

Elementi di etica pratica

Argomenti normativi
e spazi del diritto

A cura di Gianfrancesco Zanetti

I lettori che desiderano
informazioni sui volumi
pubblicati dalla casa editrice
possono rivolgersi direttamente a:

Carocci editore
via Sardegna 50,
00187 Roma,
telefono 06 / 42 81 84 17,
fax 06 / 42 74 79 31

Visitateci sul nostro sito Internet:
<http://www.carocci.it>



Carocci editore

Indice

Introduzione
di *Gianfrancesco Zanetti*

9

I L'argomento dell'"infelicità" e l'escissione

1. Pratiche culturali e sfide al diritto: il caso dell'escissione
di *Alessandra Farbi* 13
2. L'escissione, i gruppi e le istituzioni: le possibilità di una critica per
principi
di *Gianfrancesco Zanetti* 27
3. Commento
di *Augusto Barbera* 40

II L'argomento dello "straniero morale" e il matrimonio islamico

1. Società multiculturale, pluralismo normativo e diritto: il caso del
matrimonio islamico
di *Letizia Mancini* 47
2. Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale
di *Franco Belsisi* 59
3. Commento
di *Vincenzo Ferraro* 71

III L'argomento della "cooperazione costituzionale" e le questioni di *welfare*

1. Lavoro, cittadinanza, *Welfare State*: una prospettiva critica sul
reddito minimo garantito
di *Lara Baccelli* 77
2. Reddito minimo garantito e diritti sociali: gli spazi del pubblico
di *Thomas Cavalari* 92
3. Commento
di *Damiano Zolo* 108

Volume pubblicato con il contributo di fondi ex 60 %
e del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi
di Modena e di Reggio Emilia

2^a ristampa, marzo 2008
1^a edizione, aprile 2003
© copyright 2003 by Carocci editore S.p.A., Roma
Finito di stampare nel marzo 2008
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ISBN 978-88-430-2561-9

Riproduzione vietata ai sensi di legge
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,
è vietato riprodurre questo volume
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,
compresa la fotocopia, anche per uso interno
o didattico.

Introduzione

IV L'argomento dell'"estrema ingiustizia" e la deontologia degli avvocati

1. Avvocatura ed etica giuridica
di *Massimo La Torre* 115
2. Analisi sociologica e avvocatura: modelli e trasformazioni in atto
di *Stefania Pellegrini* 130
3. Commento
di *Luigi Ferrajoli* 142

V L'argomento delle "opzioni incompatibili" e le coppie di fatto

1. Le coppie di fatto tra diritto e morale
di *Giampaolo Zanetti* 147
2. Nuove trasformazioni del diritto di famiglia e coppie di fatto
di *Matteo Bonini Baraldi* 161
3. Commento
di *Michele Serza* 173

VI L'argomento dell'"autonomia" e l'eutanasia

1. Eutanasia e filosofia morale: l'autonomia e le sue insidie
di *Marina Laletta Carobosa* 179
2. Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia
di *Luigi Cornacchia* 195
3. Commento
di *Demetrio Neri* 209

Bibliografia 215

Gli autori 235

I saggi contenuti in questo volume rappresentano l'esito di una collaborazione fra studiosi di diversa formazione e orientamento — filosofi, sociologi e giuristi — e affrontano temi sui quali l'etica pratica in questi *Elementi* non pretende di produrre argomenti conclusivi, interrompendo, per così dire, la discussione per sempre. Gli argomenti qui generati, tuttavia, utilizzando una metodologia comune, dimoano questioni normative difficili — escissione, matrimonio islamico, accesso ai servizi sociali e distribuzione delle risorse, deontologia professionale degli operatori giuridici, coppie di fatto, eutanasia — con un approccio che nega ogni dogmatico relativismo morale o culturale. Le questioni fatte oggetto di indagine, senza alcuna pretesa di esaurività (non si affrontano qui, ad esempio, le questioni dell'etica degli affari e quelle legate agli effetti delle nuove tecnologie sulla *privacy* e sulla vita individuale e collettiva, ambiti sui quali vanno espandendosi la ricerca e la letteratura critica), possono solo esemplificare la materia, spesso scivolosa, con cui deve confrontarsi una riflessione normativa di etica pratica che abbia di mira lo spazio pubblico del diritto.

Negli atenei italiani sta lentamente emergendo — sia a livello didattico, sia nella pratica di ricerca — una sensibilità per l'indagine filosofica specificamente normativa (l'etica sociale, ad esempio, è stata recentemente "riattivata" come disciplina in alcuni corsi di laurea e facoltà). La riflessione normativa, per anni assente in Italia, è invece da tempo fiorente in altre realtà culturali e accademiche: negli Stati Uniti, ad esempio, Ronald Dworkin è un filosofo del diritto che, dopo aver criticato Hart e il paradigma moderno della separazione fra diritto e morale, è approdato a una riflessione normativa originale e autonoma. Judith Thomson elaborò il celebre argomento "del violinista" in tema di aborto, al quale rispose il filosofo cattolico John M. Finnis (che non esita, in altro contesto, a citare l'argomento della "macchina delle emozioni" elaborato da Nozick). La filosofia normativa è insomma possibile; essa di fatto vigoreggia quando viene coltivata nelle appropriate sedi istituzionali. Gli operatori sociali di una società multiculturale, i membri laici di una commissione di bioetica, gli operatori sanitari e dei servizi sociali, devonno quotidianamente prendere decisioni su casi (talvolta) difficili, su questioni

L'argomento delle "opzioni incompatibili" e le coppie di fatto

1

Le coppie di fatto tra diritto e morale

di *Gianfranco Zanetti*

1.1

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*.

1.1.1. Chi sceglie liberamente di non sposarsi, pur avendo la possibilità di farlo, compie una *libera* scelta: i *partners* non desiderano un'invasione 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".

1.1.2. Il secondo argomento mette 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 Costituzione 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

rispetto a qualunque dilemma morale, per qualunque criterio meta-morale. Si pensi, innanzitutto, al problema della scelta se accettare la difesa di un imputato di cui l'avvocato interpellato sospetti o peggio conosca la colpevolezza: che è chiaramente, se è vero che anche il colpevole ha diritto alla difesa, una questione rimessa alla coscienza del difensore e che nessuna regola può pretendere di risolvere aprioristicamente. Ma si pensi anche al problema del confine tra il ricorso a pratiche processuali idonee a ritardare e magari a impedire il processo e quello, precluso dal dovere di lealtà e probità, a espedienti finalizzati unicamente e palesemente a tale scopo; oppure al problema del confine tra il diritto dell'imputato di mentire e comunque di disculparsi e l'accusa, talvolta intrinseca all'autodifesa, nei confronti di altri. È in questi casi che si manifesta la differenza tra l'auto-difesa, che è comunque un diritto dell'imputato, e gli spazi, più ristretti, della difesa tecnica. Il caso limite e drammatico è quello in cui l'avvocato è a conoscenza di prove di colpevolezza del suo cliente la cui mancata rivelazione produrrebbe la condanna di un innocente. Certamente il difensore potrà, o meglio dovrà, in questo caso, rinunciare al mandato. Ma il segreto professionale gli impedisce sicuramente di tradire il rapporto di fiducia con il suo difeso.

Insomma, l'alternativa tra i due opposti modelli deontologici di difensore – quello conflittuale e quello collaborativo – riproposta da La Torre e Pellegrini può essere ridotta, ma non eliminata. Il merito dei loro contributi è di averla esplicitata e tematizzata, insieme ai molti problemi etici ad essa connessi, e così di avviare una riflessione nella quale sarebbe utile che si impegnassero i nostri studi – dalla filosofia del diritto alla filosofia della morale – anche attraverso un confronto con le discipline processualistiche e con l'esperienza pratica degli avvocati e degli altri operatori del diritto.

qualificazione dipende dal fatto della possibilità di una coppia di fatto fra cittadini di orientamento omosessuale.

1.2

Critica dell'argomento di libertà

Le regole costitutive sono il prodotto di un comportamento sociale e delle credenze a 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.

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

1.2.2. 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 (vi 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 (2.6.1).

1.2.3. 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 a quella 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 disposizione 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.

1.2.4. 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 (2.3.2, 2.4.3).

1.2.5. Quanto detto in 1.2.3 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'ascrizione indiscriminata di uno *status* istituzionale ai conviventi, per via legislativa. Le considerazioni qui svolte da Bonini Baraldi *sub* 2.4.1 fanno chiarezza su questo punto.

1.3

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.

1.3.1. 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 (2.2.1). 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: a) 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 partenza (Zanetti 2003; 2.2.2); b) in secondo luogo, ciascuna istituzione risulta collegata a un orizzonte normativo dato, essa è *nested* in quel sistema (anche complesso) di istituzioni assicurato da d).

Per quello che riguarda il primo punto, in Italia il magistero di Amedeo G. Conte (1989; 1995), e negli Stati Uniti quello di John R. Searle (1995), hanno insistito, rispettivamente, sul necessario pluralismo delle regole costi-

nutire 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 meaning» (Raz 1994, p. 186). Come avviene con le *social practices* nell'etica formula di Raz, anche i fatti istituzionali sono *mesia* e non si presentano al soggetto o all'operatore del diritto in forma capsulare.

1.3.2 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 desideri unirsi con un vincolo indissolubile di compiere questa scelta. Non c'è alcun dubbio che il fatto che il divorzio sia *possible (libere)* modifica il significato complessivo dell'istituzione del matrimonio, anche per coloro che della possibilità tecnica di divorziare non intendono avvaltersi mai, né mai se ne avvantaggeranno. È anche vero ciò che argomento spesso il pensiero conservatore, cioè che il *moral environment* relativo al matrimonio nel quale vivrò, o all'ero figlio, risulta modificato una volta che una determinata pratica è riconosciuta (*Anerkennung*) entro quel dato orizzonte normativo (George 1993). A maggior ragione, la disciplina giuridica delle coppie di fatto può avere un impatto indiretto ma effettivo sull'istituzione coniugale del matrimonio.

1.3.3. 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 *minus* morale recato a chi faccia propria una visione tradizionale del matrimonio, di chi ne tema in buona fede una relativizzazione. Sottovallutare un *minus* 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 *nonante* la possibilità dell'impatto descritto in 1.3.2. In altri termini: la disciplina giuridica delle coppie di fatto è opportuna anche al costo morale di una possibile indiretta alterazione del significato sociale e normativo dell'istituzione del matrimonio civile.

1.3.4. 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 (*power*) 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 (*libere*) rendere l'orizzonte

normativo imperfetto (2.6.1). 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 deceived», 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.

1.4

L'argomento delle "opzioni incompatibili"

Quanto si è detto in 1.2.2. 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 tradizionale mettono in luce l'inadeguatezza di una concezione di scelta libera intesa come semplice non impedimento (2.6.2). 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 loro (Nussbaum 1986; Raz 1986; cfr. Zanetti 2002; 2003) (2.5.2).

1.4.1. 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 un *partner* appartenente al proprio *racial group*, può naturalmente contrarre nozze e ricorrere liberamente all'adozione. Da un lato, i 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 positivi sul piano morale e sociale sono invece immensi, evidenti, e certi. Ora, la perplessità suscitata da una simile legge sul meticciano 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.

1.4.2. Le possibilità (*havere*), 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 esaurientemente 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 (2.5.2).

1.4.3. Le opzioni devono essere altresì differenti. Quanto si è detto in 1.2.3 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 certo, propriamente parlando, opzioni (*armonia stabilita*);

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 presso dal fervore polemico (*compatibilità e assenza di conflitto*);

c) Le opzioni possono essere concepite così differenti da essere incompatibili, ma pronte a essere sussunte in un'armoniosa composizione. John M. Finnis (1996) è molto attento a non dedurre alcun modello unico di stile di vita dotato di valore, da importare in modo antiliberali ai cittadini. Esistono, 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*).

1.4.4. 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 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.

1.4.5. 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 (1.4.2). Si tratta, in secondo luogo, di comprendere quale livello di differenza e incompatibilità risulti accettabile (1.4.3). Un semplice ventaglio di opzioni che risulti ottimisticamente orientato al *trahit sua quemque volubilis* 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, *Maezennas atavis ethie 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 di 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 un'incompatibilità non potenzialmente conflittuale, perché la diversità del *range* di opzioni necessaria alla scelta istituzionale libera non può attuarsi in modo esaurientemente pacificata. Qui la questione della "incompatibilità" si salda con quella del valore (1.4.4). Per Raz l'auto-nomia è *valuable* solo se permette la direzione della propria vita attraverso la scelta fra opzioni diverse e anch'esse *valuable* (perfezionismo). Ma l'auto-nomia 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 maggiorianze 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 esi-

stano dei beni che sono beni (non nonostante, bensì) in virtù della loro fragilità (Nussbaum 1986).

1.4.6. 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.

1.5

Scelte tragiche

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 *eventualmente* corretta, cioè compiutamente e conclusivamente giusta. Una scelta tragica non esclude criteri discretivi che orientano l'azione; questi criteri, però, non possono rivendicare la *complicità giuridica* 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 le mani 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 una scelta *giusta*, ma esistono criteri per decidere, e Oreste compie una scelta che può essere argomentata. Rispettare la complessità delle scelte tragiche non significa non decidere. La critica di una 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.

1.6

L'argomento normativo sulle coppie di fatto

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 sugli 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. Il *non* riconoscimento della coppia di fatto comporta una spesa morale maggiore, e un *minus* 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 per la posizione alternativa.

1.7

L'istituzionalizzazione delle coppie di fatto e le 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 premiazione 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 (*live*) 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 e così via. Posso amare l'opera lirica e non anda-

re 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.

1.8

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 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.

1.8.1. È naturalmente vero che una istituzionalizzazione delle coppie di fatto omosessuali viene percepita come moralmente offensiva da chi faccia propria una moralità di tipo tradizionale e conservatrice (George 2001). In questi casi la ponderazione delle modalità di istituzionalizzazione gioca un ruolo: a queste modalità rimangono affidati il rispetto e la considerazione per un'opzione incompatibile che può subire un *win-win*.

1.8.2. Naturalmente il riconoscimento istituzionale delle coppie di fatto può essere concepito come primo passo in una direzione, cioè come cavallo di Troia per chi desidera 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* (a esso rimanda, entro l'orizzonte problematico dell'eutanasia, anche il saggio di Luigi Cornacchia contenuto in questo volume: in particolare, 2.6.5), 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 senza 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, e indipendentemente dall'orientamento sessuale, che non dovrebbe costituire motivo di discriminazione.

1.9

Coppie 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 neognosnaturalistiche contemporanee) o semplicemente valori di moralità condivisa (come si intravede in alcune elaborazioni di matrice *communitarian*: ad esempio MacIntyre 1981) si oppongono a un riconoscimento di uno stile di vita minoritario (2.2.3). È opportuno distinguere i due casi.

1.9.1. 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 (anch'essi considerati lesivi dei valori morali in quanto tali) 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 a 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 premaritali, o fra divorziati consenzienti) come semplice lusso, come un *optima* 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 e sprezzo 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 (*licet*) dal punto di vista istituzionale. L'argomento del *moral value* in quanto tale aspira invece a essere *conclusivo*: è possibile, per i conservatori moralisti, sull'argomento delle coppie di fatto, raggiungere conclusioni normative definitive, e la discussione può infine concludersi.

Per concludere, è tuttavia necessario non prestare troppa attenzione a elementi e circostanze che andranno necessariamente 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 rilevanza* chi ragiona normativamente cerca semplicemente di orientare il suo pensiero tenendo in considerazione i vari aspetti che, nella situazione concreta di specie, effettivamente contano (Zanetti 2003, cap. II). Posso offrire le mie ottime ragioni, nelle quali profondamente credo, per affermare che la musica barocca è più ricca, articolata, interessante 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 Margalit (1996): nel momento in cui scrivo la prefazione del mio libro 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 di forza conclusivamente deduttiva, e risulterà necessariamente aperto alla critica. L'argomento basato sui valori

morali, invece, 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 (il cui ventaglio di possibilità costituisce qui l'elemento specificamente rilevante) che radica il pensiero normativo in una discussione aperta, riducendo drasticamente i margini di libertà dei partecipanti ideali a una discussione fra eguali.

1.9.2. Se si assume che valori di moralità *conflittiva* 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 (2.6.2). 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 abitate»: lo faceva da trent'anni. Come ha ricordato recentemente Massimo La Torre (2000), 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 argomento più o meno articolato. L'argomento dei valori condivisi è quello prodotto dal giudice White in *Bowers*: la maggioranza ha il diritto di trasformare in diritto la propria morale, e se la maggioranza ha *feelings* e valori condivisi contrari al riconoscimento giuridico delle coppie di fatto il discorso è chiuso (Sandel 1989). Non occorre un filosofo morale, e neppure un uomo di scienza: 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. 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 *tecnic*, 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.

1.9.3. L'argomento basato sui valori, perciò, fallisce in entrambi i casi. Nel primo caso esso opera in *revelans 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 a chiudere una discussione che non può essere arbitrariamente "conclusa" senza mancare di rispetto a una delle parti (decisioni normative dolorose possono 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.

1.10

Conclusioni

La disciplina giuridica della coppia di fatto è quindi criticamente giustificata.

1.10.1. 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 (1.4.6; 1.7);

1.10.2. 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;

1.10.3. 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;

1.10.4. 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 (2.6.2) 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 della coppia di fatto;

1.10.5. con l'argomento, basato su principi, che gli argomenti contrari alla disciplina giuridica della coppia di fatto falliscono.

2

Nuove trasformazioni del diritto di famiglia

e coppie di fatto

di Matteo Bonini Baraldi

2.1

Premessa

Esiste una particolare affinità tra le ricerche del sociologo e le analisi del giurista in tema di famiglie, consistente nella mutevolezza e scarsa predisposizione alle definizioni di ciò che entrambi assumono come oggetto del proprio lavoro (Saraceno 1996, p. 9). È difficile non riconoscere come la famiglia non costituisca — né, d'altronde, abbia mai costituito — un'unità omogenea, indifferenziata, un elemento "capsulare" cioè impermeabile ai molteplici fattori culturali presenti nei diversi orizzonti istituzionali, nelle varie epoche e nelle varie regioni geografiche (1.3.1). Lo stesso studio dei vari tipi di famiglia assunti a modello dalle norme giuridiche — si pensi alla concezione autoritaria e patriarcale predominante nel codice del 1942, poi soppiantata da valori informati alla parità fra i coniugi — testimonia come con tale variabilità si sia confrontati, nel corso degli anni, non solo lo studioso ma anche il legislatore (cfr. Alagna 1983, p. 2).

2.1.1. L'osservazione sociologica della famiglia evidenzia come uno degli elementi più variabili riguardi il rapporto fra questa e il diritto. In quest'ambito, il fenomeno di "giuridificazione" si colora di caratteristiche sue proprie (Gian 1977, p. 23; Jemolo 1961), connesse al concetto di *status*; sebbene acquisizioni recenti abbiano mostrato come anche all'interno del diritto di famiglia esistano spunti volti ad accogliere, in vari campi e forme, una maggiore autonomia negoziale (Zoppini 2001, p. 335; Zatti 2002, p. 9).

2.1.2. Allo stesso tempo, anche la scelta di conferire nuovi *status* a situazioni di fatto ha avuto nuovo impulso: i paesi di *common law* che hanno provveduto a definire come *spouse* anche due conviventi non sposati si sono basati su considerazioni di *public policy* al fine di tutelare il valore dei contributi domestici (giudicati economicamente valutabili) apportati dal soggetto più debole di una convivenza *more uxoria*. In nome dell'interesse pubblico alla prevenzione dello sfruttamento del soggetto più debole, le dottrine del *constructive trust*, dell'*unjust enrichment* e dell'*inconsistency* hanno dapprima riconosciuto la possibilità per un convivente di ottenere una parte dei beni dell'altro al momento della separazione (in Canada *Pettkus v. Berkert, Peter vs Bahlous*, in Australia *Baumgartner v. Baumgartner*), e successivamente hanno