni si presenta, in altre parole, *prima facie* come un valore meritevole di tutela.

Le opzioni devono essere altresì differenti. Quanto si è detto implicava naturalmente questo concetto. Se lascio scegliere liberamente a Gertrude se prendere il velo delle Clarisse o quello delle Carmelitane, non le eviterò un infelice incontro con Egidio, anche se moltiplico il numero degli ordini e dei monasteri. Naturalmente la differenza fra le opzioni possibili è un valore meritevole di tutela alquanto problematico. Le opzioni praticabili possono avere un gradiente di differenza alquanto vario. Possiamo distinguere cinque scenari:

a) le possibilità possono essere figurate come differenti ma necessariamente armoniose fra loro, come le tre classi della *Repubblica* di Platone, che naturalmente non sono di certo, propriamente parlando, opzioni;

b) le opzioni possono essere raffigurate come differenti ma compatibili, come quando la stessa persona possa godere di quell'altissimo margine di libertà che gli permette di lavorare il mattino e fare il filosofo critico la sera, come arditamente sperava Karl Marx mentre era preso dal fervore polemico (*compatibilità e assenza di conflitto*);

c) le opzioni possono essere concepite così differenti da essere incompatibili, ma pronte ad essere sussunte in un'armoniosa composizione. John M. Finnis⁷ è molto attento a non dedurre alcun modello unico di stile di vita dotato di valore, da imporre in modo antiliberali ai cittadini. Esistono,

⁷ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1992), trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996. Cfr. D.M. Estlund, M.C. Nussbaum, *Sex, Preference and Family*, Oxford University Press, Oxford 1997.

per la Nuova Dottrina del Diritto Naturale, infinite possibilità di scelta, variamente declinando gli aspetti fondamentali del bene umano, e una scelta esclude l'altra; non tutte le scelte sono, naturalmente, accettabili (*incompatibilità senza conflitto*);

d) le opzioni possono essere concepite così differenti da essere incompatibili, avendo riguardo proprio al valore della differenza e dell'incompatibilità. Joseph Raz è stato il più esplicito su questo punto (*incompatibilità e conflitto potenziale*), ma egli non mette mai a fuoco il tema di una incompatibilità più forte;

e) le opzioni possono essere concepite così differenti da essere incompatibili, nel senso che se una determinata opzione risulta praticabile all'interno della comunità, un'altra non lo è più. Durante una guerra civile di religione si parte dal presupposto che, se un determinato culto è ammesso e riconosciuto, il proprio culto non è compiutamente rispettato, e non risulta più quindi un'opzione praticabile. Un'opzione esclude l'altra (*incompatibilità come conflitto*).

Le opzioni devono altresì essere dotate di valore, *valuable*. Non si vede che senso possa avere la scelta fra opzioni prive di valore, come la libertà accordata dal padre a Violante, se bere il veleno o uccidersi col coltello. Naturalmente si tratta di un requisito altamente problematico, perché i fautori dell'argomento basato sui valori possono negare, come spesso fanno, valore morale all'istituzione eventuale della coppia di fatto.

Si tenga presente in primo luogo che un valore *prima facie* meritevole di tutela è il numero delle opzioni, onde nel dubbio si deve includere. Si tratta in secondo luogo di comprendere quale livello di differenza e incompatibilità risulti accettabile. Un semplice ventaglio di opzioni che risulti ottimisticamente orientato al *trahit sua quemque voluptas* non tiene in considerazione il principio onde i fatti istituzionali non si presentano mai come una capsula di significato normativo indipendente. L'orizzonte delimitato dalle istituzioni *non* è descritto da un'ode di Orazio, *Maecenas atavis edite regibus* ... Non si tratta di scelte, pur serie e dolorose, fra la carriera del poeta lirico e quello dell'uomo sportivo. Le opzioni devono poter rappresentare punti vista effettivamente incompatibili, altrimenti cessano di essere *opzioni* (al plurale). Tuttavia, proprio per via della menzionata formula di Raz (*«the true meaning of social practices is their social meaning»*), un'opzione risulta effettivamente incompatibile con un'altra quando la sua praticabilità *può* (non necessariamente deve) essere considerata incompatibile con un'altra radicalmente differente. Il conflitto è potenziale, non attuale; ma sarebbe un errore aspirare a incompatibilità non potenzialmente conflittuali, perché la diversità del *range* di opzioni necessaria alla scelta istituzionale libera non può attuarsi in modo esaustivamente pacificato. Qui la questione della "incompatibilità" si salda con quella del valore. Per Raz l'autonomia è *valuable* solo se permette la direzione della propria vita at-

traverso la scelta fra opzioni diverse e anch'esse *valuable* (perfezionismo). Ma l'autonomia può invece essere *valuable* solo se permette la direzione della propria vita attraverso la scelta fra opzioni diverse e anch'esse *valuable* senza che l'opinione di altri individui o gruppi o maggioranze intorno a ciò che va considerato *valuable* o meno assuma un ruolo determinante: in altri termini, perché la scelta sia significativa (*significant choice*), essa va compiuta fra opzioni che hanno valore (non nonostante ma) in quanto questo valore può essere messo in discussione e negato a partire da altri valori incompatibili. *Pace Raz*, le opzioni non sono *valuable* di per se stesse, sono *valuable* perché il loro valore può essere negato. Ciò non deve stupire, poiché la filosofia morale ci insegna che esistono dei beni che sono beni (non nonostante bensì) in virtù della loro fragilità⁸.

L'istituzionalizzazione di una nuova opzione, resa possibile da una *Anerkennung* giuridica, aumenta il *range* di opzioni possibili avendo riguardo al numero, alla diversità relativa delle opzioni e al valore di esse. È bensì vero che l'intervento legislativo che riconosce la coppia di fatto può indirettamente alterare il significato sociale normativo (l'unico che può rilevare in questa sede) di istituzioni contigue: ma questo non è solo inevitabile, ma condizione logicamente necessaria per il valore di un'opzione effettivamente alternativa.

5. Scelte tragiche: l'argomento normativo sulle coppie di fatto

Dal punto di vista di chi opera sopra le istituzioni che costituiscono l'orizzonte normativo dato, le operazioni di critica e di riconoscimento possono configurarsi come scelte tragiche. Sono scelte tragiche quelle che non permettono il calcolo razionale della soluzione *esaustivamente* corretta, cioè compiutamente e conclusivamente giusta. Una scelta tragica non esclude criteri discretivi che orientano l'azione; questi criteri, però, non possono rivendicare la compiuta giustizia dell'opzione; possono però servire come argomenti per efficacemente giustificare la scelta (sul principio che una scelta diversa sarebbe peggiore secondo i principi usati per argomentare). Gli eroi tragici si trovano spesso in queste circostanze. Nella paronimia di Oreste, l'eroe è diviso tra l'obbligo di uccidere Clitemnestra, omicida di Agamennone, padre di Oreste, e il divieto di alzare la mano su lei, in quanto sua madre; sia l'obbligo sia il divieto sono più o meno impliciti nella concezione greca arcaica dell'onore dovuto ai genitori. Non esiste

⁸ M.C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* (1986), trad. it. *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, a cura di Gf. Zanetti, il Mulino, Bologna 1996.

una scelta *giusta*; ma esistono criteri per decidere, e Oreste compie una scelta. Rispettare la complessità delle scelte tragiche non significa non decidere. La critica di un'istituzione può comportare una deliberazione su scelte tragiche e si manca di rispetto alle ragioni dell'opzione sacrificata se si pretende con un argomento diretto di negare valore ai valori che essa sostiene.

L'argomento basato sui valori, perciò, deve essere confutato mostrando la ricchezza, l'articolazione, e l'importanza degli argomenti con i quali si può sostenere l'opportunità di un riconoscimento giuridico delle coppie di fatto. Questo riconoscimento potrà modificare l'orizzonte normativo complesso nel quale le nostre istituzioni sono *nested*, ma ciò rappresenta una dinamica normale nel dispiegarsi del pensiero normativo. Se si è in grado di produrre un argomento sufficientemente articolato a favore del riconoscimento giuridico della coppia di fatto, che faccia perno su gli elementi normativi rilevanti in questione, l'argomento basato sui valori risulterà confutato, perché la critica che il pensiero normativo deve produrre per perfezionare le istituzioni esistenti modifica necessariamente l'autointerpretazione dei fatti istituzionali e del loro significato normativo. Questa dinamica, che è inevitabile dal punto di vista della logica del pensiero normativo, che perfeziona e confuta, comporta dal punto di vista della filosofia morale la possibilità dolorosa di una scelta tragica che comunque si dà. Il *non* riconoscimento della coppia di fatto comporta una spesa morale maggiore, e un *vulnus* maggiore a (altri) valori che sostanziano i principi con i quali possiamo e dobbiamo criticare le istituzioni esistenti. Solo prestando attenzione ai dettagli della questione, articolando il più attentamente possibile un argomento critico che tenga creativamente conto dei vari, possibili aspetti rilevanti del problema, si può mostrare rispetto alla posizione alternativa.

5.1. L'istituzionalizzazione della coppia di fatto e le opzioni incompatibili a disposizione

L'istituzionalizzazione della coppia di fatto aumenta il numero delle opzioni incompatibili a disposizione. In primo luogo, va notato che la disciplina giuridica della coppia di fatto aumenta, in senso stretto, il *range* delle opzioni istituzionali che rappresentano una condizione di sfondo per la libertà individuale di scelta. C'è una presunzione favorevole, in questo senso, perché il possibile impatto sulla realtà istituzionale di sfondo va ancora provato, anche se abbiamo ammesso che esso è per principio possibile. Al contrario, non c'è il minimo dubbio che questa elaborazione giuridica permette di conseguire un vantaggio nei termini della libertà istituzionale. Sarebbe sbagliato sottovalutare la portata di questa prima, ovvia, notazione.

La nuova opzione che viene resa effettivamente possibile (*licere*) risulta a questo punto concretamente e universalmente disponibile, disponibile cioè a *tutti*. Posso non amare la musica lirica, e trovare insopportabile l'atmosfera del Teatro Lirico della città dove vivo, ma la presenza del Teatro arricchisce in modo singolare il ventaglio di opzioni del quale fruisco: se mio figlio ha un talento musicale, questo talento potrebbe risultare perduto se non sono disponibili istituzioni che ne facciano emergere la concreta vitalità. Posso non amare l'opera lirica, ed essere felicissimo del fatto che quei miei parenti, i miei amici, e così via, per i quali Verdi e Puccini sono così importanti, possano godere delle loro arie preferite cantate dal vivo dai grandi tenori. Posso amare l'opera lirica e non andare mai a Teatro: per pigrizia, per ristrettezze finanziarie, per prendermi cura della mia famiglia – e tuttavia odiare l'idea di vivere in una città dove manca una programmazione di teatro lirico. La disciplina giuridica delle coppie di fatto, come tutte le aperture giuridiche che rendono una nuova istituzione disponibile, arricchisce l'orizzonte normativo nel quale tutti i partecipanti al gioco istituzionale si trovano in un piano di eguaglianza.

5.2. Coppie di fatto omosessuali

Il fatto che la coppia di fatto possa essere pensata a prescindere dal sesso dei *partners*, e che nasca come concetto non discriminativo delle coppie omosessuali, non può affatto essere considerato un argomento contro l'istituzione della coppia di fatto, se non si produce una dimostrazione normativa della inaccettabilità dei comportamenti e delle credenze che producono la possibilità di fatto (*posse*) della coppia di fatto omosessuale. Questa dimostrazione è tuttavia, in contesto (e questa è, naturalmente, una qualificazione importante), impossibile: i comportamenti omosessuali sono infatti già leciti.

I comportamenti omosessuali sono non leciti in numerosi stati, come lo Yemen, l'Arabia Saudita, o la Georgia. Sono invece leciti in Europa, per motivi collegabili alla civiltà giuridica liberale che è emersa, per esempio, in documenti come il Wolfenden Committee Report e la discussione dottrinale ad esso conseguente (celebre per via dell'arcinoto scontro fra H.L.A. Hart e Lord Patrick Devlin). La possibilità di una regolamentazione giuridica delle relazioni che questi comportamenti possono instaurare genera un dilemma.

Da un punto di vista conservatore, questi comportamenti, in quanto non regolamentati, sono disordinati, e non meritevoli di tutela; un loro riconoscimento (*Anerkennung*) significa permissivismo, cioè l'approvazione di ciò che, per vari motivi, non va approvato.

Ma i comportamenti e le credenze in questione sono già disponibili, possibili come fatto bruto (*posse*) che non viene sanzionato e proibito dalla

legge, perché i comportamenti e le credenze in questione non costituiscono una fattispecie penale nei paesi di civiltà giuridica liberale.

Chi richiede un riconoscimento giuridico delle coppie di fatto omosessuali, perciò, non richiede affatto il consenso a orgie decadenti, a promiscuità viziose, a sfrenatezze di libidine, perché orgie, promiscuità e sfrenatezze sono già possibili, non costituiscono un reato se avvengono nelle circostanze nelle quali, è dato di immaginare, per lo più avvengono, e sono disponibili a coloro che combattono assiduamente, sul piano argomentativo, sia a favore sia contro l'istituzionalizzazione delle coppie di fatto.

Chi richiede un riconoscimento delle coppie di fatto omosessuali, perciò, ha di mira una possibile volontaria restrizione della sfrenatezza, del disordine, della promiscuità, e così via. Il *partner* della coppia di fatto omosessuale non è un ladro che pretende di rubare con la benedizione del prete ("vai in pace, non fai nulla di male"), ma un cittadino che desidera che il suo comportamento sia riconosciuto come normativamente significativo.

Se questo riconoscimento avviene, è vero, la formula di Raz implicherà che il significato di sfondo delle istituzioni contigue possa essere indirettamente alterato, perché il significato delle istituzioni normative non si presenta mai in forma capsulare. Se questo riconoscimento non avviene, tuttavia, il significato istituzionale di quei comportamenti e di quelle credenze sarà pari a zero: il che è come dire che il sistema normativo concretamente costringe alle orgie, alla promiscuità e alla sfrenatezza. Un atto (anche di semplice affetto) omosessuale diventa allora per forza definitoria mera libidine, atto bruto: è pura copula animale. Poiché il sistema normativo permette (come *posse*: non li persegue penalmente) quegli atti e quelle credenze ma non ne permette (*licere* istituzionale basato su un riconoscimento di qualche tipo) alcuna realtà istituzionale, avviene in questo caso un *vulnus* molto preciso.

I famuli vichiani vollero le nozze solenni per non essere costretti alla bestiale promiscuità. Non riconoscere giuridicamente, in alcun senso, un complesso articolato di atti e credenze significa, se non si cerca di sradicarli come pericolosi o malvagi, costringere allo stato ferino i titolari di quelle credenze che potrebbero generare una istituzione. Significa forzare le loro potenzialità normative al punto che comportamenti teoricamente disponibili alla creatività istituzionale, riconoscibili, comunicativi, vengono derubricati con violenza nella sfera del puro *posse*, dei *brute facts*. Paradossalmente, è il *non* riconoscimento delle coppie di fatto, a prescindere dal sesso dei contraenti, che rappresenta un invito a una promiscuità "ferina" che è già perfettamente possibile e attualmente non perseguibile. Specificamente, ciò che è filosoficamente offensivo nel non riconoscimento delle coppie di fatto (omosessuali e non) è la violenta emarginazione nella sfera dei *brute facts* di una serie di credenze, comportamenti, affetti, pronti e disponibili per assumere forma istituzionale normativamente efficace.

Il regime giuridico instaurato dal Mullah Omar in Afghanistan, che giustiziava in modo crudele gli omosessuali, era sicuramente barbaro dal punto di vista della sensibilità occidentale e liberale; era tuttavia coerente. Comportamenti giudicati privi di valore meritevole di tutela e moralmente illeciti venivano perseguiti. Un regime giuridico che ammetta come leciti questi comportamenti, ma che disconoscendone ogni potenzialità meritevole di tutela ne impedisca ogni forma di istituzionalizzazione, fallisce in modo più profondo, e genera mostri giuridici che neppure i più accesi avversari della istituzionalizzazione giuridica delle coppie di fatto – talvolta persone sensibili e intelligenti, motivate da una moralità conservatrice che non merita alcuno scherno – osservano senza imbarazzo (nel diritto successorio, nei regolamenti ospedalieri che regolano il diritto di visita in determinati casi, e così via).

È naturalmente vero che un'istituzionalizzazione delle coppie di fatto omosessuali viene percepita come moralmente offensiva da chi faccia propria una moralità di tipo tradizionale e conservatrice. In questi casi la ponderazione delle modalità di istituzionalizzazione gioca un ruolo fondamentale: a queste modalità rimangono affidati il rispetto e la considerazione per un'opzione incompatibile che può subire un *vulnus*.

I casi estremi sono facili da determinare: chi suggerisse che la Chiesa cattolica, rifiutandosi di celebrare matrimoni di coppie omosessuali, discrimina i fedeli gay e va perciò giuridicamente costretta ad adeguare i suoi riti a un canone non discriminatorio, distruggerebbe completamente quell'opzione di vita che si realizza in comportamenti e aspettative precise, e nel cui ambito gli atti omosessuali, nonché ad esempio l'adulterio o la fornicazione, sono interpretati come moralmente inaccettabili.

Chi suggerisse che una qualsiasi regolamentazione della coppia di fatto omosessuale è inaccettabile, compirebbe una scelta analoga a quella appena descritta, distruggerebbe cioè sul nascere una opzione incompatibile di vita che arricchirebbe il ventaglio delle opzioni possibili.

Se la parola, e il concetto stesso di matrimonio, il *sacramentum magnum*, il "momento più bello" per così tante persone il cui orientamento personale è tradizionale e conservatore, può subire un *vulnus* indiretto ma doloroso nel caso in cui la disciplina giuridica che lo istituzionalizza venga estesa alle coppie omosessuali, il termine e il concetto di matrimonio può essere argomentativamente lasciato fuori dal processo che riconosce sul piano istituzionale una coppia omosessuale. Ma dall'ipotetico fatto che il fiato, nella nostra tradizione ebraico-cristiana, è concetto intrinsecamente religioso per via di quell'alito divino che dette vita ad Adamo nel *Genesi*, non consegue necessariamente che debba essere impedito il respiro a chi non si identifica con i precetti che da quella tradizione promanano. Il riconoscimento istituzionale delle coppie di fatto non implica alcun impatto diretto sull'istituzione del matrimonio.

Naturalmente il riconoscimento istituzionale delle coppie di fatto può essere concepito come primo passo in una direzione, cioè come cavallo di Troia per chi desideri distruggere l'*ethos* cristiano delle società occidentali. In questo caso l'argomento non fa perno sul riconoscimento delle coppie di fatto *per se* ma per quello che questo riconoscimento può significare *in the long run*. È il celeberrimo *slippery slope argument*, l'argomento della china scivolosa, che minaccia la disgregazione progressiva dei valori morali, o semplicemente dei valori condivisi, che sono o dovrebbero essere alla base della vita civile. Anche in questo caso, la ponderazione è sempre possibile. Posso mettere in essere provvedimenti specifici che proteggono la famiglia tradizionale basata sul matrimonio eterosessuale, per esempio con una corretta politica sugli asili nido, sugli sgravi fiscali per le madri in difficoltà, e così via. In altri termini, l'argomento della duna scivolosa non costituisce una difficoltà insormontabile; è infatti possibile mostrare serio ed eguale rispetto e considerazione per i fautori della moralità tradizionale che percepiscono la disciplina giuridica e quindi il riconoscimento istituzionale, della coppia di fatto, come minacciosi dei propri valori e stili di vita. È infatti evidente che indipendentemente dalla conclusività dello *slippery slope argument*, che non sembra sussistere, la sensibilità di chi senta la propria opzione e stile di vita minacciati dalla novità normativa va presa in considerazione e rispettata. Questa sensibilità, tuttavia, non costituisce un argomento per impedire un ampliamento del ventaglio di opzioni incompatibili che vengono aperte e rese disponibili anche per coloro che non intendono avvalersene.

5.3. Coppia di fatto e valori morali

L'argomento basato sui valori assume come rilevante il principio onde valori morali in quanto tali (come avviene in talune declinazioni neogiusnaturalistiche contemporanee) o semplicemente valori di moralità condivisa (come si intravede in alcune elaborazioni di matrice *communitarian*) si oppongono a un riconoscimento di uno stile di vita minoritario. È opportuno distinguere i due casi.

Se si assume che valori morali *in quanto tali* si oppongono al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, la conseguenza è che la tolleranza che i sistemi giuridici occidentali spesso mostrano per gli atti affettivi e sessuali fuori dal matrimonio è semplicemente un lusso, un *optional*: essi potrebbero perfettamente essere proibiti, e ci sarebbero anche, probabilmente, ottime ragioni normative per farlo, ma ragioni di *policy*, motivi di ordine pratico, di riduzione del danno, ecc. consigliano di non farlo. In tal caso, la mancanza di una legislazione repressiva va interpretata come il risultato di una mera considerazione tecnico prudenziale. Forse una pressione troppo alta sui cittadini potrebbe far diminuire il prodotto interno lordo, o

forse finché i comportamenti devianti sono statisticamente marginali la società civile stessa è perfettamente adeguata al ruolo repressivo: ostracismo sociale, isolamento, insuccesso professionale, sono fattori dissuasivi sufficienti. Se invece si assume che atti affettivi e sessuali fuori dal matrimonio, e le credenze ad essi collegati, possono costituire uno stile di vita in qualche modo rispettabile, un'opzione alternativa, anche per il semplice fatto che essa arricchisce il ventaglio delle opzioni a disposizione, allora l'assenza di una legislazione repressiva è una conquista, una libertà, è qualcosa che sollecita approvazione e lode. Ora, l'elemento rilevante delle nostre opzioni è dato dalla loro contestualizzazione, perché, come si è detto, esse sono *nested* in un sistema di opzioni potenzialmente incompatibili, e non c'è alcun motivo di lagnarsi di questo aspetto scomodo ma affascinante della condizione umana. Noi non possiamo interpretare l'assenza di legislazione repressiva degli atti affettivi e sessuali fuori dal matrimonio (quali atti sessuali fra adulti consenzienti prematrimoniali, o fra divorziati consenzienti) come semplice lusso, come un *optional*: siamo infatti consapevoli che le opzioni incompatibili costituiscono un orizzonte normativo di libertà influenzandosi l'un l'altra, e il loro numero e differenza reciproca sono elementi fondamentali. In questo caso, tuttavia, non è più possibile invocare un *moral value* come vero in quanto tale, per eliminare dal nostro orizzonte il riconoscimento del valore incompatibile espresso da credenze e atti che possono essere disciplinati in una istituzione; l'argomento critico che produce l'istituzione non distrugge affatto il *moral value* che si vorrebbe invocare ma lo lascia sussistere come un'opzione incompatibile con quella resa ora possibile (*licere*) dal punto di vista istituzionale. L'argomento del *moral value* in quanto tale aspira invece ad essere conclusivo: è possibile, sull'argomento delle coppie di fatto, raggiungere conclusioni normative definitive, e la discussione può infine concludersi. Dallo studio e dalla comprensione dei valori morali che scopriamo essere veri, e sui quali potrebbe esservi un consenso universale, si inferisce legittimamente una conseguenza normativa che può risultare disturbante e difficile, ma che pure va accettata per motivi di coerenza. Per poter essere conclusivi, per concludere, è tuttavia necessario non prestare troppa attenzione a elementi e circostanze che andranno qualificati come irrilevanti. Il pensiero normativo, tuttavia, non si esaurisce mai in operazioni che possano essere spiegate in base al solo cosiddetto principio di conclusività; il pensiero normativo conserva una sua opacità, esso è reso "impuro" da un principio alternativo a quello di conclusività: in base al cosiddetto principio di rilevanza⁹ chi ragiona normativamente cerca semplicemente di orientare il suo pensiero tenendo in considerazione i vari aspetti che, nella situazione concreta di spe-

⁹ Gf. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, cit., p. 2.

cie, effettivamente rilevano. Posso offrire le mie ottime ragioni, nelle quali profondamente credo, per affermare che la musica barocca è più ricca, articolata, interessante, ecc. della musica romantica; se tuttavia espongo le mie ragioni partendo dal presupposto che, dopo averle enunciate, ogni persona in buona fede che le conosca debba acconsentire con me e la discussione sull'argomento sia chiusa, verrò con buone ragioni accusato di follia. Non posso sottrarmi al "paradosso della prefazione" ricordato da Margalit¹⁰: nel momento in cui scrivo la prefazione di questo saggio credo che ogni frase in esso espressa sia vera; credo anche che ci siano per forza frasi che non sono vere. Così da un lato il pensiero normativo descritto dal principio di conclusività e dal principio di rilevanza insieme risulta costitutivamente plurale, perché l'analisi delle circostanze *rilevanti* non può per definizione essere esaustiva; dall'altro l'argomento normativo che esso produce mancherà necessariamente forza conclusivamente deduttiva, e risulterà necessariamente aperto alla critica. L'argomento basato sui valori morali fallisce non per debolezza, ma per eccesso di forza: esso trascina con sé non solo la potenzialità istituzionale dell'opzione incompatibile della coppia di fatto, ma la stessa ricchezza di opzioni che radica il pensiero normativo in una discussione aperta, riducendo drasticamente i margini di libertà dei partecipanti ideali a una discussione fra eguali.

Se si assume che valori di moralità *condivisa* si oppongono al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, e se si considera efficace questo argomento, si considera come esclusivamente rilevante la forza di inerzia normativa presente in un dato momento di una società storica. Dal punto di vista del pensiero normativo questo è un errore argomentativo ben preciso. Benjamin Constant ricordava con gusto quella cuoca francese che, rimproverata per la crudeltà con la quale spellava vive le anguille, rispose che "ci sono abituate": lo faceva da trent'anni. Come ha ricordato recentemente Massimo La Torre¹¹, quello che rileva in una riflessione sulla libertà è precisamente il fatto che l'autorità è chiamata a rendere ragione, a legittimarsi; analogamente, quello che caratterizza il pensiero normativo è che la decisione normativa deve spiegarsi, argomentarsi, deve produrre un argomento che la giustifichi. La cuoca di Constant decise semplicemente di non ascoltare la richiesta di giustificazione argomentata di una prassi. Il pensiero normativo, al quale devono ricorrere necessariamente anche coloro che al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto si oppongono, non agisce meramente descrivendo una situazione di fatto e traendo conclusioni: esso comporta l'assunzione di una responsabilità nella produzione di un

¹⁰ A. Margalit, *The Decent Society*, Harvard University Press, London-Cambridge, Mass. 1996.

¹¹ M. La Torre, *Libertà*, in M. La Torre, Gf. Zanetti, *Seminari di Filosofia del diritto. Categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2000.

argomento più o meno articolato. L'argomento dei valori condivisi somiglia straordinariamente all'argomento dell'amante marpione, che, rimproverato per il tradimento e per le infrante promesse, taglia corto: "Il fatto è che non ti amo più". Il sentimento, in questo caso, non ha nulla a che fare con un'assunzione di responsabilità, anche parzialmente volontaria, con un *commitment*; è qualcosa che si misura con un termometro, si rileva empiricamente; a quanto pare i nostri strumenti segnalano che l'amore romantico è terminato nel mio cuore, e quindi, per quanto spiacente e altresì consapevole dell'imbarazzante circostanza, mi ritengo svincolato da ogni precedente patto di onestà. Questa moralità del sabato sera, che rifiuta la responsabilità e il dovere di offrire giustificazioni serie per i propri orientamenti normativi, è la medesima del giudice White in *Bowers*: la maggioranza ha il diritto di trasformare in diritto la propria morale, e se la maggioranza ha valori condivisi contrari al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto il discorso è chiuso¹². Non occorre un filosofo morale, e neppure un uomo di coscienza: un sondaggio sarà sufficiente. Si rileva un orientamento normativo, come si rilevarebbe una temperatura, e si procede a sanzionarlo senza richiedere un argomento critico a sostegno dell'orientamento, e anzi assumendo che l'orientamento costituisce, che esso effettivamente è, l'argomento. Ma il pensiero normativo non agisce in questo modo meccanico e marpione. Il pensiero normativo emerge proprio (nonché, tecnicamente parlando, solo) quando a un orientamento normativo espresso in linguaggio prescrittivo a partire dall'esistenza di una istituzione data fa seguito una critica argomentata in linguaggio argomentativo che ne giustifica l'esistenza sul piano dei principi. L'argomento sui valori condivisi, tuttavia, rifiuta i principi come argomento e di conseguenza abdica dalla forza argomentativa assicurata dal pensiero normativo: si configura perciò come espediente tecnico, volto al conseguimento di uno scopo specifico, in questo caso il mantenimento di uno *status quo* normativo non argomentato; da questo punto di vista, esso è simile alla violenza, che può, anch'essa, essere utilizzata con successo per mantenere lo *status quo* normativo senza argomentare.

L'argomento basato sui valori, perciò, fallisce in entrambi i casi. Nel primo caso esso opera *in reckless disregard* per il principio della pluralità delle opzioni incompatibili, che tuttavia è una condizione di pensabilità del pensiero normativo propriamente detto; di conseguenza, esso aspira chiudere una discussione che non può essere arbitrariamente "conclusa" senza mancare di rispetto a una delle parti (decisioni normative dolorose posso-

¹² Vedi anche M. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, in «California Law Review», vol. 77, n. 3, 1989, pp. 521-538, trad. it. *Il discorso morale e la tolleranza liberale*, in A. Ferrara (a cura di), *Comunitarismo e Liberalismo*, Editori Riuniti, Roma 1992, pp. 251-273.

no e devono, naturalmente, essere prese). Nel secondo caso esso sostituisce alla logica del pensiero normativo una logica tecnica; gli orientamenti normativi sono espressione di una realtà *brute* che, con salto logico inammissibile dal punto di vista del pensiero normativo, viene presunta ragione sufficiente per una validazione critica di una data realtà istituzionale.

6. Conclusioni

La disciplina giuridica della coppia di fatto, eterosessuale e omosessuale, è quindi criticamente giustificata. La disciplina giuridica della coppia di fatto si giustifica criticamente con l'argomento, basato su principi, che un numero maggiore di opzioni istituzionali disponibili è preferibile a un numero minore; con l'argomento, basato su principi, che la differenza fra le opzioni a disposizione, proprio perché raggiunge un livello di potenziale conflitto con altre opzioni incompatibili a disposizione, è preferibile a una differenza minore che non raggiunga il livello della incompatibilità potenzialmente conflittuale; con l'argomento, basato su principi, che il fatto che possa essere negato valore a questa specifica opzione è condizione logica necessaria per il suo valore normativo; con l'argomento, basato su principi, che è possibile procedere alla disciplina giuridica di questa opzione che aspira alla realtà istituzionale mostrando eguale considerazione e rispetto per quei valori e credenze che sostanziano opzioni radicalmente alternative e incompatibili con le credenze e i valori espressi da una eventuale istituzione e riconoscimento (*Anerkennung*) della coppia di fatto; con l'argomento, basato su principi, che gli argomenti contrari alla disciplina giuridica della coppia di fatto falliscono.