



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA
BIBLIOTECA GIURIDICA
Classe.....1
Sottocl. ....S
N° d'ord.....966
SEZIONE LIBRI

# L'IDENTITÀ PLURALE DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

ATTI DEL XXVI CONGRESSO  
DELLA SOCIETÀ ITALIANA  
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

(Torino, 16-18 settembre 2008)

*a cura di*

PATRICK NERHOT

*Nella stessa collana:*

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.



Edizioni Scientifiche Italiane

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA
BIBLIOTECA GIURIDICA
Inv. n. ....760629

Questo volume è stato pubblicato con il contributo di UBI Banca Private Investment e con la collaborazione del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino.

**UBI** > Banca Private  
Investment

NERHOT, Patrick (a cura di)  
L'identità plurale della filosofia del diritto  
Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto  
(Torino, 16-18 settembre 2008)  
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino  
*nuova serie*, 3  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009  
pp. XIV+342; 24 cm  
ISBN 978-88-495-1897-9

© 2009 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
E-mail: [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

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.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)  
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

## Indice

Prefazioni	VII IX
Enrico Pattaro Vincenzo Ferrari	
Relazione introduttiva Patrick Nerhot	1
Prima seduta plenaria	
LUISA AVITABILE, <i>Diritto, identità, linguaggio</i>	15
LETIZIA MANCINI, <i>L'identità dei rom tra diritto e società</i>	33
GEMINELLO PRETEROSI, <i>Diritto e identità tra riconoscimento e secolarizzazione</i>	45
Seconda seduta plenaria	
VINCENZO OMAGGIO, <i>Trasformazioni del diritto nello Stato costituzionale</i>	57
ISABEL TRUJILLO, <i>La giustizia tra prospettiva domestica e istanze globali</i>	77
GIANFRANCESCO ZANETTI, <i>Individui situati e trasformazioni del diritto</i>	99
Terza seduta plenaria	
MARIO LOSANO, <i>La computer forensics e l'insegnamento dell'informatica giuridica</i>	115
GIOVANNI SARTOR, <i>L'informatica giuridica nella filosofia del diritto</i>	125

PANNARALE LUIGI è professore ordinario in Sociologia del Diritto presso l'Università degli Studi di Bari.

PATTARO ENRICO è professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Bologna.

PELLEGRINI STEFANIA è professore associato in Filosofia del Diritto presso l'Università di Bologna.

PRETEROSI GEMINELLO è professore associato in Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Salerno.

RONCO MAURO è professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Padova ed è Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Torino.

SARTOR GIOVANNI è professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università di Bologna.

TRUJILLO ISABEL è professore ordinario presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

VELLUZZI VITO è professore associato in Filosofia del Diritto presso l'Università Statale di Milano.

ZANETTI GIANFRANCESCO è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

ZANUSO FRANCESCA è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Verona.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di novembre dell'anno 2009  
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

## Individui situati e trasformazioni del diritto

di Gianfrancesco Zanetti

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

La scienza ottocentesca, e della prima metà del Novecento, sentì fortemente il fascino della distinzione dicotomica, che cristallizza in tipologie senza residuo la realtà complessa. I corpi astrali sono stelle, pianeti o asteroidi. La terra è un pianeta, e ivi i tre regni naturali sono animale, vegetale, minerale; solo nei primi due si può parlare di vita. Gli esseri viventi erano già stati classificati dal sistema di Linné<sup>3</sup>, che individuava come elemento distintivo un aspetto rilevante della morfologia, ma si fecero allora tipologie chiare e distinte anche su basi del tutto ideologiche: come attesta il mito positivistico delle razze umane<sup>4</sup>.

La scienza giuridica non fece eccezione. Nella teoria del diritto, il giuspositivismo teorico ottocentesco costruì la sua classica dottrina della validità per cui una norma o è valida o non lo è<sup>5</sup>.

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

<sup>2</sup> Mt 5, 37.

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

<sup>4</sup> Sull'argomento, c'è per una bibliografia minima, mi permetto di rimandare a Gf. ZANETTI, *La retorica della razza*. «Filosofia politica», 3, 2003, pp. 437-46.

<sup>5</sup> O è valida o non è, perché «to speak of 'invalid law' is nonsense», come si

Il diritto stesso, del resto, in alcuni settori cruciali dell'ordinamento prediligeva in modo chiaro discipline e fattispecie create su moduli che implicavano una, o più, opposizioni dicotomiche. La capacità giuridica veniva fondamentalmente concepita in termini dicotomici: o si è capaci, o non lo si è. Lo stato civile era fondamentalmente concepito in termini dicotomici: o si è coniugati o non lo si è. Negli Stati Uniti si sarebbe dovuto aggiungere: o si è bianchi o si è neri, per via della *one drop law*<sup>6</sup>. Nel diritto civile, o si è proprietari di un bene o non lo si è, tutto o niente. Nel diritto penale, colpa è *aliud*, non *minus*, rispetto al dolo. E così via<sup>7</sup>.

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

Il diritto, inoltre, agisce tipicamente trasformando possibili opposizioni polari in opposizioni dicotomiche: il transito dalla vita alla morte è graduale, ma per procedere a un espianto a cuore battente ho bisogno di avere la certezza normativa che il paziente sia clinicamente morto, ossia che determinati fatti rilevanti siano durati per un lasso di tempo stabilito dalla legge<sup>8</sup>. Jeremy Waldron distingue fra proprietà *scalar* e proprietà di *range*: non ha importanza se si abita a Jersey City, a Trenton, o quasi al confine con lo stato di New York; se si abita entro i confini dello Stato del New Jersey si pagheranno le tasse secondo la legge del New Jersey<sup>9</sup>.

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

espresso il compianto A. PEKZENIK (*The Concept 'Valid Law'*, «Scandinavian Studies in Law», 1972, 16, pp. 211-51, cfr. p. 214; ho trovato questa citazione in: AMEDEO G. CONTE, *Validità*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino XX, 1975, pp. 418-25, ora in *Filosofia del Linguaggio Normativo*, I, Giappichelli, Torino 1989, p. 140). Le cose, com'è noto, vanno in modo diverso per l'efficacia di una norma, o l'effettività di un sistema: N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 63.

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio N. GOTANDA, «La nostra costituzione è cieca rispetto al colore: una critica», in K. THOMAS e G. ZANETTI, *Legge, razza, diritti*. *La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia 2005, pp. 27-69.

<sup>7</sup> Un testo fondamentalmente in sintonia con le tesi di sfondo di questo contributo è: V. VITTA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999 (analisi e diritto).

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

<sup>9</sup> J. WALDRON, *God, Locke, and Equality*. *Christian Foundations in Locke's Political Thought*. UK, University Press, Cambridge 2002, p. 77.

*Blurring the line*: rendere una distinzione meno secca, negando l'esautiva appropriatezza dell'opposizione binaria, significa anche rispettare, e rispettare, una complessità. La distinzione fra pianeti e asteroidi non è più così chiara e distinta se la comunità degli astronomi ha deliberato sullo status di Plutone per votazione (e come risultato il pianeta è stato declassato)<sup>10</sup>. Pagine famose del premio Nobel Jacques Monod mostrarono come sia più difficile di quanto non sembri distinguere vita da non vita: i cristalli sembrano possedere le caratteristiche degli esseri viventi<sup>11</sup>. Alcuni microrganismi sfidano la distinzione dei tre regni; il criterio della divergenza genetica (che funziona per opposizione polare) elaborato da Cavalli-Sforza rende poi le distinzioni razziali completamente insostenibili come tipologie dicotomiche<sup>12</sup>. Non è neanche il caso di soffermarsi sulle scienze dell'uomo, a partire dall'indebolimento dell'opposizione fisiologia-patologia in alcuni settori della psicologia clinica (e certo non solo ad opera dell'antipsichiatria<sup>13</sup>).

A mio avviso, quello che risulta interessante è che il fenomeno di *blurring the line* si manifesta anche nel diritto (e nella dottrina). Fattori tesi a indebolire la rigidità binaria di alcune classiche dicotomie giuridiche erano già presenti negli ordinamenti in forma seminale<sup>14</sup>: la dottrina degli *intervalla insaniae* (quelli nei quali Lucrezio scrisse il *De Rerum*) problematizzava la distinzione oppositiva fra giuridicamente capace e incapace. Ma l'attuale legislazione normativa, che prevede la nuova figura dell'amministratore di sostegno, sembra col-

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

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

<sup>12</sup> Cfr. almeno L.L. CAVALLI-SFORZA, *Geni, popoli e lingue*, Adelphi, Milano 1996.

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

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

locarsi in una prospettiva diversa: più inclusiva, e meno radicalmente affidata alla logica esclusiva (ed escludente) dell'opposizione binaria dicotomica<sup>15</sup>.

Riflessioni specifiche hanno investito il diritto di proprietà, ed è stato messo in rilievo come, a partire dalla legislazione di guerra, esso in alcuni casi subisca una serie di qualificazioni: dall'obbligo di ammasso ai vincoli sul patrimonio artistico di interesse nazionale. Il diritto di proprietà sembra poter essere concepito a intensità variabile<sup>16</sup>.

Il diritto (benché non ancora il diritto civile di origine legislativa) riconosce talora la rilevanza della coppia di fatto; ad esempio, già oggi il convivente non ha l'obbligo di deposizione in tribunale in un processo penale<sup>17</sup>.

La riflessione di Massimo Donini ha messo bene in evidenza l'indebolimento del primato dell'opposizione dicotomica nel diritto penale<sup>18</sup>, ad esempio elaborando una nozione della «colpa come un *minus* e non come un *aliud* rispetto al dolo»<sup>19</sup>. Maria Rosaria Ferrarese ha messo in rilievo come il diritto transnazionale e il diritto sovranazionale «tendono, se pure con modalità diverse e in diversa misura, a rimettere in discussione la rigida distinzione tra diritto pub-

<sup>15</sup> L. 9 gennaio 2004, n. 6.

<sup>16</sup> Sull'argomento mi piace ricordare almeno: P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006.

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

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

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

blico e diritto privato, che era propria del passato, e a creare nuove forme di commistione tra essi»<sup>20</sup>.

Si giunge così a un diritto del quale vengono predicate caratteristiche specifiche: «mite» (Zagrebel'sky)<sup>21</sup>, «flessibile» (Jean Carbonnier), *soft*, a bassa intensità (Rodotà)<sup>22</sup>, e così via<sup>23</sup>.

I motivi di tutto ciò sarebbero l'argomento di un'altra relazione, o di un intero altro Congresso: Natalino Irti, Guido Alpa, e molti altri hanno anche di recente riflettuto su questo tema – la nuova complessità della vita del diritto<sup>24</sup>. Sono vicende per certi versi ben conosciute, perché su questi argomenti la letteratura è diventata vastissima – anche perché, com'è arcinoto, l'intensità e la vastità dei processi di complessificazione aumenta notevolmente dopo il 1989 e dopo il 2001<sup>25</sup>.

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

<sup>20</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Bari 2006, p. 28.

<sup>21</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.

<sup>22</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

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

<sup>24</sup> Utili indicazioni in G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Laterza, Bari 2007. Va chiarito fin d'ora che l'opposizione polare non ha alcuna primazia morale su quella dicotomica, dato che si tratta di distinzioni logiche: il rischio, in questo caso, è anzi che la flessibilità della prima possa ledere certezze «dicotomiche» dello stato di diritto tradizionale. Cfr., *infra*, la nota 42.

<sup>25</sup> E l'esigenza di rigide divisioni, di linee tagliate, si fa sentire anche in dottrina; cfr. U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Bari 2007, ad esempio a p. 65: «Il rigore della linea dritta della radice reg-guida così (deve guidare) anche chi voglia definire una realtà sociale come la famiglia: i nomi tagliano come il vomere e si può solo essere di qua o di là della linea». Cfr. anche il commento a Gai. 3.184, a p. 134. In realtà i due tipi di opposizione sono entrambi presenti nell'esperienza giuridica ed entrambi necessari nella formulazione dei concetti teorici: Luigi Ferrajoli, nel suo monumentale *Principia In-*

Il *locus* della riflessione filosofico-giuridica dove il principio dell'opposizione polare si è imposto è stato naturalmente, soprattutto dopo Dworkin, la discussione sui principi, gli standard normativi che funzionano per compressione ed espansione e che vanno quindi ponderati<sup>27</sup>.

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

3. Non si tratta di un cambio di paradigma kuhniano<sup>29</sup>; le opposizioni polari sono pur sempre distinzioni, non sono la notte hegeliana in cui tutte le vacche sono nere. Si tratta invece di un *trend*: qualcosa sta cambiando. Si sa che una delle più acute obiezioni all'impostazione dicotomica binaria legale/illegale dei sistemi autopoietici di Niklas Luhmann è stata avanzata da Hubert Rottleuthner, che ha ricordato come, ad esempio, l'adulterio non costituisca una fattispecie penale e tuttavia non rimanga neppure giuridicamente ininfluente, per esempio in una causa di divorzio<sup>30</sup>.

Come si è detto, questa linea di tendenza è presente in ampie zone della cultura giuridica e sta esercitando una pressione anche su alcune

<sup>27</sup> (Laterza, Bari 2007), mette per esempio in rilievo sia opposizioni dicotomiche (permesso/non permesso [o vietato], atti formali/atti informali, validità/invalidità, osservanza/inosservanza), sia opposizioni polari, ch'egli esprime di solito con la nozione di «grado» («di effettività ... e di ineffectività delle norme» [vol. I, pp. 243-49, 449-53; vol. II, pp. 217-18], «di legittimità e di illegittimità» [vol. I, p. 43; vol. II, p. 306] e perfino «di federalismo» [vol. I, p. 942] e «di garantismo» [vol. II, p. 306]).

<sup>28</sup> Il punto di partenza è stato, naturalmente *Taking Rights Seriously*, MA, Harvard University Press, Cambridge 1977. Da allora, com'è noto, la letteratura è cresciuta in modo esponenziale.

<sup>29</sup> F. VIOTTA, *Il «Rule of «Law» e il concetto di diritto*, «Ragion Pratica», 2008, pp. 151-70. Quando scrivevo questo contributo non avevo letto P. BECCHI, *Individuismo versus organicismo? Elementi per la critica di una grande dicotomia*, «Verifiche», 2-3, XXV, 1996, pp. 251-80. Questo contributo è stato portato successivamente alla mia attenzione dall'autore, che ringrazio.

<sup>30</sup> T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1969; ed. or. *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago University Press, Chicago, IL 1962, 1970.

<sup>31</sup> H. ROTTLEUTNER, *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*, in «Law and Society Review», 1989, 23. Ho trovato questo riferimento in M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 182; ed. or. *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, CA 1998.

nozioni filosofico-giuridiche rilevanti per i temi in discussione in questa sessione del nostro Convegno.

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

Una scelta autonoma è quella che non solo viene compiuta con un consenso informato, e senza coercizione di alcun tipo: una scelta è autonoma anche quando viene compiuta avendo a disposizione un ventaglio di opzioni significative. Per il cittadino, quando questi può optare non solo fra celibato e coniugio, ma fra celibato, matrimonio e appartenenza a un'unione civile legalmente riconosciuta. Per l'operatore del diritto, quando può optare non solo fra capacità e incapacità, ma quando può anche nominare un amministratore di sostegno. Per l'individuo «situato»: negli Stati Uniti, dopo la violenza ascrivita della legge dell'unica goccia di sangue, la razza è diventata autoascrivita, e nei censimenti statunitensi è oggi anche possibile barrare più di una casella, anziché una sola. Per il giudice, che può anche decidere di aderire alla dottrina del dolo eventuale quando in giudizio sta un pirata della strada: senza essere preda della dicotomia escludente dolo-colpa<sup>32</sup>. Per l'uomo politico e il legislatore, che può considerare i diritti sociali non come un genere esclusivo e separato di diritti, ma come specie di un unico *genus* che impone provvedimenti normativi specifici. Per il giurista dottrinale, che teorizza il diritto di *exit*<sup>33</sup>, senza il quale, una scelta libera compiuta in autonomia – paradossalmente – può comprimere il valore dell'autonomia anche solo diminuendo le opzioni disponibili (mentre il diritto al ripensamento<sup>34</sup>, per esempio nei contratti di maternità surrogata, mantiene tali le opzioni disponibili). Per il filosofo del diritto, in generale, il valore delle

<sup>31</sup> K.A. APPIAH, *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, Princeton NJ 2005, p. 37.

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

<sup>33</sup> J. RAZ, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, Oxford 1994, pp. 170-91.

<sup>34</sup> Cfr. le osservazioni di S. RODORÀ in *La vita e le regole*, cit., p. 63.

comunità minori, dei gruppi che permettono la fioritura dell'individuo, dei legami sociali e delle diverse forme di «amicizia» aristotelica<sup>35</sup>, viene messo in rilievo rispetto agli individui situati per i quali esse costituiscono opzioni fondamentali<sup>36</sup>.

In tutti questi casi, l'azione autonoma è in rapporto con le opzioni effettivamente disponibili, e queste opzioni sono determinate dal diritto, che quindi agisce rendendo possibili cose che altrimenti non lo sarebbero. L'ordinamento normativo, in questi casi, non agisce in primo luogo restringendo la libertà, cioè solo tracciando i confini del non lecito, bensì approfondendola: rendendo giuridicamente possibile ciò che in precedenza non lo era, articolando le opzioni disponibili all'azione umana, non imponendo scelte secche o creando drastiche alternative. Si tratta di un diritto che non crea semplicemente ordine, ma (quando tutto va bene) incivilito.

Gli autori classici della storia della filosofia del diritto che costituiscono i paradigmi dottrinali di questa distinzione sono Hobbes e

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

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

Vico<sup>37</sup>. Per Hobbes il diritto è soprattutto regola regolativa, obbligo o divieto, restrizione di una libertà che può riavvicinare al brutale stato di natura: scopo del diritto è l'ordine (*pax est quaerenda*<sup>38</sup>). In Vico, invece, il diritto compare in primo luogo nella forma dell'istituzione del matrimonio e della religione: è soprattutto regola costitutiva, che rende possibile fare cose altrimenti impossibili (sposarsi anziché indulgere solo alla venerè vaga), approfondimento di una libertà naturale attraverso istituzioni: scopo del diritto è l'incivilimento delle nazioni («ordini civili per gli quali vivano in umana società»<sup>39</sup>). Volendo sintetizzare in una formula quanto detto finora, c'è adesso un po' più di Vico e un po' meno di Hobbes nell'autocomprensione dei fenomeni giuridici: almeno in quegli autori che parlano di mitezza, di flessibilità del diritto, e così via.

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

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

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

<sup>38</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, XIV. Cfr. TH. HOBBS, *Leviathan*. A cura di C.B. Macpherson, Penguin, Harmondsworth 1968 [1651]; cfr. p. 190.

<sup>39</sup> G. VICO, *Scienza Nuova* [1744], in *Opere*, a cura di Andrea Battistini, Mondadori, Milano 1990, p. 497.

<sup>40</sup> Cfr. *infra*, nota 50.



quando è estesa a tutti i sudditi dell'impero<sup>41</sup>, e le nozze solenni non sono più le stesse quando sono celebrate anche dai plebei.

Il diritto che si autoconcepisce come mite, flessibile, *soft*, e così dicotomico ha conseguenze serie in diversi ambiti: l'«incivilimento» prende diverse forme (in genere, cercando di evitare discriminazioni), ma il costituirsi delle nuove opzioni, in generale, pone la domanda sul valore relativo di esse<sup>42</sup>.

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

Il nuovo *trend* sfida dunque le categorie tradizionali della riflessione teorica sul diritto: mette in questione le dicotomie escludenti tradizionali e modifica il significato dei termini prima alternativi, generando opzioni nuove dal valore necessariamente controverso, in quanto agiscono indirettamente sull'autocomprendimento delle istituzioni pre-esistenti<sup>44</sup>.

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

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

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

<sup>44</sup> La nozione di «gruppo biologico» elaborata da Rodotà in *Il dominio della vita*, cit. è un esempio di questo tipo di dinamica: «Nasce così un nuovo gruppo sociale giuridicamente rilevante: il gruppo biologico, il gruppo dei consanguinei, distinto dalla famiglia in senso tecnico. Di questo gruppo, infatti, non fanno parte membri della famiglia, come il coniuge rispetto all'altro coniuge o i genitori e i figli adottivi. Lo compongono, invece, anche soggetti estranei all'organizzazione familiare, legale o di fatto, come i donatori di gameti o la donna che al momento del

Questo nuovo *trend*, tuttavia, tende per via della sua stessa «forma» concettuale a mettere in discussione un criterio rigidamente dicotomico per la determinazione del valore o del disvalore delle possibili opzioni istituzionali che il diritto tende ad aprire. È naturale che sia così, benché nulla osti da un punto di vista logico: *blurred lines*. Si potrebbero interpretare come esempi di criteri dicotomici di questo tipo (per esempio in ambito giusnaturalistico) la determinazione «à la Finnis» di aspetti fondamentali della fioritura del bene umano tali da garantire la liceità di ogni norma, azione, istituzione, direttamente rivolta contro uno di essi<sup>45</sup>; oppure (in ambito giuspositivistico) l'ermeneutica originalista delle intenzioni dei Framers nella giurisprudenza della Corte Suprema Americana<sup>46</sup>. Si tratta di criteri, molto diversi fra loro, che aspirano dicotomicamente a tracciare una linea netta, chiara e perenne – una certezza rassicurante.

5. Le nuove opzioni istituzionali possono tenere sullo sfondo la possibilità di concepire un individuo-membro, cioè un individuo cosiddetto situato (anziché il mero individuo, soggetto più che persona<sup>47</sup>, *disencumbered*<sup>48</sup>): un individuo per il quale settori importanti della sua identità possono essere collegati con l'appartenenza a un dato gruppo. Questi gruppi sfidano l'opposizione binaria Stato *versus* individuo<sup>49</sup>. I gruppi comprensivi danno vita ai noti problemi di

parto, in base a un diritto riconosciuto da alcune legislazioni, non riconosce il figlio e chiede che il suo nome non venga rivelato» (p. 184). Le opzioni rese possibili dal diritto – procreazione assistita, segretezza del nome della madre – hanno come conseguenza l'emergere di un nuovo gruppo, che non coincide con la famiglia. L'emergere di questo gruppo mette in risalto l'aspetto non-biologico, già presente, della famiglia: per esempio, la possibilità delle adozioni.

<sup>45</sup> J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996, ed. or. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford 1980.

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

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

<sup>48</sup> La contrapposizione fra individui *situated* e individui *disencumbered* è, com'è noto, un'acquisizione della riflessione cosiddetta *communitarian*, che fiorì negli anni ottanta. Sul comunitarismo, cfr. V. PAZÌ, *Il comunitarismo*, Laterza, Bari 2004.

<sup>49</sup> «Once a culture becomes one among several, within a closely integrated political and economic system, practices which used to shape opportunities may come to restrict them. And they may conflict with aspirations legitimately encouraged by the larger society within which members of that community live» – così si esprime

pluralismo normativo dei quali si occupa chi studia il multiculturalismo, e sviluppano sistemi alternativi di lealtà, di identità e di appartenenza<sup>50</sup>.

Questa appartenenza può anche, in certi casi, cessare di essere invisibile per il diritto: la posizione «situata» delle donne, o degli immigrati, o degli appartenenti a una determinata fede religiosa, viene allora in qualche modo «presa in considerazione». Non c'è nulla di oltraggioso in questo: esempi di legislazione *group conscious* esistono in Italia ben da prima che si parlasse di multiculturalismo; ad esempio, il diritto successorio del maso chiuso in Sud Tirolo<sup>51</sup>. Questo tipo di problemi è diventato più vivo e urgente nella nostra cultura giuridica solo per il fatto dei recenti fenomeni migratori, che hanno rapidamente mutato la demografia del Paese e l'aspetto delle città dove viviamo<sup>52</sup>. Gli individui membri di questi gruppi (i migranti), infatti, hanno spesso diverse tradizioni e pratiche, ispirate a valori diversi<sup>53</sup>; anche all'interno della popolazione italiana bianca, tuttavia,

Joseph Raz nella sua critica a Okin (*Reform or Destroy?* A response to Susan Okin's «Is Multiculturalism Bad For Women?», in Joshua Cohen and Matthew Howard [a cura di] *Is Multiculturalism Bad For Women?*, Princeton University Press, Princeton, NJ 1999; trad. it.: *Quanto perfetti si dovrebbe essere? E di chi è la cultura?* in Antonella Besussi e Alessandra Facchi, a cura di, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Cortina, Milano 2007, pp. 105-109). Va notato in primo luogo che il problema è quello delle *opportunities*, cioè le opzioni rese concretamente disponibili dalle pratiche che danno loro forma (*shape*), e che in un altro contesto possono invece comprimerle (*restrict*). In secondo luogo, il rapporto fra un dato gruppo (*that community*) e l'intero politico non è reso nei termini di una differenza qualitativa irriducibile, anche quando si parla di conflitto: l'espressione qui usata da Raz per qualificare la *society* è *larger*, ovvero un comparativo di un aggettivo che sembra alludere a un *maius*, non a un *aliud*.

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

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

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

<sup>53</sup> Questo avviene, com'è noto, soprattutto per motivi religiosi. Su questo tema,

sembra talora di vedere una divaricazione di valori fondamentali, per esempio sui temi eticamente sensibili.

L'eventuale rilevanza normativa di questi gruppi – con le loro talvolta sovrappontesi e talvolta conflittuali identità e pratiche – esercita a sua volta una pressione sopra altre categorie tradizionali della riflessione razionale sul diritto: per esempio, nascono concezioni alternative, e fra loro incompatibili, di tolleranza<sup>54</sup>.

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

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

segnalo il recente testo di M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, NY 2008. In questo contributo faccio riferimento fondamentalmente a due paesi, l'Italia e gli Stati Uniti, perché con le istituzioni e con la dottrina di essi ho maggior dimestichezza che con quelle di altri.

<sup>54</sup> Cfr. M.S. WILLIAMS e J. WALDRON, *Tolerance and Its Limits (NOMOS XLVIII)*, New York University Press, New York, NY 2008. Per il tema qui trattato, è particolarmente rilevante l'opposizione fra Ingrid Creppel e Glen Newey (pp. 315-91), dove al *Role of Mutuality* della Creppel viene polemicamente contrapposto da Newey il ruolo di *Mutuality*.