

*dsg*

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

3

*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.

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



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*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.*



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	
<i>Enrico Pattaro</i>	VII
<i>Vincenzo Ferrari</i>	IX
Relazione introduttiva	
<i>Patrick Nerbot</i>	1
<i>Prima seduta plenaria</i>	
LUISA AVITABILE, <i>Diritto, identità, linguaggio</i>	15
LETIZIA MANCINI, <i>L'identità dei rom tra diritto e società</i>	33
GEMINELLO PRETEROSSO, <i>Diritto e identità tra riconoscimento e secolarizzazione</i>	45
<i>Seconda seduta plenaria</i>	
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
<i>Terza seduta plenaria</i>	
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

VITO VELLUZZI, <i>Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto</i>	143
<i>Quarta seduta plenaria</i>	
ADALGISO AMENDOLA, <i>Oltre la frontiera. La filosofia del diritto post-sovrano tra frammentazione e ricomposizione</i>	161
DAMIANO CANALE, <i>Confini senza Stato</i>	181
LUIGI PANNARALE, <i>Con la società del network siamo usciti dalla modernità?</i>	199
<i>Quinta seduta plenaria</i>	
<i>Tavola rotonda</i>	
GIOVANNI COSÌ, <i>La professione legale tra etica e deontologia</i>	217
STEFANIA PELLEGRINI, <i>Deontologia e ruolo sociale del giurista</i>	251
MAURO RONCO, <i>Le norme deontologiche</i>	267
<i>Sesta seduta plenaria</i>	
PATRIZIA BORSELLINO, <i>Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario</i>	283
LAURA PALAZZANI, <i>Dalla bioetica al biodiritto: riflessioni filosofico-giuridiche</i>	303
FRANCESCA ZANUSO, <i>Ripensando a Pandora: il significato del limite nell'attuale emergenza biogiuridica fra laicità e laicismo</i>	315

*Prefazione del Presidente della Società italiana  
di filosofia del diritto, dal discorso inaugurale  
del Congresso nazionale del 16-18 settembre 2008*

di Enrico Pattaro

Sono molto lieto di inaugurare il XXVI Congresso nazionale di filosofia del diritto della Società italiana di filosofia del diritto, della quale ho avuto l'onore di essere il Presidente nel corso degli ultimi quattro anni.

Il congresso è stato organizzato con grande impegno e passione che, sono certo, si riverberano nella qualità dei risultati congressuali, dal collega professor Patrick Nerhot nell'ambito delle attività patrocinate dalla Facoltà di Giurisprudenza e dall'Ateneo di Torino. A Patrick Nerhot, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza, e al Magnifico Rettore dell'Università di Torino va, a nome mio e della Società italiana di filosofia del diritto, il più sentito ringraziamento.

Il congresso è dedicato alla identità plurale della filosofia del diritto, una identità e una pluralità che riguardano non soltanto la natura e il metodo degli studi nei diversi orientamenti della filosofia del diritto, ma che si esprime anche in una effettiva identità plurale di competenze che l'ordinamento universitario italiano attribuisce alla filosofia del diritto, etichettata com'è noto quale raggruppamento disciplinare IUS/20. In questo raggruppamento si insegnano, tra le altre, discipline quali la filosofia del diritto in senso stretto, la sociologia del diritto, l'informatica giuridica (e in certa misura il diritto dell'informatica), la bioetica e la deontologia giuridica. In tutti questi campi la filosofia del diritto italiana ha prodotto opere ed iniziative che sono al passo con gli standard internazionali delle medesime e che, in qualche caso, rappresentano momenti di eccellenza e di avanguardia nei rispettivi ambiti disciplinari.

Com'è chiaro, a questo ampio e diversificato spettro disciplinare corrisponde un intreccio di profili teorici e metateorici che trovano comuni denominatori nelle questioni del linguaggio, dell'etica, del ragionamento giuridico (argomentazione e logica giuridica), e della antropologia del diritto.

Il profilo linguistico e quello sociologico già emergono come temi portanti nelle due sedute plenarie che si terranno oggi. Il profilo infor-

matico-giuridico e i temi della *information communication society*, con riferimento anche agli apparati concettuali della dogmatica giuridica e della tecnologia informatica, costituiscono la struttura portante della terza e della quarta seduta plenaria che avranno luogo domani 17 settembre. Le questioni bioetiche e più in generale della deontologia nelle varie attività professionali del giurista sono fatte oggetto di dibattiti a più voci nelle tavole rotonde che impegneranno la quinta e sesta seduta del congresso, le quali avranno luogo dopodomani 18 settembre 2008.

Mi piace ricordare che in questa Università insegnò filosofia del diritto Norberto Bobbio, che fu a suo tempo Presidente della nostra Società. Lo ricordo con lo stato d'animo che avevo, ero ancora un giovane assistente, quando lo conobbi. Quando lo eleggemmo alla presidenza della nostra Società, rivolto all'assemblea per accettare la carica e per i ringraziamenti che intendeva rivolgere ai colleghi, Bobbio ricordò che la nostra è in fondo una società di scopo: ha lo scopo di organizzare ogni due anni, con regolarità, un congresso nazionale che tracci lo stato e le prospettive della disciplina, vale a dire della filosofia del diritto nella sua identità plurale, per usare l'espressione che non a caso abbiamo scelto per caratterizzare il tema generale del congresso che ci vedrà qui impegnati nei prossimi tre giorni.

Ringrazio i presenti per la loro nutrita partecipazione, ed auguro a tutti buon lavoro congressuale.

Il Presidente  
Professor ENRICO PATTARO



## *Prefazione*

di Vincenzo Ferrari

Quale presidente della Società Italiana di Filosofia del Diritto, sono lieto di affiancare le mie parole a quelle del mio predecessore Enrico Pattaro per introdurre questo volume, che raccoglie gli atti del XXVI Congresso, svoltosi presso l'Università di Torino nei giorni 16-18 settembre 2008 grazie all'efficace impegno di Patrick Nerhot e dei suoi collaboratori.

Tema del congresso, come dice il titolo del libro, fu quello della identità della nostra disciplina e fu scelto – ricordo – anche per la sua urgenza politica nel più ampio senso della parola.

La questione identitaria è particolarmente delicata. Il nostro tempo, specialmente, è caratterizzato dall'affannosa rincorsa di ogni gruppo e sottogruppo, financo di ogni individuo, alla rivendicazione della propria diversità e del conseguente diritto «umano» a un trattamento speciale. Questo punto, che Norberto Bobbio vide con chiarezza tanti anni fa nel suo contributo al Congresso internazionale di sociologia del diritto che si tenne a Bologna nel 1988 («Diritti dell'uomo e società», ora in *L'età dei diritti*, Torino 1992<sup>2</sup>, pp. 67 ss.), è divenuto col tempo sempre più cruciale e, se ben si osserva, pressoché irrisolvibile.

Da un lato, la percezione delle diversità fra individui e gruppi è profondamente radicata nella cultura occidentale. È il riflesso sia di una tradizione religiosa che concepisce ogni individuo come essere unico nella vita terrena e in quella ultraterrena, sia del moderno liberalismo, che afferma la libertà originaria di ogni essere umano, temperata solo dal doveroso rispetto dell'eguale libertà altrui. Così l'identità di ognuno diventa un vessillo da difendere lottando orgogliosamente contro ogni omologazione forzata, fino a una vittoria che la fine del XX secolo, con la crisi delle più forti ideologie omologanti, inclusa la religione stessa, sembra (o sembrava) aver sancito.

Dall'altro lato, tuttavia, questi stessi caratteri portano in sé i germi del loro contrario. La crisi dello statalismo moderno non ha affatto spento lo spirito nazionalistico, ma ha acceso scontri irriducibili fra mille micro-nazionalismi e settarismi. La frantumazione delle grandi

religioni, che induce gli specialisti a parlare di una religiosità «fai-da-te», ha suscitato la reazione difensiva delle grandi chiese ed esaltato la tendenza di ogni setta a proclamare il proprio credo in forma di verità indiscutibile, da imporre ai miscredenti anche con la forza. Il paradosso è visibile. In un mondo pluralistico ove convivono infinite opinioni, ognuna delle quali dovrebbe avere umile coscienza della propria contingenza e fallibilità, la tendenza prevalente pare sempre più quella dell'intolleranza. I gruppi anche piccoli che rivendicano la propria identità particolare non ammettono le identità diverse, al loro esterno e al loro interno. All'esterno non vi sono «diversi», ma nemici; all'interno, chi resiste all'etichettamento (il riferimento alla *labelling theory* dei criminologi non è casuale) è un traditore. Perché di etichettamento si tratta: non c'è bisogno di scomodare Luigi Pirandello, o Erving Goffman, per convincersi che l'identità di ogni soggetto individuale o collettivo è anche frutto della percezione altrui, che può collidere irreparabilmente con la percezione di noi stessi. In un mondo dominato dall'apparenza, l'autopercezione e persino l'autocostruzione rischiano di venire schiacciate.

Parole troppo grosse, per un volume dedicato all'identità di una comunità di studiosi? Forse sì: fortunatamente non rischiamo la vita se proclamiamo la nostra identità culturale per differenziarci da altre comunità e, più in generale, da chi pratica altri modi di fare cultura, fuori dalla cittadella universitaria. Tuttavia, anche in questa cittadella, che un tempo godeva di una sorta di felice extraterritorialità e oggi è più che mai aperta al vento e alle tempeste, la questione identitaria non è di minuscola importanza. Innanzi tutto per ovvie ragioni culturali. Un gruppo di persone che fanno ricerca, e della ricerca la loro stessa vita, è costantemente impegnata nell'autoriflessione e nel confronto tematico e metodologico. Cosa non facile, questa, proprio nel mondo del diritto. Ognuno di noi ha ben fisse in mente le parole con cui Herbert Hart apre il suo *The Concept of Law*. Mentre un medico o un chimico – dice – non hanno dubbi sull'oggetto della loro disciplina, i giuristi disputano su questo oggetto da più di due millenni. Che cosa sia il diritto è ancora motivo di discussione e di scontro. Ancora non siamo d'accordo se alcune dispute secolari sul diritto attengano all'oggetto o piuttosto alle parole, come suggerì Glanville Williams in un famoso scritto molto caro a Uberto Scarpelli, uno dei «nostri maggiori».

Ora, se non c'è accordo sul diritto, figuriamoci se possiamo facilmente trovarlo sulla filosofia del diritto, che da secoli riflette su questo oggetto incompiutamente definito. E infatti, quando la burocrazia accademica italiana si è messa in testa di passare dalle semplici e tradizionali etichette («diritto privato», «fisica teorica», «biochimica»)

alle «declaratorie», il problema della filosofia del diritto si è presentato in modo talmente serio da costringere i codificatori a rivolgersi – se non erro – niente meno che a Norberto Bobbio, il quale pare abbia suggerito la nota formula: «Il settore comprende gli studi relativi alla dimensione ontologica, assiologica, deontologica ed epistemologica del diritto». Formula generalissima, eppure sempre aperta alle obiezioni di chi potrebbe sostenere visioni più ampie o più ristrette della disciplina. La filosofia analitica, di cui proprio Bobbio fu uno dei massimi interpreti, rientra o no in questa definizione, almeno sotto le specie della epistemologia? E per converso, non vi sono filosofi antimetafisici magari disposti a negare l'esistenza di una «ontologia» del diritto? E non è tutto. Poiché, al momento di scegliere quella declaratoria il Consiglio Universitario Nazionale decise di sopprimere per ragioni del tutto contingenti l'autonomia di studi molto prossimi ma non identici alla filosofia del diritto, ecco che la formula venne ad arricchirsi di una sorta di codicillo: «Gli studi si riferiscono, altresì, alla teoria generale del diritto e dello Stato, nonché alla sociologia giuridica, ai profili giuridici della bioetica ed all'informatica giuridica». Tralascio per carità di patria i rimaneggiamenti ulteriori, tuttora *sub iudice*, che questo codicillo ha subito nel frattempo. Fatto sta che anche questa faticosa formulazione burocratica tradisce un problema di identità.

Né, parlando di identità, si dovrebbe dimenticare la scelta di fondo, questa sì consolidata nei decenni ma, per esempio, contestata a suo tempo da Benedetto Croce: la filosofia del diritto appartiene al novero delle scienze giuridiche, non a quello delle scienze filosofiche. Dal punto di vista amministrativo, è giurisprudenza, non filosofia; o più giurisprudenza che filosofia. Nessun filosofo del diritto, credo, metterebbe in discussione questo punto, così come nessuno storico del diritto si sognerebbe mai di discutere la giuridicità della sua disciplina. In effetti, la peculiarità del discorso giuridico fa aggio sulle specificità tematiche e metodologiche della filosofia e della storia: e la stessa cosa, da sociologo del diritto, mi sento di dire anche per la mia disciplina. E tuttavia, anche questa collocazione – diremo così – categoriale è, dal punto di vista identitario, non poco impegnativa.

Tutto questo discorso, che dall'empireo dell'alta cultura scende alle piccolezze delle classificazioni burocratiche («dalle stelle alle masserizie», direbbe Eligio Resta, parafrasando Leopardi), non è fine a se stesso. Infatti, se le distinzioni identitarie tra accademici non fanno scorrere sangue in senso proprio, tuttavia non sono prive di conseguenze imbarazzanti. Basti l'esempio della filosofia politica. Questa disciplina era tanto prossima alla filosofia del diritto che un tempo il nostro sodalizio era appunto «Società italiana di filosofia giuridica e

politica», ma ne è stata poi burocraticamente distaccata con un taglio netto che l'ha portata fuori dall'ambito delle discipline giuridiche, così da indurre i filosofi della politica a fondare una loro autonoma associazione. Ma, fermo restando che per essere buoni filosofi del diritto occorre anzitutto essere buoni giuristi, dove tracciare fra le due discipline quel confine che la legge stessa impone di tracciare? Come distinguere l'aspetto giuridico da quello politico nella filosofia di Locke o di Kant?

In breve, dovrebbe apparire chiaro una volta di più che anche nel mondo della cultura l'identità è in larga misura una questione di etichette etero-imposte. E che pertanto una riflessione sull'identità della disciplina filosofico-giuridica era necessaria non solo per ragioni culturali di alto profilo, che impongono continui confronti con la realtà mutevole, ma anche per resistere alla forza cogente di decisioni che piovono sulla testa degli interessati, spesso neppur messi in condizione di esprimersi e, appunto, autodefinirsi. Da qui, dunque, la decisione di parlare della nostra identità nel congresso nazionale del 2008.

Quale identità è emersa dal colloquio che si è svolto a Torino in quella occasione? Premesso che nel congresso non si poté ovviamente coprire tutta la gamma delle possibili ramificazioni del discorso filosofico-giuridico (alcune tematiche, come diritto e letteratura o diritto ed economia, pur riconducibili con buoni motivi al nostro campo, rimasero fuori), credo che, malgrado le forti diversità di temi e approcci, da quelle assise siano emersi alcuni tratti comuni ben visibili.

Anzitutto si percepisce dagli interventi qui raccolti un comune retroterra culturale leggibile nei riferimenti, nel linguaggio, nel modo di affrontare gli argomenti, sì che questi, pur dissimili, diventano compatibili e integrabili. La ragione di questo sentire comune è probabilmente da riportarsi a una formazione anch'essa comune, condotta sui classici della filosofia giuridica e anche, insisto, del diritto positivo. Sembrerà banale dirlo, ma è la ricca esperienza del diritto «dall'interno» il primo e più forte cemento che unisce i cultori di filosofia del diritto, compresi coloro che provengono da facoltà diverse da quelle giuridiche. Anche questi atti confermano dunque che la storica collocazione burocratica della disciplina fra le materie giuridiche è corretta e non dovrebbe mai essere messa in discussione. La giurisprudenza – si accennava prima – presenta caratteristiche concettuali, logiche, terminologiche, linguistiche, la cui conoscenza approfondita è indispensabile per poter riflettere criticamente sulla natura, la vita e l'efficacia del diritto, le sue funzioni anche simboliche, gli usi corretti o perversi che ne fa chi esercita un controllo sul materiale normativo avvolgente ogni società.

Riflettere criticamente, appunto: questo è l'altro punto comune, di

fondamentale importanza, che riunisce i filosofi del diritto ed emerge chiaro dalle pagine di questo volume. Questi contributi affrontano una quantità di problemi giuridici ponendosi non tanto «dall'esterno» dei sistemi normativi analizzati, quanto piuttosto «sopra» di essi. Questa ovviamente non è una sciocca rivendicazione di superiorità filosofica verso i giuristi puri, ma la semplice riproposizione di un'idea ben consolidata circa la natura e i compiti della stessa filosofia, applicata al diritto. Gli inglesi, come noto, esprimono questa idea con la parola '*jurisprudence*', con cui designano quel discorso sul diritto che va oltre l'analisi tecnica, con finalità pratiche, del materiale normativo. *Jurisprudence* è un termine difficilmente traducibile nelle altre lingue occidentali, tanto che – si ricorderà – un nostro compianto amico, Giacomo Gavazzi, mantenne l'originale inglese nell'edizione italiana di *On Law and Justice* di Alf Ross. Si sa infatti che nella cultura giuridica continentale la parola 'giurisprudenza' possiede significati diversi e neppure univoci: in italiano, per esempio, è 'giurisprudenza' sia la scienza giuridica in generale, sia l'insieme dei precedenti giudiziari, sia il complesso delle opinioni dottrinali (si pensi al notissimo *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri). Credo però che per esprimere il concetto di *jurisprudence* nella nostra lingua si possa correttamente usare la parola 'metagiurisprudenza'. Anche qui nulla di nuovo, e non solo perché questo termine ricorre già nella nostra letteratura: penso a un libro di Mario Jori, che lo riprendeva nel titolo e faceva appunto della metagiurisprudenza analitica. In realtà tuttavia ogni altro discorso filosofico-giuridico presenta questa caratteristica. Ricordo che Renato Treves ci diceva che la filosofia è sempre un meta-discorso, sia essa metafisica o metodologia, ovvero meta-scienza.

Se si leggono in questa chiave «meta-giurisprudenziale» le pagine di questo volume, è abbastanza agevole capire perché gli autori sentano di appartenere tutti alla stessa comunità scientifica.

VINCENZO FERRARI



## *Relazione introduttiva*

di Patrick Nerhot

### *Introduzione*

In fondo, se dovessimo caratterizzare in due parole la nostra disciplina, diremmo, credo, che essa è plurale, anzi, che necessariamente deve essere plurale. Necessariamente, in effetti, perché attraversa tutte le sensibilità culturali del nostro mondo, così come tratta le questioni essenziali della nostra società. Non può, di conseguenza, che essere «plurale», pluralità di cui, ogni tanto, ci si può disperare ma a torto: questa pluralità è la nostra specificità, direi la nostra ricchezza.

Questo tema, che abbiamo scelto come tema del nostro congresso nazionale, traduce una preoccupazione diversa. La nostra disciplina, in effetti, deve sempre di più interessarsi a delle questioni altamente particolari, specifiche, specializzate che possono anche non avere nessun legame tra di loro. Da lì il sentimento di «pluralità», inteso come assenza sempre più problematica di unità della nostra disciplina. Magari questo congresso ci permetterà di avere una visione più chiara relativamente a questo problema. Può darsi che con questo congresso ci accorgeremo che, al di là delle specificità, qualche cosa di comune rimane, che attraversa la nostra disciplina, la mantiene unitaria per lo meno nello spirito con il quale viene esercitata. In questo contesto, senza dubbio la responsabilità dei più anziani tra di noi è grande per quel che riguarda la formazione dei nostri giovani: l'implosione dei campi sociali ai quali si interessa, deve interessarsi, la nostra disciplina, non deve significare la sparizione di quel che, tramite le nostre differenze, ci mantiene uniti.

Poiché abbiamo deciso quest'anno di riflettere sulla «pluralità» della nostra materia, così come è mostrato dalla scelta delle tematiche che verranno presentate, mi preme aprire questi lavori tramite una breve, ma spero non troppo superficiale, riflessione sull'«identità», intesa come il pensiero dell'unitario, che trascende dunque, trattiene, il pensiero della pluralità. Tema classico sicuramente per la filosofia del diritto e più generalmente per il pensiero astratto, ma tut-

tavia difficile in quanto questo tema ha sempre generato delle riflessioni molto diverse tra loro ma anche contraddittorie. Ciò facendo, mi auguro di portare realmente le nostre riflessioni, così diverse ancora una volta tra di noi, alla comprensione dei ragionamenti astratti che vengono sollecitati, implicitamente o meno, coscientemente o meno, quando viene svolto un ragionamento razionale e in particolare sull'«identità» che il pensiero della «pluralità», ovviamente, presuppone.

Voglio affrontare questa questione come una questione di metodo, come una pura questione di metodo. Ciò facendo, potrò dare l'impressione di allontanarmi singolarmente dalla nostra disciplina, cioè di aprire a ragionamenti «filosofici» e di dimenticare il diritto, atteggiamento singolare in quanto apertura ad un congresso nazionale di filosofia del diritto. Credo però che i nostri tempi richiedano non una «decostruzione» ma una ricostruzione, voglio dire il rilancio di ricerche fondamentali che affrontano gli aspetti più astratti dei nostri modi di pensare e che ripongono in modi nuovi la questione della razionalità e della verità. Così, pensare astrattamente la questione dell'identità non consiste ovviamente nello svolgere un ragionamento la cui finalità sarebbe di porre una definizione. Pensare l'identità come una questione di metodo significa interrogare l'atto stesso di pensare che dispone quegli enunciati tramite i quali si rappresenta l'«identità». Il pensiero puramente logico perciò, se è una condizione necessaria, non è mai una condizione sufficiente. In effetti, cos'è pensare, voglio dire in che cosa consiste l'operazione cognitiva che chiamiamo pensare e tramite la quale pensiamo di accedere alla conoscenza in verità delle cose? Consiste nel dire il non saputo. Per definizione, pensare non può concepirsi soltanto come un atto cognitivo che affronta quel che si sa. La questione di metodo, per dirlo molto semplicemente, può dunque essere formulata così: se non posso dire quel che non so, e allorché pensare non può risultare dalla semplice ripetizione di quel che so, come si costituisce l'atto cognitivo che fa sì che l'enunciato di quel che non so risulti dalla sola evocazione di quel che so? In questa introduzione al nostro congresso, non posso che affrontare velocemente tale questione di base per qualunque riflessione metodologica. La questione che ho posto indica che pensare implica il riferimento alla «metafisica». Anche se non posso che dirlo velocemente, il che potrà sembrare anche brutale, la riflessione relativa a che cos'è pensare, cioè al metodo, si avvolge intorno ad una «rappresentazione vuota», la chiamerei, cioè ad una rappresentazione del «sé» che si vuole costruzione del senso, costruzione che segue un percorso razionale, in quanto pensiero dell'«a sé». Questa rappresentazione, modo di ragionare ancora una volta che suscita



una metafisica, il «sé» «a sé», corrisponde al modo di pensare che ciascuno di noi usa quotidianamente, senza capire troppo bene quel che fa. Che nessuno si senta aggredito. In effetti, soltanto coloro che si interessano specificamente alla questione astratta del metodo debbono affrontare, prima di capirlo, il problema di quel che ho chiamato la «rappresentazione vuota» senza la quale pensare equivale sia ad un pensare irrazionale (perché tautologico) sia, semplicemente, ad un non pensare.

In effetti, tutti i nostri ragionamenti cercano sempre di accedere alla formalizzazione dell'«a sé» del concetto vuoto del «sé». Il senso, così come viene formalizzato classicamente anche da coloro che non ne hanno nemmeno la più piccola sensibilità, si costruisce sempre come ricerca, disperata spesso, della totalità, per dirlo con altre parole, di quel che «chiude», di quel che dice il «tutto». Vi prego di non vedere da parte mia una qualunque provocazione, come vi prego di pensarci un po': c'è una parentela strettissima, ancora una volta di natura metafisica, tra un atto cognitivo che si svolge lungo una formalizzazione «analitica», per esempio, ed una molto tradizionale esegesi come il «letteralismo»; entrambe sono alla ricerca della «pienezza», cioè di quel che farebbe sì che il senso sarebbe certezza in quanto niente sfuggirebbe. Non importa come quel non sfuggire viene costruito da questi due approcci, l'importante per me è sottolineare la particolarità di queste due formalizzazioni, radicalmente estranee, che ricercano la pienezza in quanto certezza del senso. Questo gesto metodologico lo chiamo il pensare dell'«a sé» del «sé». È la ragione per la quale del resto la fenomenologia heideggeriana, all'inizio dunque tedesca nella sua versione esplicita (la ricerca potrebbe essere un po' più complessa, in particolare perché lo osserviamo già con Husserl, ma quest'ultimo non affronta mai esplicitamente questo problema) e dopo, in particolare, francese con ovviamente Derrida e la «decostruzione» (che quest'ultimo riprende da Heidegger), ci parlerà sempre della «metafisica della presenza». Questa riflessione, che creerà ancora una volta l'espressione «metafisica della presenza» (lo preciso perché ho potuto osservare che tanti, anche tra coloro che usano quest'espressione, non vedono chiaramente da dove essa viene e a che cosa rinvia), si appoggia sulla comprensione che qualunque pensiero astratto si svolge a partire da una rappresentazione vuota, il «sé», e che tutte le formalizzazioni, atti cognitivi, corrispondono ad una costruzione dell'«a sé» del «sé». Il «rapporto a sé» è diventato il grande problema della Modernità e del periodo contemporaneo e, direi, quel che viene concepito come una essenziale frattura, contrapposizione, metodologica tra la filosofia analitica e la fenomenologia, nella prospettiva metafisica, ancora una volta, è in realtà senza importanza.

Vorrei fare un breve inciso al fine di approfondire quel che ho appena detto. Anche se, anche qui, la mia riflessione non potrà che essere brevissima, spero però non superficiale, voglio portarvi ad alcuni scritti di Husserl, emblematico esempio di convivenza, se posso dire, analitica e fenomenologica e in particolare ai suoi corsi tenuti nel 1918 e nel 1926 sulla «Sintesi passiva» (logiche trascendentali e condizioni originarie). Quel corso, detto brevemente, si collega alle conclusioni della sesta delle Ricerche Logiche (sul rapporto tra l'intuizione sensibile e l'intuizione categoriale nella produzione di un giudizio di verità) e si pone il problema della percezione esterna come traduzione dell'intuizione semplice. Husserl si rappresenta, e cerca di risolvere, questo problema come quello della «predonazione passiva» a partire dalla quale si produce l'«evidenza». Però, pensare a partire da qualche cosa di donato implica, ovviamente, la categoria dell'oggetto, se non vogliamo finire nel più banale e irrazionale costruttivismo, oggetto che viene concepito per questo motivo come una «evidenza originaria». Cosa significa? Significa che l'evidenza, cioè la percezione della verità del mondo, manifesta una donazione in quanto percezione del «sé» dell'oggetto, «sé» che apre alla comprensione del mondo perché evidenza per uno «io», in altri termini «rapporto a sé» (così è la categoria dell'oggetto così come viene definita che implica i modi di definire-comprendere il soggetto). Una identità viene per conseguenza posta, atto del pensiero reso possibile grazie al concetto vuoto del «sé» ma dal quale, tramite l'identitario, viene formalizzato l'«a sé» del «sé», in altri termini viene formalizzato un pensiero astratto e troviamo i ragionamenti husserliani sul «medesimo». Ritroveremo Husserl oltre.

È a partire da queste alte interrogazioni husserliane che si aprirà nel ventesimo secolo, come si sa, la riflessione sull'«alterità», cioè sul modo di concepire l'«a sé» del «sé». Conosciamo le versioni di Levinas o di Derrida, in particolare, cioè l'alterità come la radicalità del viso dell'Altro («a sé» del «sé» come io che si ri-conosce soltanto tramite l'altro) o l'alterità come la differenza («a sé» di un «sé» inteso come *differanza*). Quali che siano l'interesse e la creatività, per non dire l'enorme sentimento di umanità, penso a Levinas in particolare, che supportano queste riflessioni sull'Alterità, mi pare che siano le meditazioni husserliane le più profonde quando mantengono le loro riflessioni sulla questione dell'identità, cioè sull'«a sé» del «sé» come pensiero del medesimo. Lascio da parte qui la giustificazione di quel che ho detto, per assenza di spazio e tempo, ritroveremo il principio di una critica metafisica al pensiero di Derrida, in particolare, tra poco. Preferisco fermarmi sulla questione del «sé». Che cos'è? È il pensare di un'identità che necessariamente dobbiamo pre-

supporre al principio di qualunque atto cognitivo e che precisamente un tale atto enuncia. Spesso si parla di «fondamento» ed è del resto da questa presupposizione che sembra dover imporsi quel che viene chiamato l'ontologia (quello che necessariamente «è»). In effetti, saper dire questa entità, l'«a sé», significa formalizzare, definire, il «sé», che qualunque pensiero di verità suppone e che è sempre stato concepito finora come pensiero dell'essere. La tradizione filosofica occidentale in effetti ha sempre voluto vedere la questione del «sé» come, necessariamente, il pensiero dell'identitario e di conseguenza come una meditazione sul «medesimo». Husserl è un gran testimone di questa abitudine occidentale. In questa prospettiva, sapere significa ripercorrere un già saputo, si apre così la problematica della donazione: qualche cosa è «sempre già» (Heidegger percorrerà in tutta la sua vita questa strada husserliana), tutto il problema del pensare astratto sarà ovviamente saper formalizzare quel «sempre già». Come ho detto prima, anche se molto velocemente, Husserl elaborerà la predonazione passiva, cioè il pensiero del «medesimo» poiché è sì il «sé» dell'oggetto che viene identificato quando una percezione vera del mondo ha luogo, ciò che significa che l'atto cognitivo, il «soggetto», consiste nella percezione di quel che è identico al «sé» dell'oggetto. Il pensiero husserliano si iscrive, come si vede, in una metafisica di un «sé» immanente all'atto cognitivo che si rintraccia nella figura del medesimo.

Mi viene da dire che il pensiero astratto, filosofico se vogliamo, consiste quasi sempre in quel pensiero di un originario, di un originario fondatore (pensiero dell'«a sé» del «sé») ovviamente. Poiché pensare significa pensare il non saputo, come si sa, il non saputo viene quasi sempre evocato a partire dalla figura del «medesimo» che sembra, per essenza, dover portare al non saputo, con la più grande certezza di non cadere nel falso. Questo però è dimenticare che è soltanto tramite il non saputo che il sapere traduce un pensare e non il contrario, come si pensa comunemente. Voglio dire che il sapere non è mai altro che la forma che viene data ad un'interrogazione tramite la quale il non saputo viene rappresentato. È ovviamente il non saputo al principio di qualunque atto cognitivo e non il contrario. Un veloce sguardo al pensiero occidentale mostra che ci sono due opzioni. O ci si chiede cos'è pensare?, cioè «come si può enunciare il non saputo?» e per rispondere si prende la strada tradizionale del pensiero del «medesimo». Questa strada porta al pensiero del «sé», rappresentato come un «io», tramite un'«a sé» che si scrive allora come «memoria», «coscienza», «intenzionalità» ecc. e che percorre uno spazio concepito come un «sempre già». La fenomenologia contemporanea ne è un ovvio esempio. O allora si percorre la strada, tutt'ora più che ignorata, che consiste a riconsiderare la questione me-

tafisica prima di porre la questione di metodo: il pensiero del «sé», concetto vuoto ancora una volta, non è più riportato ad un «a sé» tramite il quale si qualifica ma ad un pensiero del non saputo che trascrive la questione metafisica. Cosa significa? Significa che l'accento viene messo sul non saputo che però non deve mai essere concepito come un Altro che non sarebbe che l'espressione di un «sé», come fece per esempio Levinas, e che non deve nemmeno essere concepito come una «differenza» che non è che una forma negativa di un pensiero del «sé».

Pensiero del «sé» «a sé», il pensiero astratto venne caratterizzato da Heidegger come una «metafisica della presenza», autentico controsenso della struttura del pensiero razionale occidentale. Che una riflessione sul pensiero astratto mostri il carattere metafisico di quest'ultimo non è contestabile, ma voler definirlo come una formalizzazione di una rappresentazione della presenza, modo di rappresentare che sarebbe specifico al pensiero occidentale (dai Greci ai Tedeschi) non è corretto. La metafisica occidentale, allontanandosi dai Greci, suggerisce una rappresentazione dell'assenza e non della presenza nella formalizzazione della questione del senso. Dobbiamo parlare di metafisica della presenza dell'assenza e non della metafisica della presenza e reintrodurre, ciò facendo, l'ebraismo per capire il pensiero occidentale razionale. Non pensiero del «sé» «a sé», sapere riporta ad una metafisica dell'essere tramite quel che «non è», metafisica della presenza dell'assenza ancora una volta, all'opposto più radicale della filosofia tedesca contemporanea, nella versione fenomenologica in particolare. La «metafisica della presenza» è un'assurdità teorica, tornerò su questo punto alla fine dell'introduzione. Impossibile «a sé», non «rapporto a sé», il pensiero razionale è sì pensiero dell'alterità ma non di un'alterità che consisterebbe nel «sé» dell'Altro, come fece Levinas. In questa prospettiva, la questione dell'Alterità non è altro che una questione di metodo che riporta ad un pensiero del non saputo. Perché qualunque sapere consiste nel dire il non saputo, l'estraneo al sapere riporta ad un pensiero metafisico di quel che «è» tramite quel che «non è». Non dubitiamo mai del sapere, dubitiamo di quel che il sapere evoca tramite rappresentazione per affermarsi come sapere poiché, per essenza, niente preformalizza, condiziona, il non saputo.

Tramite il concetto dell'Altro, il non saputo, accedo al senso vero ma non posso mai pensare positivamente, in una positività semantica voglio dire, quel modo di accedere al vero: vi accedo tramite una positività che non ha mai saputo e non saprà mai tradurre il «positivismo». Non è mai l'accesso a quel che sarebbe la pienezza del senso, in altri termini la presenza del senso a se stesso che porta alla com-

presione razionale del mondo, contrariamente a quel che tutti credono. La presenza, formalizzazione della rappresentazione del «sé», manifesta sempre la presenza di un'assenza (il pensiero religioso ne è una chiara e banale, direi, illustrazione). Sia la frase «io ho il ricordo dell'oblio». Essa sarebbe un enunciato contraddittorio se volessimo dire, nella positività delle parole che costituiscono la frase, un senso che consisterebbe in un positivismo della frase, cioè consisterebbe in parole che direbbero, esprimerebbero il senso soltanto nel rapporto che ogni parola avrebbe con se stessa. Propongo questo semplice esempio per mostrare che la questione del senso non si apre prima con la questione del linguaggio ma con il pensiero metafisico. «Ho il ricordo dell'oblio» non è un enunciato che manifesta un non senso, un'assurdità, ma la traduzione di una metafisica che è la condizione stessa del senso. In effetti, la frase significa: accedo alla presenza dell'assenza. Questa frase esprime al meglio la metafisica occidentale, ciò tramite cui il senso è senso, vale a dire la rappresentazione di quel che è tramite quel che non è.

La questione dell'identitario viene pensata così come la pensiamo, cioè come ricerca del «sé», perché qualunque pensiero è la manifestazione di un pensiero metafisico inerente a qualunque pensare. Bisogna però pensare correttamente la questione metafisica. Se vogliamo credere che qualunque pensare consista nella rappresentazione di una metafisica del «se», allora il pensiero astratto andrà sempre a ricercare la verità del mondo verso una identità che si concepirà come una «origine», rappresentazione del senso tramite un pensiero del tempo che si formalizza sempre, checché ne abbia detto Kant, irrazionalmente in quanto presenza «a sé» del «sé». Perché questa «origine» invece sia compatibile con un ragionamento razionale, deve manifestare un indicibile che, lungi dall'essere un impossibile pensare, ne è la sua condizione di possibilità. L'indicibile, in quanto condizione del pensabile, traduce in effetti la metafisica della presenza dell'assenza. È in quel punto che il linguaggio è paradossale: esprime l'indicibile. Per questa ragione, il linguaggio è senso in quanto sfugge a se stesso, possiamo dire, esso traduce una presenza dell'assenza quando enuncia. La pienezza, disperatamente ricercata da tutti o quasi, è l'impossibile metafisica del linguaggio, quel «sé» «a sé», ed è assurdo pretendere di ottenerlo esclusivamente tramite definizioni. Nessuna positività del linguaggio, ancora una volta, saprà mai dire, nel più positivo modo di enunciare, un senso che non sarebbe altro che un puro «positivismo linguistico». La grande illusione della Modernità è qui, non ha finito di fare delle vittime come di suggerire delle scommesse metodologiche sbagliate. Il linguaggio è senso in quanto testimonia l'indicibile: il saputo (tramite il linguaggio, se vogliamo) è

sapere in quanto rappresentazione di un non saputo, per forza direi se vogliamo accettare che pensare non è soltanto ripetere il saputo. Il sapere conosce grazie al non saputo, è la rappresentazione di un non saputo in effetti che si trova al principio della formalizzazione cognitiva, del sapere in una parola.

Per concludere, come pensare l'identità? Metafisica della presenza dell'assenza, l'«identità» corrisponde alla metafisica di quel che è tramite quel che non è. Di conseguenza, una «identità plurale» non può mai consistere nella rappresentazione di una unità che si manifesterebbe da diversi modi, sarebbe enunciare un relativismo che, per assenza, è incompatibile con l'idea stessa di identità, un «sé» plurale in altri termini. L'«identità» risuona della presenza dell'assenza, si mostra tramite una positività che non saprà mai dire un positivismo delle parole, ancora una volta. Quando cerchiamo di conoscerci, ci conosciamo nell'atto del cercare, in quanto cercando dunque, e non come un conoscersi, voglio dire in quanto pensiero di un rapporto del sé con sé.

### *Note brevi di fenomenologia*

In appoggio a quel che ho appena detto, vorrei illustrare la critica della questione della metafisica della presenza e del pensiero del «sé» «a sé», a partire da brevi considerazioni metodologiche sul pensiero di Husserl e di brevi considerazioni illustrative e critiche su alcuni testi di Derrida. Come si sa, allontanandosi dall'impostazione di Brentano, Husserl vuole spingere la questione del «sé» in una prospettiva sempre più razionalista, al di là della soggettività trascendentale di Cartesio. L'«io» è quel tramite con cui si concepisce la struttura del vissuto, cioè un rappresentato che rinvia all'essere orientato di quell'«io» in direzione del suo tema intenzionale. I vissuti entrano in opera nell'unità di un flusso di coscienza sotto la forma dell'ego cogito. Tutti i vissuti manifestano allo stesso modo lo stesso ego: «io», che percepisco, sono identicamente lo stesso che l'«io» che poi giudica. In altri termini, Husserl costruisce la questione di metodo a partire dal concetto di «identità»: tutti i vissuti si incentrano in un unico polo completamente identico. È soltanto a partire dal cogliere di quell'«io» centrale che qualunque concetto di «io» acquisisce senso. Da un lato, questo «io» centrale corrisponde a quel che chiamo il «concetto vuoto» ma che, d'altro lato, permette l'atto cognitivo in quanto siamo allora chiaramente in una rappresentazione del «sé» «a sé», in una rappresentazione del senso. Ciò facendo, l'impostazione implica necessariamente una metafisica, cioè una necessità

metodologica implicita, secondo la quale pensare necessita di suscitare soltanto come una presenza quel che viene accettato in quanto senso. Da lì, come sappiamo, Heidegger annuncerà al mondo che qualunque pensare è sempre un pensare di una metafisica della presenza e tutti gli crederanno.

Tuttavia, c'è un piccolo problema. Precisamente perché la questione così detta «metafisica» si manifesta in quanto questione di metodo, se il senso necessariamente si traduce in quanto manifestazione di una presenza, allora sono condannato a pensare unicamente «quel che si sa» per poter spiegare il conoscere. Per dirlo in un modo diverso, conoscere sarebbe soltanto dire quel che si sa, cioè conoscere consisterebbe ad esprimere degli enunciati essenzialmente tautologici. È per evitare questo pericolo che condannerebbe tutti i ragionamenti, che, accanto alla presenza, viene evocata, già con Husserl, l'assenza. Husserl dirà in effetti, sempre per definire l'intenzionalità e gli atti di coscienza, che la vita svegliata possiede costantemente un retro piano dalla quale la veglia è assente. In altri termini, necessariamente per introdurre quel modo di pensare il senso come quel che è, bisogna introdurre nello stesso gesto quel che non è. La presenza, quando si vuole la condizione del pensabile, deve evocare l'assenza. Quando si percepisce un oggetto, ci insegna Husserl, non può mai mancare un retro piano obiettivo sul quale l'attenzione non si ferma. La presenza, dunque, quello stato di veglia, necessita di evocare l'assenza sennò i ragionamenti si trasformano in autentiche tautologie. La presenza, dunque, necessita di evocare qualche cosa al quale l'«io» non è presente: il pensiero del «sé», per conseguenza, quando si vuole pensiero dell'identico deve, se si vuole mantenere una struttura razionale, evocare l'assenza. Rimane che Husserl si situa in una prospettiva nella quale soltanto la presenza è ricercata, formalizzata. Non troveremo mai con questo autore una teorizzazione che avrebbe a che fare con l'assenza. Di conseguenza, parlare di metafisica della presenza sembra illegittimo poiché necessariamente l'assenza viene evocata e rimane corretto riconoscere che mai nessun fenomenologo abbia parlato di una fenomenologia della presenza dell'assenza; rimane altrettanto vero che l'espressione che deve essere utilizzata per definire questo approccio non è quella della metafisica della presenza, come affermerà Heidegger, ma dell'assenza della presenza, come ho già detto, espressione che sembra per lo meno assurda. Tutto ciò di cui avrò parlato Heidegger non sarà mai stato effettivamente l'espressione di una metafisica della presenza ma di una metafisica dell'assenza della presenza, ciò che non è la stessa cosa<sup>1</sup>. Precisamente perché la presenza necessita della sua assenza, Husserl introdurrà, come si sa, l'«immanenza», modo di formalizzare quel retro piano.

Qualunque apparizione sarà sempre definita come l'apparizione di quel che appare nella cosa in quanto tale: lo sguardo si sposta, l'intenzione manifesta un cambiamento ma di una verità oggettuale che era qui, presente in retro piano.

Il pensiero del soggetto si ottiene così tramite quell'identità che suppone ugualmente il pensiero dell'oggetto, pensiero del «sé» ad un «a sé» che vale dunque tanto per il «soggetto» quanto per l'«oggetto». Il retro piano costituisce l'assenza della presenza, quel che «non è» ma senza il quale quel che «è» non sarebbe identificabile, un impossibile fenomeno, l'impossibile pensiero dell'«oggetto». Ugualmente, l'essenza dei vissuti fa sì che l'atto di coscienza che fa passare da un modo di compimento ad un altro è identico. Una coscienza di unità e di identità (medesimo) è il presupposto di cui ha bisogno Husserl per elaborare la sua fenomenologia razionalista del «soggetto», sorta di retro piano che si chiama adesso il «latente» (per opposizione al «patente»), assenza della presenza. Il problema metodologico che pone questo modo di ragionare è semplice: quel che viene chiamato il «retro piano» o il «latente» corrisponde sempre a «quel che si sa» (è così che si capisce la necessità per Husserl di evocare un'«immanenza»), voglio dire che questo tipo di ragionamento non include il «quel che non si sa». Però, se la spiegazione degli atti cognitivi lascia da parte il non saputo, di che cosa parla, cos'è sennò una tautologia? Del resto questo problema essenziale di metodo è strutturale con Heidegger di cui rende in particolare conto l'uso sistematico dell'espressione «sempre già». L'assenza (della presenza) rinvia a quel gigantesco disegno heideggeriano della «circolarità», che corrisponde ad una modalità della presenza. Questa costruzione è inaccettabile poiché la comprensione del senso, la comprensione del mondo non è mai altro che un saputo (pensiero del sé) che si manifesta da solo («a sé») e nei confronti del quale nulla possiamo fare. Il non saputo viene così ridotto ad un inganno o ad un obiettivo non ancora saputo, ciò che è assurdo poiché un inganno non corrisponde al non saputo ma più semplicemente ad un saputo erroneo (e lasciamo qui da parte il disegno puramente politico che si trova al principio di questa costruzione<sup>2</sup>) e un «non ancora» può soltanto tradursi come una retrodizione, atto cognitivo non razionale. Ma l'importante per me qua è soltanto mostrare che la così detta «metafisica della presenza» corrisponde realmente ad una «metafisica dell'assenza della presenza», ciò che metodologicamente non è accettabile. Per chiudere

<sup>1</sup> Vedi P. NERHOT, *E. Junger e M. Heidegger, Il senso del limite (o la questione della tecnica)*, Cedam, Padova 2008.

<sup>2</sup> Vedi P. NERHOT, *op. cit.*



queste brevi critiche voglio introdurre velocemente alcuni lavori di Derrida.

Seguace di Heidegger, troviamo già all'inizio dei suoi lavori questa metafisica dell'assenza della presenza anche se Derrida parlerà sempre, ripetendo Heidegger, di metafisica della presenza. Così, ne «*La voix et le phénomène*» (1967) troviamo questa « non presenza a sé del presente » che guida e costituisce una lettura qualsiasi (in particolare a partire dal suo concetto di segno). In altri termini l'assenza della presenza metafisica. In «*Marges de la philosophie*» (1972), la grande creazione linguistica derridiana, «*la différance*», viene definita come «quel che non può presentarsi come un presente»; appare ugualmente l'essere di Heidegger scritto con una croce sopra (che lo cancellava<sup>3</sup> ma un cancellare però che non significava uno sparire), che voleva significare l'impossibilità dell'essere a raggiungere se stesso, un essere dunque assente alla sua presenza; l'impossibile originario di Heidegger (circolo) diviene la «differanza», con la «a» dunque, per manifestare l'impossibile «a sé» del «sé» in quanto impossibile presenza «a sé»; assenza della presenza in altri termini, nel linguaggio di Derrida l'impossibile «causalità costituente». In «*La vérité en peinture*» (1978), parlando del «tratto», egli dirà «un tratto non appare mai, mai se stesso poiché segna le differenze tra le forme e i contenuti dell'apparire». In altri termini, l'impossibile «a sé» di un «sé», assente alla sua presenza. In «*Limited Inc*» (1990), la presenza è ancora e sempre impossibile in quanto necessità di un'assenza. Ma come per tutte le sue riflessioni, Derrida non capiva che era la credenza nella «metafisica della presenza» heideggeriana che lo portava a quel che egli credeva la fine della metafisica (di cui la «differanza» sarebbe stata la prova). Questa formulazione heideggeriana era l'errore più radicale per pensare la questione della metafisica, e Derrida in conseguenza di quest'errore, pensava l'impossibile presenza («a sé» del «sé») come la manifestazione fenomenologica che dava ragione alla tesi di Heidegger sulla fine della metafisica! In «*Donner le temps*» (1991), riprendendo sempre le tesi heideggeriane, Derrida parla dell'«oblio che non è il nulla» perché non possiamo mai ottenere un presente presente a se stesso (la questione dell'essere viene introdotta in quel testo a partire da un pensiero sul tempo, l'impossibile «a sé» del tempo che porterebbe alla «differanza»). In «*Spectre de Marx*» (1993) Derrida parla della «non contemporaneità a sé del presente», della «disgiunzione nella presenza stessa del presente», della «non contemporaneità del tempo presente a se stesso». Per parlare sempli-

<sup>3</sup> Vedi la mia lettura della lettera a Ernst Junger.

cemente della metafisica dell'assenza della presenza. In «Force de loi» (1994) siamo sempre confrontati ad una riflessione che si svolge a partire da quel che sarebbe una impossibilità metafisica, quella del «sé» «a sé»: impossibile fondamento del diritto che nega la forza ma che proviene da un atto di forza. Dal momento che viene capita la metafisica della presenza dell'assenza<sup>4</sup> e non il contrario, voglio dire che viene riconsiderata correttamente la riflessione sulla questione metafisica, i lavori di Heidegger vengono rimessi nella loro corretta prospettiva, anticristiana per l'essenziale, e i lavori di Derrida si leggono con estrema facilità, una sconcertante facilità metodologica direi, nella misura in cui riprendono sempre la stessa impostazione metodologica, sbagliata, dell'impossibile presenza in quanto metafisica del «sé» «a sé». Tutta la scrittura di Derrida si trova su questa impostazione, heideggeriana e sbagliata. In «Mal d'archive» (1995), siamo sempre confrontati all'impossibile «a sé» del «sé», ma questa volta direttamente in quanto «metafisica della presenza»: egli dice, in particolare, «ogni archivio...è nello stesso tempo istitutore e conservatore», stessa idea che ritroviamo con «Feu la cendre», cioè «quel che custodisce senza custodire». Se dovessimo chiudere queste brevi annotazioni metodologiche rapportandole alla questione dell'identità, dovremmo necessariamente, e sotto una prospettiva ancora una volta squisitamente metodologica, dimenticare la fenomenologia così come è stata elaborata a partire da Heidegger in poi.

<sup>4</sup> Vedi *La metafora del passaggio, Il concetto di tempo in sant'Agostino, Fondamento di una nuova etica*, Cedam, Padova 2008.

Prima seduta plenaria  
Diritto, identità, linguaggio

*Presiede* Patrick Nerhot



# *Diritto, identità, linguaggio*

di Letizia Mancini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto e legalità, identità giuridica e parola. – 3. Interpretazione e parola. – 4. Il linguaggio e l'opera dell'ermeneuta.

## 1. *Premessa*

In una discussione sui nessi tra diritto, identità e linguaggio non si può prescindere da alcune riflessioni che costituiscono parte centrale del pensiero contemporaneo:

«L'uomo usa la parola parlata o scritta per esprimere il significato di quello che egli vuole comunicare (*mitteilen*)»<sup>1</sup>; è l'affermazione di Jung proposta nel suo ultimo scritto. Con *mitteilen* si nomina il rendere partecipe, il partecipare nel significato di condividere, dove la condivisione necessita di regole, dunque di una struttura giuridica che si manifesta già qui nel suo legame con la parola come comunicazione narrativa. La parola – a differenza del numero – comunica più di ciò che dice, dunque presenta già l'opera dell'interpretazione; proprio questo itinerario porta Luigi Pareyson ad affermare «...il linguaggio adatto alla libertà non è quello della logica, ma quello della storia e del mito, che ne racconta fedelmente gli atti imprevedibili e i fatti indeducibili, come in un racconto...»<sup>2</sup>.

Ne deriva che la struttura dell'opera interpretativa, compiuta non secondariamente dal giurista, è propria degli uomini intesi come soggetti della narrazione, così da potersi dire che proprio il processo è «narrazione polifonica». Il processo viene letteralmente descritto come il luogo in cui compaiono imputati, testimoni, avvocati, pubblici ministeri, psicologi dove «ciascuno narra una storia e alla fine il giudice

<sup>1</sup> «Durch seine Sprache versucht der Mensch die Dinge so zu benennen, dass seine Worte den Sinn dessen vermitteln, was er mitzuteilen wuenscht». C.G. JUNG, *Gesammelte Werke, Das symbolische Leben*, Olten und Freiburg im Breisgau 1981, p. 201.

<sup>2</sup> L. PAREYSON, *Ontologia della libertà. Il male e la sofferenza*, Milano 2000.

deve narrare una sorta di compendio pesato di tutte queste storie ...»<sup>3</sup>. Quanto alla parola già nel *Fedro* si legge che 'le cose di maggior valore' non sono quelle scritte nei rotoli di carta, ma quelle comunicate nel dialogo nel modo e nei tempi giusti<sup>4</sup>.

Queste riflessioni mostrano l'uomo prioritariamente nella sua qualità di soggetto parlante<sup>5</sup>, cioè autore della parola che si va costruendo nel tessuto linguistico del discorso e che rappresenta il se stesso sulla scena della testualità sociale<sup>6</sup>.

Seguendo la linea che analizza la soggettività<sup>7</sup>, la questione sul diritto investe la genesi fenomenologica e la validità del discorso giuridico, riguarda dunque *chi* stabilisce e definisce il diritto nelle sue forme, in una parola l'autore del significato del dire, della parola, del discorso, del linguaggio<sup>8</sup>, specificamente giuridico. Negli enunciati delle norme giuridiche, infatti, il senso emerge perché viene messo in parole e però allo stesso tempo si sottrae ad un dominio integrale dell'opera dell'ermeneuta; si può affermare che, nell'esperienza giuridica – come la si intende con Capograssi – il senso non può prescindere dalla dialettica di parole e silenzio, di norme e diritto. Lungo questo itinerario, il linguaggio, che diviene discorso attraverso le leggi e mediante la coesistenza sociale, è strutturato dall'originalità del singolo che ritrova se stesso nella responsabilità della scelta compiuta (*passato*) e nella preparazione (*presente*), avviata alla scelta che si concretizzerà nel *futuro*. Quanto detto va oltre un concetto di libertà

<sup>3</sup> G.O. LONGO, *Il senso e la narrazione*, Milano 2008, p. 131.

<sup>4</sup> Cfr. PLATONE, *Fedro*, Milano 2006, p. 207.

<sup>5</sup> Cfr. B. ROMANO, *Il diritto strutturato come il discorso*, Roma 1994; P. LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, Paris 2004, pp. 67-94; F. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, Milano 2000, p. 79 «Bisogna conoscere già l'uomo per comprendere il discorso, e tuttavia è solo dal discorso che si impara a conoscere l'uomo».

<sup>6</sup> Quindi anche sulla scena del non-detto e dell'in-conscio, a tal proposito cfr. V. DESCOMBES, *L'incosciet malgré lui*, Paris 1997.

<sup>7</sup> Uno dei riferimenti è a Edith Stein e al suo concetto di persona e di interpretazione che – diversamente da Gadamer – non è configurabile come interpretazionismo, ma come interpretazione possibile solo a partire dalla struttura della persona umana. Cfr. E. STEIN, *La struttura della persona umana*, Roma 1999; *Una ricerca sullo Stato*, Roma 1999; *Il problema dell'empatia*, Roma 1986; *Psicologia e scienze dello spirito*, Roma 1999; cfr. H.G. GADAMER, *Il movimento fenomenologico*, Roma-Bari 2005 che pur essendo testimone degli sviluppi del movimento fenomenologico dimentica la figura dell'allieva più presente e più attenta di E. Husserl, appunto Edith Stein.

<sup>8</sup> A proposito della molteplicità dei linguaggi e in particolare del linguaggio normativo cfr. A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, *Studi 1995-2001*, Torino 2001; vd. H.G. GADAMER, *Linguaggio*, Roma-Bari 2005, p. 25 e ss.

considerata evento ‘innocente’, che viene dal nulla ed in esso rifluisce, come si legge nelle tesi del nichilismo giuridico<sup>9</sup>.

Nella manifestazione formale della norma, il diritto non può escludere dunque la struttura del linguaggio e di conseguenza quella dell’interpretazione<sup>10</sup> che, a sua volta, implica la dinamica relazionale e razionale. La struttura discorsiva e testuale diventa così «il crocevia delle divisioni»<sup>11</sup> – come nota Legendre – perché ogni lettura è intrinsecamente interpretazione diretta alla costruzione di un’identità; ogni chiarimento presenta la sua plurivocità direzionale che impegna l’argomentazione giuridica nel suo muovere dall’uomo in quanto soggetto e dunque dall’istituzione della parola. L’intera questione del diritto è improntata allora sulla considerazione che l’architettura giuridica è costruita come metodo speculativo posto in parole; il linguaggio, attraverso l’espressione della parola, serve all’uomo per costruire la sua identità – la soggettività giuridica – liberata da procedure di sottomissione dell’uomo all’altro uomo (il campo di concentrazione costituisce un esempio da custodire nella memoria dell’umanità). Risuonano vive le espressioni di Pareyson che si meravigliava di come, proprio quando l’uomo era uscito dall’abisso di male e sofferenza in cui lo avevano trascinato le guerre «e ancora in seguito per alcuni decenni, abbiano avuto grande successo e rilevante diffusione filosofie impegnate in problemi tecnici di estrema astrattezza e sottigliezza, come il positivismo logico e la filosofia analitica» cioè quelle «forme di pensiero – continua lo stesso Pareyson – insensibili alla problematica del male, e in genere poco interessati ai problemi dell’uomo e del suo destino»<sup>12</sup>. Il male e la sofferenza di cui parla Pareyson sono gli stessi imposti, nelle forme ingiuste della negazione della parola sino alla condanna a morte, inflitta a Edith Stein – prima allieva di Husserl – uccisa in un campo di concentrazione, luogo destinato all’estrema dissoluzione del diritto alla parola. Il razzismo acquista qui anche la veste del razzismo linguistico che pretende di togliere ai singoli le radici dei loro diversi molteplici linguaggi. Ne consegue un assunto fondamentale: il diritto assume la sua propria consistenza

<sup>9</sup> In una prospettiva critica B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo ‘perfetto’*, Torino 2006, *passim*.

<sup>10</sup> Trovano qui spazio le espressioni di Schleiermacher, «L’interpretazione deve quindi obbedire alle leggi dei diversi tipi di produzione sussumibili sotto il concetto di opera d’arte: altrimenti essa non coglie i diversi caratteri e interessi» F. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, Milano 2000, p. 497.

<sup>11</sup> P. LEGENDRE, *La 901e conclusion*, Paris 1998, p. 44; *Le désir politique de Dieu*, Paris 1988, p. 290 e ss.

<sup>12</sup> L. PAREYSON, *Ontologia della libertà. Il male e la sofferenza*, cit., p. 156.

attraverso l'uso del linguaggio<sup>13</sup> che, innestato nella legge della parola<sup>14</sup>, produce effetti giuridici.

Il linguaggio come istituzione interpersonale che separa il soggetto dall'oggettività naturalistica delle cose e allo stesso tempo lo scinde e lo divide da se stesso in una dialettica che va dal principio di identità a quello di alterità, lo impegna – come affermano Levinas<sup>15</sup> e Legendre – a «communiquer à la manière humaine»<sup>16</sup>. In sintesi, l'opera linguistica rappresenta, in questo senso, l'impegno e la responsabilità nella «costruzione dell'identità»<sup>17</sup> giuridica. La parola, in quanto espressione ermetica – messaggio – è alla base della costruzione del 'giuridico' inteso nella sua realizzazione di un discorso; non si tratta di un potere fattuale, poiché il suo esercizio consiste nel produrre effetti attraverso la mediazione fondamentale del potere di dire – esclusivo dell'uomo –, di parlare, di porgere la parola all'altro, di istituire il diritto sul fondamento del *logos* costitutivo del linguaggio.

Analizzando la tesi *il diritto è strutturato come il linguaggio*<sup>18</sup> che

<sup>13</sup> Il linguaggio costituisce il centro prospettico dal quale procede la stessa arte della riflessione vd. E. CASSIRER, *La filosofia delle forme simboliche*, vol. I *Il linguaggio*, Firenze 1961, p. 151 «La facoltà fondamentale della 'riflessione' opera in ognuno dei suoi atti all'«interno» e all'«esterno»: si manifesta da un lato nell'articolazione del suono, nell'articolazione e ritmizzazione del *movimento* del linguaggio, dall'altro lato nella sempre più netta differenziazione e distinzione del mondo *rappresentativo*. Un processo agisce continuamente sull'altro e questo vivo rapporto dinamico di dipendenza reciproca è ciò da cui a poco a poco nasce un nuovo equilibrio della coscienza, da cui si produce una visione stabile del mondo»; sulle possibilità del linguaggio K. JASPERS, *Del tragico. Sul linguaggio*, Napoli 2000, p. 87 «'Linguaggio' è in primo luogo il *parlare* che si attua di volta in volta; in secondo luogo è la *forma obbiettivata* della lingua (...), in terzo luogo è la *facoltà linguistica in generale*, il tratto distintivo dell'uomo»; anche F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari 1967, p. 19 «...il linguaggio è multiforme ed eteroclitico; a cavallo di parecchi campi, nello stesso tempo fisico, fisiologico, psichico, esso appartiene anche al dominio sociale; non si lascia classificare in alcuna categoria di fatti umani, poiché non si sa come enucleare la sua unità./ La lingua, al contrario, è in sé una totalità e un principio di classificazione. Dal momento in cui le assegniamo il primo posto tra i fatti di linguaggio, introduciamo un ordine naturale in un insieme che non si presta ad altra classificazione (...). Non è provato che la funzione del linguaggio, quale si manifesta quando noi parliamo, sia interamente naturale, nel senso che il nostro apparato vocale sia fatto per parlare come le nostre gambe per camminare...».

<sup>14</sup> La constatazione teoretica radicale – rilevante nella sua semplicità – è rappresentata dalla possibilità di un declino storico del mondo costruito dall'uomo tramite un uso esclusivamente formale del linguaggio, trasmesso per esempio anche e non solo attraverso il mito; vd. W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, Roma-Bari 2005, p. 58.

<sup>15</sup> Cfr. E. LEVINAS, *Il tempo e l'altro*, Genova 2001.

<sup>16</sup> P. LEGENDRE, *De la Société*, p. 16.

<sup>17</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>18</sup> B. ROMANO, *Il diritto strutturato come il discorso*, cit., p. 27 e ss.



*diventa testo della società* attraverso la struttura del discorso, se ne possono desumere alcuni argomenti principali:

a) *l'uomo parla, esercita il linguaggio ma allo stesso tempo non si può affermare che disponga della struttura dialogica che istituisce il senso del discorso*<sup>19</sup>.

Ne deriva che l'uomo non può produrre e strutturare le parole rimuovendo la consapevolezza che esse acquistano significato in un continuo rinvio di senso e nella differenza di significato che ogni uomo attribuisce, in modo libero, alla parola enunciata nella discorsività comunicativa (come mostra Habermas). Nulla impedisce all'uomo di creare le regole sintattiche e grammaticali<sup>20</sup> – come ha ampiamente dimostrato von Humboldt – ma non gli consente di creare la struttura della *parola* sino a renderla omogenea a quella del *numero*, così da esautorare la parola privandola della sua dimensione polisensa, nucleo dell'interpretazione; parimenti l'uomo nell'uso della parola, non può neppure archiviare o dimenticare la dimensione del silenzio che, proprio perché non scisso dalla parola, presenta la sua stessa struttura: è un intervallo di senso che richiama l'uomo al suo discorso originale, *liberamente scelto*, non abbandonato né alla contingenza né alla necessità.

Queste brevi considerazioni iniziali richiedono un ulteriore complemento:

b) *l'uomo* – così come non dispone della struttura dialogica della parola – non può disporre neanche della struttura della *giustizia* (*il giusto*), *perché non dispone*, pur conoscendola, *della differenza tra la dimensione della giustizia* (le condotte giuste) e *quella dell'ingiustizia* (*escludere l'altro*, in primis attraverso l'esclusione dal diritto alla parola); ovvero non dispone della distinzione tra il rispetto (giuridicità) e la violenza (controgiuridicità), non può arbitrariamente confondere l'ascolto dell'altro con la negazione della parola.

Allo stesso modo è opportuno sottolineare come *l'uomo non disponga della condizione di essere libero o meno*; l'uomo – si può dire – si trova esposto alla libertà, anche quando la svuota sino a vivere nell'insensatezza disperante di una quotidianità non più impegnata nell'esercizio della libera scelta, della decisione, insomma sino al nichilismo che coinvolge le strutture del 'giuridico'. Istituisce le *norme*, ma non crea il *diritto*, ovvero non crea l'affermazione o la negazione della differenza tra il giusto (rispetto) e l'ingiusto (esclusione come violenza) e, pertanto, non è il creatore assoluto dei contenuti normativi che differenziano il giusto dall'ingiusto.

<sup>19</sup> W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, in part. p. 15.

<sup>20</sup> *Id.*, *passim*.

Questo argomento, proposto nei termini enunciati, non sembra presentare una questione così netta se – cancellata la distinzione tra giusto e ingiusto – l'uomo rimane confinato nell'unica dimensione formalizzata della giuridicità – ossia della legalità, fattualmente vigente, perché espressione della forze più forte.

Ora, – secondo una lettura non ingenua (critica) della dottrina pura del diritto di Kelsen – esemplari sono a tal proposito le pagine di von Hayek<sup>21</sup> – la legalità può anche ratificare la forma del più forte che, senza una ragione esistenziale sufficiente, ritiene di poter disporre della differenza tra *giusto* e *legale*, con l'arbitrarietà che giuridifica le eventuali violenze di alcuni uomini contro altri.

## 2. Diritto e legalità, identità giuridica e parola

La storia giuridica dell'uomo mostra ampiamente che la *violenza si realizza nella volontà di poter conferire un contenuto qualsiasi* – fattualmente quello del più forte – *alla legalità*.

Accanto a questa riflessione è possibile proporre altre più esplicite: nel linguaggio creare un senso non significa creazione o disposizione arbitraria che possa incidere in modo indifferente sulla qualità delle condotte umane dei parlanti; nelle regole dell'intersoggettività (sociali), *l'istituzione dei contenuti normativi non è, a sua volta, una creazione assoluta, ma ha la sua misura nel giusto (riconoscimento incondizionato ed universale)*<sup>22</sup>, in una dimensione ontofenomenologica – espressione che appartiene a Cotta, che sento di voler ricordare qui a Torino.

In questa direzione si può affermare che la parola non viene formulata per rimanere chiusa nella realtà solipsistica di colui che la concepisce<sup>23</sup>, perché se fosse così non si darebbe alcuna ragione per pro-

<sup>21</sup> Cfr. F. VON HAYEK, *Legge legislazione e libertà*, Milano 2000.

<sup>22</sup> *Ivi*, pp. 40-41. La riflessione conduce a considerare che in contesti diversi dall'umano non si possono costatare forme di rispetto o di violazione della legge; nel 'biologico' e nel 'macchinale' ad es., si registra in verità solo una coincidenza con il funzionamento di programmi predisposti; non emerge il silenzio, cioè quello spazio che separa e unisce le parole attraverso la *differenza* e il *rinvio* di senso.

<sup>23</sup> Tra gli altri cfr. H.G. GADAMER, *Linguaggio*, Roma-Bari 2005, p. 116 sulle convenzioni linguistiche, ma anche p. 115: «Il linguaggio non è ciò che possediamo con le parole e che amministriamo per libero arbitrio. È un dare e un prendere entro cui si viene formando la lingua. Il parlare ha il proprio senso nel compimento e può essere solo là dove l'uno si avvicina all'altro per assicurarsi dell'esperire comune».

La continuazione dell'uomo come specie parlante non è questione solo formale, significa ridisegnare l'obiettivo del diritto, che, è chiaro, non può essere costituito da un'oggettività sedentaria e sedativa, ma deve essere riformulato attraverso una spe-

nunciarla. *La parola non è estranea a chi la enuncia*, ma si chiarisce solo nella sua struttura comunicativa, mostrando che l'uomo esiste nella responsabilità della relazione dialogica come espressamente argomenta Blondel<sup>24</sup>.

Proprio da queste premesse si avvia l'itinerario dove il pensiero giuridico non può assumere una connotazione solo 'scientista', subendo il vincolo di una sorta di tirannia della rappresentazione esatta; la parola permane nel rinvio all'uomo e non nella tecnica linguistico-normativa di un linguaggio<sup>25</sup> modellato dalle scienze esatte che si esprime nel e attraverso una sorta di *self-service* normativo.

Il potere della libertà dell'uomo è esposto ad esiti estremi che si può ipotizzare in una duplicità di direzioni: garantire al soggetto della parola la sua dignità di parlante o, al contrario, distruggerla. È chiaro che la prima direzione si manifesta nella prospettiva del giusto a differenza della seconda che è orientata all'ingiusto (*l'Apologia di Socrate* è un paradigma di ciò che l'uomo può scegliere con un'argomentazione sufficiente e non semplicemente perché lo 'vuole'). Entrambe le direzioni emergono e si possono manifestare in relazione all'opera interpretativa radicata nella *parola*.

Il giurista usa il linguaggio seguendo una doppia modalità: come legislatore istituisce il testo della legge e come giudice lo interpreta custodendo il legame tra la fedeltà al contenuto enunciato nel testo (ciò che è detto nel dettato normativo) e la lettura creativa del testo (ciò che non è detto ma permane come nucleo della giuridicità). A differenza del giurista inteso come un tecnico delle norme, il giurista – artista della ragione, dunque non estraneo alla terzietà imparziale – custodisce le relazioni tra gli uomini nelle condizioni di una

rimentazione sociale non solo di natura adeguativa. La realtà speculativa affrontata non rappresenta una novità nel panorama culturale giusfilosofico, anzi rinvia ad un luogo filosofico classico che muove dall'antichità (Aristotele); l'innovazione è realizzata a partire dalla delinearazione di un'immagine del diritto e del linguaggio che, in un momento storico come quello della globalizzazione, superata dall'avvento di nuove concezioni di vita, si trova a dover ridefinire la posizione della giuridicità attraverso il linguaggio alla base dell'idea stessa dei diritti dell'uomo e di identità non clonabili. Il diritto sussiste come traduzione relazionale del linguaggio nel sociale; la premessa equivale alla richiesta di continuazione della specie umana, attraverso i tre momenti della *divisione*, della *classificazione*, della *differenziazione* che indicano una continuazione né esclusivamente proceduralizzata né totalmente informatizzata.

<sup>24</sup> M. BLONDEL, *L'azione*, Firenze 1921, p. 281 e ss. «L'uomo non basta a se stesso; deve agire per gli altri, con gli altri, per mezzo degli altri».

<sup>25</sup> Dilaniata dall'ibridazione tra ipotesi arcaiche, come le molteplici guerre sul pianeta condotte simultaneamente secondo i metodi comuni classici e con strumenti ipertecnologici. Cfr., tra gli altri, A. TROMBETTI, *L'unità d'origine del linguaggio*, Bologna 1905; M. MAZZONE, *Menti simboliche*, Roma 2005, p. 105 e ss.

uguaglianza non monetizzabile e rifiuta con vigore l'assoggettamento ad una funzione vincente enunciata ad esempio nel linguaggio dei prezzi – secondo il lessico di Luhmann –, generatrice di rapporti di sproporzione e di disuguaglianza.

La questione della rilevanza dell'uomo e della sua parola nell'ambito del linguaggio costituisce il momento più iniziale nella formazione delle condotte umane capaci di produrre anche effetti negativi.

Si può allora affermare che, analizzati in questa loro dimensione costitutiva dell'uomo in quanto tale, soggetto e linguaggio si manifestano nell'opera dell'interpretazione che, nella sua pluralità di orizzonti, può orientare la libertà verso il giusto o l'ingiusto, verso la ricerca del giusto nel legale o verso la riduzione del giusto al legale.

Nella dimensione interpersonale, la forza e il capitale simbolico<sup>26</sup> della parola sono tali quando manifestano la loro energia; nessun uomo intende rinunciarvi, infatti non permette a nessun altro di prendere il suo posto nel discorso e non lascia che le parole degli altri si sostituiscano alle sue. Allo stesso tempo si può affermare che nessun uomo può dominare totalmente né se stesso, né la parola sempre in attesa di ricevere un'interpretazione che ne presenti un significato ulteriore<sup>27</sup>, enunciabile e presentato dagli altri in una dimensione di pluralità dialogica che struttura il processo giuridico come narrazione polifonica.

Poiché la parola è pronunciata sempre per essere destinata agli altri – secondo il modello della relazionalità comunicativa (come si legge in Habermas) – è in tale senso che si discute di interpretazione, diversa ed originale. Il discorso – il testo sociale – è allora descrivibile come un continuo domandare che apre l'aspettativa di una risposta, cercando così di enunciare una peculiare prospettiva interpretativa, presentata nel dibattito che prepara la sentenza del magistrato.

Ne deriva dunque l'affermazione responsabile che la soggettività giuridica e il linguaggio normativo sono dimensioni esclusive dell'uomo; si implicano vicendevolmente, ma nessuna delle due è dominata dall'altra. L'uomo parla, ma mai definitivamente, continua infatti a cercare il senso della parola che slitta sempre verso gli altri del discorso, attivando rinvii inesauribili; ogni parola chiarifica la forma-

<sup>26</sup> Come ricorda C.G. JUNG, *L'uomo e i suoi simboli*, Milano 2007. Si tratta dell'ultimo scritto di Jung che può intendersi come il suo testamento riassuntivo. Cfr. anche P. NERHOT, *Questioni fenomenologiche seguite da letture freudiane*, Padova 2002, p. 161 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. F. VIOLA G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 2004, p. 89 e ss.; p. 249.

zione dell'identità del soggetto, ma la avvia anche ad uscire da una sua presunta autosufficienza per ascoltare gli altri soggetti della relazione dialogica.

Si crea il circolo dialettico sinonimo di libertà: *l'uomo non può dominare la libertà della parola, a sua volta la parola non domina la soggettività* mediante un linguaggio confezionato al solo scopo di essere eseguito, anche se nel corso della storia si sono verificati (e continueranno a concretarsi) atti di violenza rivolti ad ottenere il completo dominio dell'uomo, del soggetto parlante. Il diritto – non totalmente dominato dall'io – emerge, tramite il linguaggio, attraverso i concetti di pretesa giuridica e aspettativa normativa, garantendo uguaglianza e dunque proporzione tra le parti della relazione giuridica.

Dal punto di vista fisico e biologico le *parole degli uomini* sono solo ciò che sono, consistono in suoni che provengono dagli organi della fonazione<sup>28</sup>; possono essere descritte secondo i canoni della conoscenza propria dell'oggettività scientifica, così come possono essere descritti i *suoni emessi dagli animali o dai vegetali*. Dal punto di vista fenomenologico-esistenziale, le parole degli uomini – a differenza dei suoni – sollecitano però l'opera dell'interpretazione che possiede le proprietà dell'opera d'arte perché non si esaurisce nel funzionamento di operazioni, ma pone creativamente la questione del senso<sup>29</sup>.

A sua volta l'interpretazione, omogenea alla peculiarità della funzione estetica non si limita ad un complesso di operazioni flessibili, capaci di adeguarsi al mutamento delle forme di vita, ma rischia con argomentazioni discorsive i suoi orientamenti, sempre nell'ansia di giustizia che eccede le forme storiche della legalità. Si ricorda che Platone nel *Fedro* vede nella bellezza la via che apre alla verità della giustizia<sup>30</sup>.

### 3. Interpretazione e parola

*L'interpretazione è un'arte perché crea un significato* – secondo la trattazione di Schleiermacher; presenta l'originalità personale di chi

<sup>28</sup> Anche Rousseau asserisce che «la prima invenzione della parola non deriva dai bisogni ma dalle passioni» J.-J. ROUSSEAU, *Saggio sull'origine delle lingue*, Torino 1989, p. 16.

<sup>29</sup> W. von HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, p. 36 «La frantumazione in parole e regole non è che un morto artificio dell'analisi scientifica».

<sup>30</sup> Cfr. Platone, *op. cit.*, p. 119. Solo la bellezza si lascia – cogliere attraverso i sensi, quindi attraverso la bellezza si arriva alle altre idee, compreso il bene e il giusto. La bellezza è l'unica porta che, attraverso il sensibile, lascia una via alla giustizia, perché i sensi non possono cogliere immediatamente l'ingiustizia, mentre colgono l'immediato della bellezza.

pronuncia e di chi ascolta le parole, cercandone il senso oltre un insieme di operazioni linguistico-funzionali<sup>31</sup>.

Il legame tra giuridico ed estetico consiste in una rappresentazione che fa esistere il giuridico attraverso le forme<sup>32</sup>; uno dei gesti normativi di tipo estetico, attraverso gli effetti del linguaggio, è rappresentato dalla costituzione dello Stato, opera d'arte – secondo la nota espressione ripresa da J. Burckhardt<sup>33</sup> –, immagine riconoscibile solo attraverso il concetto di *lex animata*, una finzione alla quale danno forma gli autori della legge, un segno dell'istituzionalità divenuta reale attraverso la forma. La questione estetica acquista, in questa direzione, una sua peculiare espressività propria del diritto<sup>34</sup>: vincere il nulla. (Vincere il nichilismo giuridico attivo e passivo è l'impegno al quale richiama ogni filosofo del diritto che non voglia collaborare all'affermarsi dell'insignificanza del nulla).

È possibile affermare quindi che l'estetica è un moto estensivo delle espressioni sociali del linguaggio, laddove diventa necessario che la questione estetica sia colta nella sua dimensione poetica<sup>35</sup>, per poter lottare contro il nichilismo; l'arte infatti costituisce un'aporia<sup>36</sup>. In

<sup>31</sup> ID., *La diversità delle lingue*, p. 39 «La materia reale della lingua è da una parte il suono in quanto tale, dall'altra la totalità delle impressioni sensibili e i movimenti spontanei dello spirito che precedono la formazione del concetto con l'ausilio della lingua».

<sup>32</sup> La «scène qui la fait exister [l'estetica], elle tient son *pouvoir d'obliger* d'un pouvoir qui la dépasse, issu du maniement spéculaire, le *pouvoir de faire advenir les images*» P. LEGENDRE, *La 901e*, p. 292; «Les procédures de l'Interdit relèvent de l'échange – échange avec un lieu, lieu qui s'interpose entre l'homme et l'abîme indicible, lieu qui encercle et limite l'irreprésentable en lui donnant statut par le discours et la parole, premièrement à travers les grands moyens esthétiques», P. LEGENDRE, *Les enfants*, Paris 1992, p. 246 e ss.

<sup>33</sup> Il diritto non è nuovo alle analogie con l'arte, cfr. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 9 e ss.; G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova 2002; per il profilo più strettamente filosofico cfr. M. HEIDEGGER, *L'origine dell'opera d'arte*, Milano 2000.

<sup>34</sup> P. LEGENDRE, *La 901e*, p. 279. J.-P. SARTRE, *L'être e le néant*, Paris 1970, p. 37 e ss. «appréhender la *fonction esthétique* comme coextensive aux montages sociaux de l'Interdit, parce qu'elle les accrédite au regard du sujet-individu en même temps qu'advient la fiction du Sujet monumental (la société comme entité tenant un discours), sur la base de ce dont il s'agit au fond de l'esthétique, si justement résumé en une formule à propos de l'œuvre du facteur Cheval: *vaincre le néant*».

<sup>35</sup> W. von HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, p. 158 e ss. anche H.G. GADAMER, *Linguaggio*, passim.

<sup>36</sup> Esattamente «l'aporie en train de se dire», P. LEGENDRE, *La 901e*, p. 280. Nel panorama filosofico attuale, le provocazioni di Cioran sembrano apparentemente adatte a questa argomentazione vd. E. CIORAN, *Sommario di decomposizione*, Milano 1996, p. 31 «Il plurale implicito del 'si' e quello esplicito del 'noi' costituiscono

Occidente una delle sue espressioni è appunto la filosofia del diritto, il cui compito è rendere comunicabile, concreta e reale la scena del Terzo giuridico: evitare che l'uomo possa delirare socialmente perdendosi in un moto irrazionale, agiuridico, privo della misura della *ratio*; il terzo normativo e, sulla base di questa analisi giuridica, l'istituzione della terzietà legislativa, giudiziaria, della polizia, del testimone ecc. evitano il delirio<sup>37</sup> distruttivo della ragione giuridica e quindi della sua possibilità di costituirsi come de-ragione o follia, o vuoto legalismo, o *self-service* normativo nelle forme del *management* giudiziale<sup>38</sup>.

La genesi dell'estetica è illuminata anche dalla ricchezza del linguaggio che si dispiega nel discorso; riceve luce dallo stesso mutismo della parola, ovvero dal vuoto prodotto dalle condotte nella loro immediata concretizzazione; è la dimensione capace di conferire una forma all'indicibile, al nulla, all'abisso, alla negatività, ma anche alle situazioni di oppressione, di tortura, di coazione, di guerra, tutte sottratte al mondo del silenzio imposto dai totalitarismi e restituire invece al mondo della discorsività reale. In questo modo costruiscono una testimonianza, ridando vita ad una possibile espressione del principio genealogico della giuridicità<sup>39</sup>.

Il giurista riflette sulle parole al di là dell'ambito fisico-biologico: le *parole* sono tali, e non semplici prodotti degli organi della fon-

il confortevole rifugio dell'esistenza falsa. Soltanto il poeta si assume la responsabilità dell'«io», soltanto lui parla a nome di se stesso, soltanto lui ha il diritto di farlo».

<sup>37</sup> L. BINSWANGER, *Delirio. Antropoanalisi e fenomenologia*, Venezia 1990, p. 136 «... per ciò che concerne la traducibilità del testo del delirio, così insolitamente variegato, nella lingua dell'«esperienza naturale» non disponiamo, né potremmo disporre, al riguardo, di alcun dizionario. Infatti l'illeggibilità di tale testo si basa sul fatto che i testi deliranti, lungi dal rappresentare una «lingua straniera» dalla quale si possano agevolmente tradurre parole e frasi in un'altra lingua esprimente un'«esperienza naturale», sono dettati da una coscienza che è «scompaginata» o i cui limiti sono «scombinati» rispetto ai nostri».

<sup>38</sup> Solo in questo senso trova una giustificazione il comune procedere dell'estetica e della poetica, posti in un ordine di reciprocità di effetti. Cfr. anche H.G. GADAMER, *Linguaggio*, cit., p. 27 e ss.

<sup>39</sup> Si pensi all'intensità espressiva di alcune opere pittoriche, l'esempio abituale è rappresentato da *Guernica* di P. Picasso. «...l'artiste perpétue la pensée magique en même temps qu'il témoigne de l'acte philosophique suprême, ce regard tourné vers l'indicible – une vision du principe – et qui fait du poète (quel que soit son mode d'expression, écrits, œuvre peint, musique...) l'interprète de l'inconnaissance; je dirai encore: *le sachant de l'Abîme*», P. LEGENDRE, *La 901e*, p. 283. A proposito dell'arte come dimensione trasversale al diritto e al mercato, cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano 2001; A. POWEL, *L'arte del mercato*, Roma 2002; G. KUBLER, *La forma del tempo. La storia dell'arte e la storia delle cose*, Torino 2002, p. 149 nell'ed. del 1989.

zione<sup>40</sup>; sono ogni volta le *mie parole*, appartengono al mio io e lo manifestano nella comunicazione destinata agli altri. Non appena accade di fissarle in una forma chiusa ed oggettivata vengono percepiti immediatamente solo come suoni, pur mantenendo la possibilità di essere ancora risignificati nel dialogo, per creare un nuovo senso, a sua volta mai affidato all'inesauribilità del dialogo<sup>41</sup>.

Le parole sono enunciate nella loro costituzione polisensa, presentano due versanti; l'interpretazione *di chi le enuncia* e l'*interpretazione di chi le ascolta* e dunque contengono sempre una *domanda*, tale perché sollecita ed attende una *risposta*, nella ripresa della formazione del senso, vissuta dall'io di ogni singolo uomo nella relazione dialogica con gli altri<sup>42</sup>, costitutiva del nucleo del processo giuridico.

La parziale conclusione che se ne trae è che *la mia parola è discorso per l'altro*; la giuridicità è strutturata come il discorso ed istituisce il diritto vigente per e con l'altro nella consapevolezza che l'arte ermeneutica consente il passaggio dalla norma generale al caso particolare nel garantire durante il dibattito il prendere la parola e l'ascoltare.

In questo senso, la struttura linguistica non può essere considerata patrimonio esclusivo di un popolo, di una nazione, di un paese anche se l'architettura formale evidenzia diversità, peculiarità e differenze. Per questo si può affermare che il soggetto del linguaggio è il soggetto del diritto, questo perché l'io e la parola si presentano nella loro condizione universale costitutiva dell'uomo di essere sospeso nel rischio della scelta libera, che, assumendo consapevolmente una direzione di senso, costituisce la ragione dell'imputabilità giuridica e dunque di ogni momento della quotidianità del diritto. Il rischio della scelta incide sulla libertà, che esercita la volontà nel perseguimento del bene, anche quando sceglie il male e l'ingiusto, considerandoli bene e giusto, senza poterne fornire però un'argomentazione sufficiente.

Nel contesto attuale, la parola diviene invasivamente oggetto e

<sup>40</sup> W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, p. 39 «... la forma è una sintesi che dà unità spirituale ai singoli elementi della lingua ...».

<sup>41</sup> M. MERLEAU-PONTY, *Segni*, Milano 2003, p. 68. «ogni linguaggio è indiretto o allusivo, è, se si vuole, silenzio»; vd. anche R. SPAEMANN, *Natura e ragione*, Roma 2006.

<sup>42</sup> W. VON HUMBOLDT, *Scritti politici*, p. 727; «Anche l'articolazione dei suoni, l'immane differenza tra il mutismo dell'animale e il discorso umano non si lascia spiegare fisicamente. Solo il vigore dell'autocoscienza impone alla natura corporea l'esatta divisione e la rigida delimitazione dei suoni che chiamiamo articolazione». E ancora «il linguaggio è l'organo formativo del pensiero» ID., *La diversità delle lingue*, p. 42.



mezzo dell'informazione mercantile e dunque è sempre più banalizzata, adeguandosi agli schemi del linguaggio pubblicitario.

Il linguaggio, nella sua connessione con il diritto e con l'opera del giurista, riesplora la questione del senso basandosi dunque – tra l'altro – sul silenzio connaturato alla parola stessa: «la lingua è costituita da differenze»<sup>43</sup> e senza il silenzio, che le separa e le connette, la parola «non direbbe niente»<sup>44</sup>.

La stretta correlazione, dunque l'analogia tra diritto e parola – il diritto è messo in parole – e lo stretto legame (*vinculum*) tra uomo e diritto porta a considerare che sia l'uno che l'altro non si possono sperimentare in una riproduzione da eseguire nei laboratori delle scienze mediante le tecniche praticate da un linguaggio meramente tecnico, specialistico, ma efficace e funzionale come può esserlo quello numerico (un sorta di parola-copia)<sup>45</sup>, privo dell'enunciata coappartenenza di parola e silenzio, in una *differenza-di-senso* che è anche inesauribile *rinvio-di-senso*.

In una direzione complementare ma anche opposta, i numeri – in modo peculiare – estrinsecano – sempre in una dinamica linguistica – una dimensione tale da poter quantificare i *beni* (le cosiddette 'cose di valore'), non i *valori* (i beni delle cose); infatti nella struttura della numerazione quantificante è assente proprio il silenzio dell'attesa – proprio di un'apertura affettiva (nel senso del bene socratico) –; ogni numero include ed implica il 'già detto', cioè il pre-definito che impone un ordine di successione, secondo una topologia anticipabile.

La parola – differenziata dal numero o dal segno, nella lezione di Jaspers – una volta detta esige l'aspettativa e la dimensione temporale dell'attesa esistenziale è estranea al linguaggio numerico. Il rinvio di senso di un numero rimane nel concetto di quantità, che, come tale, non significa interpretare: è un'entità definita, il numero appunto, che può misurare, ma non porre delle questioni, cioè la domanda sul giusto<sup>46</sup>, che illumina il senso del legale mediante l'arte dell'ermeneutica, come si legge in Schleiermacher.

<sup>43</sup> M. MERLEAU-PONTY, *Segni*, cit., p. 63.

<sup>44</sup> ID., pp. 71-72.

<sup>45</sup> Per una discussione sulla differenza tra parola e segno rinvio a K. JASPERS, *Il linguaggio Sul tragico*, Napoli 1990, p. 97 e ss. «I segni sono *arbitrari*, sono *inventati*, definiti immediatamente all'atto dell'invenzione. I segni sono *univoci*... sono al servizio di una funzione *metodicamente controllabile*. Essi presentano un senso già fissato. ... contengono *significati finiti*... si esauriscono nella loro definizione... i segni sono *chiari* al punto che non rimangono *residui*...». «Linguaggio dei prezzi» lo chiama molto efficacemente Luhmann.

<sup>46</sup> W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, p. 47 «Poiché ad ogni percezione oggettiva si mescola inevitabilmente la soggettività, è possibile considerare ogni

Nel diritto, il giudizio – nucleo della giuridicità<sup>47</sup> –, supera l'ordine della numerazione, si radica al contrario nel nesso uomo/diritto e tratta questo nesso sulla base del paradigma artistico – secondo la dimensione dell'arte, che forma e comunica il senso delle norme (l'enunciato), nell'essenzialità del diritto (ciò che non è enunciato).

Non si conoscono norme, leggi e codici che siano scritti con l'univocità dei numeri e non con la plurivocità delle parole.

Diritto, libertà<sup>48</sup> e terzietà si danno nell'istituzione del diritto, mediante l'esercizio consapevole della parola che costituisce il terreno di elaborazione di una filosofia del diritto destinata ad esigere un'interpretazione, una ripresa critica ed originale della prospettiva classica; istituire il diritto significa, in questo ordine di pensieri, entrare nella complessità del linguaggio e della comunicazione discorsiva per ricercare il valore posizionale da conferire alle parole che, in virtù del potere dell'uomo di dividere il *logos* dalle cose, riproduce situazioni, circostanze, ricordi, racconti e immagini mediate dall'argomentazione giuridica oltre lo *status* fattuale, verso la costruzione di un'identità giuridica che possa essere realmente globale, superando una mondializzazione oggi ancora solo mercantile calcolabile in una quantità che non si interroga sulla qualità della relazione giuridica.

#### 4. *Il linguaggio e l'opera dell'ermeneuta*

Nella discussione sui saperi tecnici si parla di quella conoscenza che riguarda tutti i fenomeni fisici, biochimici, ecc., trattati dalla scienza, perché incontrati in quanto «fenomeni riproducibili o che possiedono aspetti riproducibili»<sup>49</sup>, nella loro espressione di certezza ed univocità linguistica.

L'ambientazione attuale dell'uomo porta necessariamente ad alcune conseguenze: connesso concettualmente al diritto e alla parola, l'esercizio della libertà non è un fenomeno riproducibile, perché consi-

individualità umana, anche indipendentemente dalla lingua, come una particolare prospettiva nella visione del mondo. Essa diventa tale però ancor più tramite la lingua; poiché ... la parola, a sua volta, avendo assunto un'autonomia di significato, si ripresenta al cospetto dell'anima come un oggetto, arrecandovi una nuova peculiarità».

<sup>47</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1995, p. 297 ss.

<sup>48</sup> W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, cit., p. 51 «Benché anche la libertà sia in sé indeterminabile e inesplicabile, tuttavia i suoi confini possono essere forse individuati all'interno di un margine ad essa soltanto assegnato; e l'indagine linguistica deve riconoscere e rispettare il fenomeno della libertà, indagandone però insieme con cura i limiti».

<sup>49</sup> E. BONCINELLI, *Il posto della scienza*, Milano 2004, p. 166.

ste sempre in un plesso di rinvii che, essendo plurivoco nell'orientarsi ed aprirsi al futuro non può essere considerato un dato oggettivo, visualizzato, configurato, presente ed oggettivabile, dunque non costituisce materiale di riproduzione scientifica. Gli oggetti della scienza e le cosiddette 'verità' delle sperimentazioni si basano su modalità univoche; non ci sono due verità scientifiche sullo stesso oggetto.

Quindi, un enunciato si dice scientifico quando non ammette interpretazioni formative ulteriori rispetto a quella enunciata, quando non è esposto ad un rinvio continuo di senso a meno che non sia direttamente verificabile scientificamente, in una parola quando non è oggetto di interpretazione ma di verifica.

Proprio gli elementi costitutivi della soggettività giuridica – libertà e diritto – possiedono un loro specifico luogo di concretizzazione dato dal lavoro dell'attività interpretativa del nesso che collega i soggetti alle norme.

Libertà e diritto non si lasciano trattare nell'oggettivazione scientifica (scienziata) a mo' dell'oggettività, ma si presentano nella molteplicità rinviante delle interpretazioni che interessano le *forme* emergenti dall'indifferenziato; forme legate all'esercizio della scelta libera e alle modalità storicamente definite del diritto. Il diritto – la giuridicità – estrinseca un suo significato solo nel momento in cui diventa forma (norma); solo in tale dimensione il diritto è criticato o criticabile, modificato e messo in discussione. La questione della forma pone per il diritto un problema che non può definirsi irrilevante.

Proprio nella direzione della forma del diritto (norme) e dell'interpretazione è possibile leggere alcune espressioni di Pareyson quando considera che «la forma è di per sé interpretabile e interpretanda: suo carattere intrinseco è di richiedere interpretazione e al tempo stesso stimolarla... ciò accade d'ogni forma»<sup>50</sup>, senza dubbio anche della 'formatività' che qualifica le relazioni e le istituzioni giuridiche.

Anche per quel che riguarda la giuridicità si può sostenere che «l'interpretazione v'è solo se fedeltà e libertà sono affermate *insieme*». La costituzione dell'interprete ripropone dunque l'essere dell'uomo secondo due dimensioni essenziali della testualità: narrare il testo (il tessuto sociale di Platone) e *dirsi* nella *sua* lettura del testo.

È in questa direzione che va considerata l'attività dell'interprete: «La personalità dell'interprete è una situazione invalicabile, dalla quale egli non può uscire, perché nessuno può uscire da sé»<sup>51</sup> e «non sarebbe verità quella di cui ci fosse un'unica conoscenza: *la* formula-

<sup>50</sup> L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Milano 2002, p. 240.

<sup>51</sup> L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, cit., p. 230.

zione unica è l'abolizione della verità stessa, perché pretende di confondersi con essa, mentre *non ne è che* interpretazione, cioè *una* formulazione singola, compossibile con le infinite altre»<sup>52</sup>

Seguendo queste analisi di Pareyson, nell'opera del giurista, si afferma «il nesso ermeneutico che unisce inseparabilmente la verità e la sua formulazione»<sup>53</sup>; tuttavia le diverse modalità interpretative non sono equivalenti, ma misurate e distinte dal loro riferimento alla *relazione giusta* o alla *relazione ingiusta* e dunque controgiuridica in quanto non manifesta e non concretizza le tre figure *imparziali* della terzietà (legislatore, giudice, polizia), ma impone un contenuto *di parte*, negando le sue caratteristiche di imparzialità e disinteresse.

Negli enunciati delle norme giuridiche, il senso emerge perché si presenta e si sottrae simultaneamente nell'opera dell'ermeneuta; il senso è proprio nell'unità/scissione di parole e silenzio, norme e diritto. Il linguaggio che diviene discorso attraverso le leggi e mediante la coesistenza sociale, è strutturato dall'originalità del singolo che ritrova se-stesso nella responsabilità dell'essersi scelto (*passato*) e del preparare (*presente*) la scelta del *futuro*, oltre la libertà considerata come evento *innocente* che viene dal nulla ed in esso rifluisce.

Attualmente ogni modalità di relazione in modo comunicativo (Buber), sembra perdere rilievo; tende ad affermarsi un nichilismo che esalta la macchinalità (ravvisabile nella autopoiesi dell'I.A.) e la sufficienza di una condizione autoreferenziale (Luhmann), dove «ciascuno è interlocutore di se stesso tramite la 'macchina pensante', che rende disponibile 'apparentemente' il mondo esterno in modo conforme alle proprie esigenze»<sup>54</sup>, incontrandolo quasi esclusivamente attraverso la virtualità dell'immagine.

Tuttavia *l'uomo che non si relaziona all'altro mediante la parola, un altro riconosciuto nel mondo concreto, non si relaziona neppure con se stesso, perché* rinuncia a ipotizzare in una dimensione di comparazione discorsiva con gli altri.

A differenza dei processi esistenziali, i processi biologici e quelli macchinali 'intelligenti' si realizzano attraverso linguaggi informativi, che non si avvicinano a quelli degli uomini perché non presentano alcun elemento del discorso che formula ipotesi; non si trovano mai a compararsi dialogicamente e liberamente, nella scelta, ad esempio, se trattare l'altro nelle prospettive del 'tu' o dell'«esso»<sup>55</sup>, – come direbbe Buber – dell'affettività o dell'indifferenza, dell'amore o del-

<sup>52</sup> L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano 2005, pp. 61-62.

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 65.

<sup>54</sup> P. BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., p. 130.

<sup>55</sup> Cfr. M. BUBER, *L'io e il tu*, Pavia, 1991, p. 5.

l'odio, del dono o del calcolo, della disfunzionalità esistenziale o della funzionalità sistemica, ecc.

Allora si può senza meno affermare che *io significa ritrovarsi costantemente nell'esercizio della responsabilità, non secondariamente giuridica. Nel nichilismo nessuno ritrova se stesso, l'io ed il diritto sono un nihil, la responsabilità è solo un sintomo di un sistema biologico, che definisce la figura di giurista.*

Nella sua esistenza, l'uomo si relaziona sempre agli altri anche se fattualmente è solo<sup>56</sup>; ogni sua specifica manifestazione è radicata nel ricevere gli effetti di questa relazione con l'altro, inscritti in un mondo con-diviso, che lo sollecitano a rischiare la formazione delle sue ipotesi progettanti.

L'uomo – il soggetto parlante – presenta il senso del *dire*strandone l'ambientazione nel silenzio che, come tutta l'opera dell'interpretazione, si sottrae ad una collocazione in espressioni modellate secondo le regole del mercato. Su questa prospettiva, si può rileggere Jaspers che afferma: la coscienza «si sottrae ad ogni considerazione oggettiva»<sup>57</sup> e dunque, negli uomini, «l'esistenza è ciò che non diventa mai oggetto»<sup>58</sup> di una conoscenza scientifica.

La dimensione tecnica – sia che la si applichi al diritto sia che la si applichi al linguaggio – è asservita attualmente all'univocità del fondamentalismo funzionale e di un nichilismo compiaciuto –determinata dai mercati che si muovono su un trend univoco, quello del profitto – che si manifesta in modelli relazionali in cui la parte che ha successo nella *fattualità monetizzata del mercato* vince sulle altre. In tale direzione, il giurista (tecnico delle norme) rimane dunque estraneo alla terzietà imparziale che custodisce invece le relazioni tra gli uomini in condizioni di uguaglianza non monetizzabile e che rifiuta con vigore l'assoggettamento ad una funzione vincente enunciata nel linguaggio dei prezzi, generatrice di rapporti di sproporzione e di disuguaglianza.

<sup>56</sup> Cfr. E. FINK, *Existenz und Coexistenz*, Würzburg 1987, p. 68.

<sup>57</sup> K. JASPERS, *Metafisica*, Milano 1972, p. 28.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 31.



## *L'identità dei rom tra diritto e società*

di Letizia Mancini

1. In questo intervento intendo proporre alcune considerazioni sull'identità riferite ai rom<sup>1</sup>, meglio conosciuti e identificati come zingari o nomadi.

Riflettere sull'identità dei rom «tra diritto e società» significa interrogarsi sull'identità nella sua difficile e mutevole realtà empirica e chiedersi se e quale identità il diritto attribuisce a questo popolo.

In questa duplice dimensione, l'identità rimanda a due processi: un processo di auto-identificazione e un processo di etero-identificazione<sup>2</sup>.

In primo luogo mi chiedo se è possibile individuare nella storia di questo popolo elementi che rappresentano oggi riferimenti identitari a livello individuale e, a livello politico, elementi attorno ai quali esiste e/o si crea una condivisione da parte dei membri del gruppo, nel nostro caso un gruppo certamente «debole», sui quali si fondano rivendicazioni di tipo «identitario».

In secondo luogo vorrei riflettere sul rapporto tra identità e diritto, riconducendo questo aspetto dell'identità al processo che, come già detto, nelle scienze sociali viene definito in termini di identificazione o etero-identificazione, per indicare azioni dirette a classificare, ad identificare, perfino ad assegnare un'identità.

In generale lo Stato, ci ricorda Max Weber, rappresenta un agente

<sup>1</sup> In questo intervento ho scelto di adottare il termine rom pur consapevole del fatto che esso non è universalmente utilizzato. Nei dialetti riconducibili al *romanés* – la lingua rom –, la parola *rom* significa uomo e per questo sempre di più si tende ad attribuire ad essa la caratteristica di denominazione etnica valida per tutti. Il termine zingaro verrà utilizzato come sinonimo di rom con riferimento ai documenti, normativi e non, che ne fanno uso; dunque solo per ragioni di chiarezza, ben consapevole del fatto che, pur rimandando ad un universo chiaro ai nostri occhi, il termine, creato da chi zingaro non è, ha una connotazione storica e culturale stigmatizzante e dispregiativa, dalla quale evidentemente ci si dissocia.

<sup>2</sup> Cfr. ad esempio R. BRUBAKER e F. COOPER, *Beyond Identity*, in *Theory and Society*, 29, 2000, pp. 1-47.

potentissimo nel processo di identificazione, non già perché possa creare socialmente le identità, ma perché possiede le risorse materiali e simboliche che permettono di imporre categorie e classificazioni: e una delle risorse più importanti è certamente il diritto.

Con riferimento ai rom mi chiedo allora se e quale «identità» viene ascritta oggi dal diritto, e in base a quali elementi costitutivi tale identità viene costruita; se il diritto opera nel senso di dar voce ad un'identità vissuta dai rom, o se, piuttosto, opera in senso contrario, disconoscendo quel vissuto.

Le mie riflessioni si concentreranno sull'Europa con particolare riferimento alla situazione italiana.

2. Il popolo rom è costituito da una miriade di gruppi e sottogruppi sparsi in tutti i continenti. Si tratta di persone che utilizzano, oggi, per identificarsi, termini diversi, ora riconducibili allo Stato del quale sono cittadini – ad esempio italiani, rumeni, ungheresi, albanesi – ora alla loro appartenenza al popolo rom – semplicemente rom, rom kalderasa, rom xoraxane, per citarne alcuni – ora termini riconducibili all'essere rom radicati in un territorio specifico – sinti emiliani, sinti piemontesi, rom abruzzesi, tra gli altri.

Si tratta, in parte, di persone che hanno una cittadinanza, in parte di persone che ne sono prive; di persone che si sono fermate in un paese, di persone che attraversano paesi. Si tratta di persone che parlano dialetti tra loro molto diversi, ma riconducibili ad una lingua comune, il *romanés*, derivante da varianti popolari del sanscrito e che trova nelle attuali lingue dell'India del Nord-Ovest la parentela più prossima; da cui la tesi secondo la quale l'India sarebbe il paese dal quale tale popolo ha iniziato la sua migrazione.

Si tratta, infine, di un popolo che non ha un proprio territorio, ma al contrario ha sempre convissuto con altri popoli.

In Europa, in particolare, vivono circa 12-15 milioni di rom<sup>3</sup>, dei quali circa il 70% nei paesi dell'Est, che vengono ricondotti dagli studiosi a cinque gruppi: i Rom, i Sinti, i Manuú, i Kalè, i RomaniĒel. Questi macrogruppi si suddividono a loro volta in una miriade di gruppi più piccoli. Le classificazioni si basano essenzialmente sui percorsi storici, sui paesi attraversati o nei quali i diversi gruppi si sono fermati, ma non riflettono esattamente o necessariamente il modo attraverso il quale il rom si riconosce come membro di un gruppo. Per quanto i rom tendano a conformarsi alle classificazioni proposte da altri, in realtà è molto frequente trovare distinzioni tra gruppi basati

<sup>3</sup> Il dato è contenuto nella Risoluzione del Parlamento europeo su una strategia europea per i rom del 31 gennaio 2008.



su altri criteri<sup>4</sup>, fino al punto che oggi si ritiene che i gruppi consistono essenzialmente in reti di famiglie «le quali interagiscono variamente tra di loro [...] condividono in gradi diversi, storie parzialmente diverse» [...] «tanto che qualsiasi ricerca di tassonomia sistematica dei gruppi diventa più un rompicapo enigmistico inconcludente che uno strumento di conoscenza concreta»<sup>5</sup>.

Queste brevissime considerazioni mostrano quanto sia difficile individuare tratti universali, comuni e condivisi all'interno del popolo rom e quanto invece, inevitabilmente, la dispersione abbia prodotto delle differenze sensibili al suo interno.

Indubbiamente il nomadismo ha rappresentato, nella storia di questo popolo, uno stile di vita assai diffuso. Tuttavia, a spostamenti su ampio raggio che hanno segnato la storia dei rom in Europa fino alla fine dell'800, la tendenza delle famiglie, a partire dall'inizio del secolo scorso e in misura ancora maggiore dal secondo dopoguerra, è quella di fermarsi in un'area geografica ben precisa, tendenzialmente all'interno dei confini di uno Stato, differenziandosi negli stili di vita per ragioni prevalentemente economiche.

In Italia la maggioranza dei 130/150.000 rom, di cui circa il 70% italiani, è stanziale e non ha mai avuto esperienze di nomadismo. La vita nomade o seminomade continua ad essere praticata da alcuni gruppi per ragioni di lavoro<sup>6</sup> e si tratta sempre più spesso di spostamenti ciclici su territori ben definiti. Appare azzardato invece definire nomadismo qualsiasi tipo di spostamento da un luogo ad un altro, indipendentemente dal fatto che esso sia frutto di una scelta. Non credo si possa parlare di nomadismo nel caso del massiccio esodo di rom verso l'Italia dai territori della ex-Jugoslavia a partire dal 1991, a seguito della guerra, o nel caso del più recente arrivo di rom rumeni che, nella maggior parte dei casi non erano nomadi nel loro paese e che, come tanti altri immigrati arrivano nel nostro paese e vi si fermano. Molto spesso infine quello che viene definito nomadismo altro non è che la necessità di spostarsi da un luogo ad un altro in ragione di una condizione personale e giuridica precaria.

Oggi dunque il nomadismo non rappresenta più uno stile di vita diffuso tra i rom, tanto meno se si pensa al nomadismo come ad uno stile di vita frutto di una scelta identitaria. Eppure, come vedremo a

<sup>4</sup> Si vedano a questo proposito L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Laterza, Roma-Bari 2004, Z. LAPOV, *VaĖaré romané? Diversità a confronto: percorsi delle identità Rom*, F. Angeli, Milano 2000, pp. 94 ss.

<sup>5</sup> L. PIASERE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>6</sup> È il caso, tipicamente, dei giostrai, che non possono che spostarsi da un luogo all'altro per offrire i propri servizi.

breve, è proprio sul nomadismo che il diritto, in particolare italiano, costruisce l'immagine del rom e su di esso impronta la normativa a tutela della «sua» identità.

Se neanche il nomadismo oggi rappresenta un tratto identitario comune a tutti rom, credo che solo ad un livello più circoscritto possano essere individuati elementi di tipo culturale che fungono da riferimenti identitari.

Ciò non toglie che la storia di questo popolo sia segnata da alcune costanti che incidono fortemente in termini di identità.

Una prima costante è che, malgrado l'ostilità nei loro confronti, i rom si fermano in tutti i paesi europei, vi si radicano. Per alcuni gruppi un luogo può diventare un punto di riferimento essenziale in termini di identità, al punto che il loro nome deriva dal significato che un determinato luogo riveste per il gruppo stesso<sup>7</sup>.

Una seconda costante è la separazione: fisica e culturale. In qualsiasi luogo, oggi e in passato, i rom sono considerati stranieri, persone non riconducibili ad alcun luogo. Il rom è, al di là della sua condizione giuridica, uno straniero, e dunque viene posto, simbolicamente, al di là delle frontiere dello Stato, ma senza un dove. Ma poiché è dentro ai confini dello Stato, nella maggior parte dei paesi viene *collocato* in un luogo che lo tenga il più possibile *separato* dal resto della popolazione: il campo.

Analogamente, è lo stesso rom che, quando si trova in una situazione di debolezza e precarietà, si nasconde, fermandosi in un luogo lontano, nascosto, separato dal resto del mondo. La separazione dei rom dal mondo che li circonda, frutto delle politiche messe in atto dagli Stati, finisce per diventare, in caso di debolezza, la condizione che gli stessi rom instaurano con il mondo circostante.

È indubbio, infine, che la storia del popolo rom, il vivere ai margini, le politiche di assimilazione forzata, di segregazione, di sterminio<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> È il caso in Italia, ad esempio, dei sinti piemontesi, dei sinti emiliani, dei rom abruzzesi.

<sup>8</sup> Si calcola che lo sterminio nazista dei rom, il *Porrajmós*, abbia ucciso tra i 200.000 e i 500.000 rom; cfr. tra gli altri, I. HANCOCK, *The Pariah Syndrome. An Account of Gypsy Slavery and Persecution*, Karoma, Ann Arbor 1987; F. MÜLLER-HILL, *Scienza di morte. L'eliminazione degli ebrei, degli zingari e dei malati di mente*, ETS, Pisa 1989; L. BRAVI, *Altre tracce sul sentiero di Auschwitz. Il genocidio dei Rom sotto il Terzo Reich*, CISU, Roma 2002. È significativo, a questo proposito, che il Parlamento europeo nella risoluzione del 31 gennaio 2008 su una strategia europea per i rom abbia invitato «la Commissione e le autorità competenti a compiere i passi necessari per porre termine alle attività di ingrasso dei suini sul sito dell'ex campo di concentramento di Lety (Repubblica Ceca), lasciando spazio ad un monumento commemorativo che onori le vittime delle persecuzioni».

di sterilizzazione<sup>9</sup> hanno indubbiamente prodotto nei rom un sentimento di appartenenza ad una collettività e, al tempo stesso, un sentimento di lontananza nei confronti di chi rom non è.

Rom da una parte, *gagè* – non rom – dall'altra, sono «due vicendevoli costruzioni dell'identità» tendenzialmente «costruite in modo fortemente oppositivo»<sup>10</sup>.

Alla diffusa condizione di debolezza a livello sociale corrisponde il silenzio dei rom, durato a lungo, sul piano delle rivendicazioni politiche dell'identità.

Molto prima dei rom, in prima persona, sono infatti istituzioni, soprattutto della comunità europea, associazioni, enti non rom a muoversi per il riconoscimento dei diritti civili, politici, sociali e di identità di questo popolo.

Solo negli anni '70, nei paesi dell'Est europeo, nascono le prime associazioni costituite dai rom e a Ginevra, nel 1978, viene costituito il primo soggetto politico rom: la International Romani Union (IRU) con statuto consultivo presso il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite.

Molte altre organizzazioni rom o miste nascono in seguito, su base europea, come l'European Roma Rights Center, e all'interno dei singoli Stati: la tutela dei diritti, civili e sociali, ancora prima che culturali, e la lotta alla discriminazione, rappresentano le finalità principali.

3. Le istituzioni europee, ed in particolare il Consiglio d'Europa, cominciano ad interessarsi dei rom alla fine degli anni sessanta<sup>11</sup>. L'at-

<sup>9</sup> Sono ampiamente accertate e documentate le politiche di sterilizzazione forzata delle donne rom compiute in diversi paesi dell'Est e del Nord Europa, ancora in atto in alcuni paesi, come denunciato nel 2006 dal Parlamento europeo nella risoluzione sulla situazione delle donne rom nell'Unione Europea.

<sup>10</sup> L. PIASERE, *op. cit.*, p. 29. Si parla, a questo proposito, di «identità relazionale» piuttosto che di «identità etnica», per sottolineare il fatto che molto spesso l'identità dei rom è costruita sulla contrapposizione al mondo circostante; cfr. M.S. STEWART, *Identità sostanziale e identità relazionale: gli zingari ungheresi sono un gruppo etnico?*, in L. PIASERE (a cura di), *Comunità girovaghe, comunità zingare*, Liguori Editore, Napoli 1995, pp. 315-341. Sul legame tra identità e opposizione al mondo circostante si veda anche diffusamente J.-P. LIEGEOIS, *Roma in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007, pp. 95 ss.

<sup>11</sup> È del 1969 la raccomandazione n. 563 sulla situazione dei gruppi rom e di altri gruppi nomadi, nella quale viene denunciata la discriminazione diffusa nei confronti dei rom, dovuta alla loro appartenenza ad un gruppo etnico particolare, e nella quale si esortano i governi degli stati membri a porre fine ad ogni forma di discriminazione. Tra i primi documenti che seguirono, la risoluzione del Comitato dei Ministri n. 13 del 1975, contenente raccomandazioni sulla situazione sociale dei nomadi in Europa e la risoluzione n. 125 del 1981, adottata dalla Conferenza degli

tività delle istituzioni europee è assai articolata. Le istituzioni svolgono un'attività di monitoraggio della situazione dei rom in Europa; predispongono mezzi per contrastare le discriminazioni e l'esclusione sociale; sollecitano gli Stati membri affinché adottino gli strumenti necessari in tal senso e affinché riconoscano i rom come minoranza: una minoranza particolarmente discriminata ovunque. E i rom certamente presentano tre elementi che permettono di definire un gruppo in termini di minoranza: l'inferiorità numerica, rispetto al resto della popolazione; la posizione non dominante, in termini di potere e, infine, un senso di solidarietà, anche solo implicito<sup>12</sup>.

Nella raccomandazione n. 1203 del 1993 è il Parlamento europeo ad affermare che i rom costituiscono una vera minoranza europea, sebbene, vivendo dispersi in tutta l'Europa e, non avendo un proprio territorio, non corrispondano alle definizioni applicabili alle minoranze nazionali o linguistiche<sup>13</sup>. È proprio la specificità di tale minoranza, e in particolare la mancanza di un proprio territorio di riferimento, che induce ancora il Parlamento europeo, nel 1994, ad approvare una risoluzione nella quale si chiede ai governi degli Stati membri di mettere a punto misure giuridiche, amministrative e sociali che consentano di garantire il miglioramento della situazione sociale dei rom e dei nomadi, raccomandando gli Stati di completare la convenzione europea dei diritti umani con un protocollo aggiuntivo nel quale la definizione di minoranza possa comprendere i rom in forma esplicita, attraverso un riferimento alle minoranze che non abbiano un proprio territorio.

L'attenzione e l'azione delle istituzioni comunitarie per la tutela e la promozione dei diritti dei rom non si può dire che abbia trovato particolare riscontro nel nostro paese<sup>14</sup>. In particolare non vi è an-

Enti locali e regionali d'Europa, sul ruolo e la responsabilità degli Enti locali e regionali di fronte ai problemi culturali e sociali delle popolazioni di origine nomade.

<sup>12</sup> Così F. CAPOPORTI, *Report prepared for the Parliamentary Assembly of the Council of Europe's Committee on Legal Affairs and Human Rights*, 1991.

<sup>13</sup> Si veda in tal senso la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie.

<sup>14</sup> Il tema delle politiche italiane nei confronti dei rom è vastissimo e complesso ed esula da questo intervento. È opportuno tuttavia ricordare che l'Italia è stata più volte richiamata dalle istituzioni europee in merito alle politiche adottate nei confronti dei rom. Così, ad esempio, la Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI) ha denunciato nel 2002 la politica relativa a i rom in Italia; cfr. ECRI, *2nd Report on Italy adopted the 22th June 2001*, ECRI, Strasburgo 2002; con decisione sul merito il Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel 2005 ha dichiarato che l'Italia viola sistematicamente il diritto dei rom ad un alloggio adeguato: cfr. approfonditamente M. PEDRAZZI, *Il Consiglio europeo dei diritti sociali riscontra la violazione da parte dell'Italia del diritto dei rom ad un alloggio adeguato*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 1/2007, pp. 155-160.

cora alcun riconoscimento della minoranza rom. Il *romanés* non è contemplato nella legge n. 482 del 1999 «Norme in materia di minoranze linguistiche storiche», benché diverse proposte di legge precedenti la includessero e così anche la prima versione della stessa legge; né esiste a tutt'oggi altro riferimento normativo che riconosca i rom come minoranza e, in quanto tale, destinataria di una esplicita tutela, nonostante le raccomandazioni europee. L'unico documento ufficiale riferito specificatamente ai rom è un'ampia relazione sulle comunità sprovviste di territorio, nella quale si legge che «allo stato attuale non esiste nel nostro ordinamento alcuna norma che preveda e disciplini l'inclusione e il riconoscimento delle popolazioni rom nel concetto di 'minoranza etnico-linguistica'»<sup>15</sup>.

Se è vero che i rom non sono una minoranza nel diritto italiano, ciò non toglie che, in termini di identità, il legislatore italiano abbia contribuito a costruire un'immagine ben definite dei rom.

Già a cavallo tra il XIX e il XX secolo la criminologia costruisce un'identità collettiva precisa degli «zingari [...] gente vagabonda in lotta con le leggi»<sup>16</sup>, «delinquenti nati», nella definizione che ne dà Cesare Lombroso in *L'uomo delinquente*; da cui le norme penali che istituivano i reati di mendicizia, vagabondaggio, di esercizio di mestieri girovaghi.

La maggior parte di queste norme, che hanno svolto senz'altro una funzione importante nella creazione di un'immagine dei rom dai contorni assai netti, sono andate via via scomparendo, perché ritenute anticostituzionali o obsolete. Ne sono un esempio la dichiarazione di incostituzionalità del reato di mendicizia semplice, nel 1995, con la sentenza n. 519 e l'abolizione del reato di mendicizia invasiva con la legge n. 205 del 1999<sup>17</sup>. In realtà allo strumento penale è stato sostituito quello amministrativo, attraverso il quale la stessa mendicizia viene sanzionata, insieme ad altri comportamenti ad essa assimilabili, come nel caso, ben noto, delle ordinanze emanate dal sindaco di Firenze per far cessare l'offerta di lavaggio dei parabrezza, attività svolta quasi esclusivamente da rom rumeni<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> La relazione, a cura di M. Scalia, è reperibile nel sito del Ministero dell'Interno: ([http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/13/La\\_publicazione\\_sulle\\_minoranze\\_senza\\_territorio.pdf](http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/13/La_publicazione_sulle_minoranze_senza_territorio.pdf)).

<sup>16</sup> A. CAPOBIANCO, *Il problema di una gente vagabonda in lotta con le leggi*, Raimondi, Napoli 1914.

<sup>17</sup> Più approfonditamente A. SIMONI, *La mendicizia, gli zingari e la cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe e problemi*, in «Polis. Ricerche e studi su società e politica in Italia», 2000, pp. 371-389.

<sup>18</sup> Sulla vicenda cfr. A. SIMONI, *Lavavetri, stato di diritto e altri fastidi*, in <http://www.osservazione.org>.

In tempi recenti il linguaggio giuridico sostituisce o più spesso affianca al termine *zingaro* il termine *nomade*. Se questo cambiamento può essere politicamente dettato dalla scelta di eliminare o almeno mettere in secondo piano un termine dispregiativo, esso assegna tuttavia ai rom un tratto identitario che, come abbiamo già sottolineato, non solo non è universale, ma non è neanche così diffuso.

L'equazione zingaro, rom, nomade è una costante, ad esempio, nelle leggi regionali che furono emanate a partire dagli anni '80, delle quali una delle principali finalità è proprio la tutela dell'identità nomade. Così, ad esempio, la Regione Lombardia «aderendo alle dichiarazioni internazionali riguardanti il riconoscimento dei diritti dell'uomo, riconosce il diritto al nomadismo; tutela il patrimonio culturale e l'identità delle 'etnie tradizionalmente nomadi e seminomadi'»<sup>19</sup>; la Regione autonoma Friuli Venezia Giulia «tutela, nell'ambito del proprio territorio, il patrimonio culturale e l'identità dei Rom, giusta la convenzione delle Nazioni Unite relativa allo stato di apolide (28 settembre 1954) che nel termine comprende e considera anche i Sinti ed ogni altro gruppo zingaro nomade»<sup>20</sup>; la legge regionale del Lazio indica tra le sue finalità quella di «salvaguardare l'identità dei rom ed evitare impedimenti al diritto al nomadismo»<sup>21</sup>; quella umbra «intende favorire l'insediamento dei nomadi di cittadinanza italiana nel contesto sociale, garantendo la salvaguardia dell'identità e della cultura nomade, riconoscendo il diritto al nomadismo»<sup>22</sup>.

È indubbio che, allora, queste leggi rappresentarono una piccola rivoluzione nella tradizione giuridica e nell'atteggiamento delle istituzioni nel considerare i rom non come una questione di sicurezza, bensì come gruppo etnico-culturale<sup>23</sup>. Tranne alcune eccezioni, tuttavia<sup>24</sup>, esse «fotografano, nel migliore dei casi, una realtà che non esiste più»<sup>25</sup>, assolvendo, al tempo stesso, alla funzione di mantenimento dello stereotipo dello zingaro/nomade.

Se il popolo rom è nomade, ne consegue che le norme che intendono tutelare questo aspetto dell'identità dovrebbero prevedere gli strumenti e le modalità attraverso le quali le persone possono spo-

<sup>19</sup> Legge regionale n. 77 del 22/12/1989.

<sup>20</sup> Legge regionale n. 11 del 14/03/1988.

<sup>21</sup> Legge regionale n. 82 del 25/05/1985.

<sup>22</sup> Legge regionale n. 32 del 27/04/1990.

<sup>23</sup> L. MANCINI, *Il debole riconoscimento di una minoranza. Il caso degli zingari*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 3/2001, pp. 65-72.

<sup>24</sup> Emilia Romagna, Veneto e Toscana hanno aggiornato il testo delle rispettive leggi, riconoscendo la stanzialità della maggior parte dei rom.

<sup>25</sup> N. SIGONA e L. MONASTA, *Cittadinanze imperfette. Rapporto sulla discriminazione razziale di rom e sinti in Italia*, Edizioni Spartaco, Caserta 2006, p. 17.

starsi da un luogo all'altro, ciò che la normativa non prevede. Nella maggior parte delle leggi regionali, infatti, emerge in tutta chiarezza il legame tra la tutela del nomadismo e la costruzione dei campi. Il campo sosta diventa il luogo dove il rom ha diritto, forse, ma soprattutto ha il dovere di vivere, la sua piccola patria con regole ben precise da seguire, pena l'espulsione. Il nomadismo previsto dalla normativa, dunque, assume nella pratica un significato ben preciso: uno stile di vita costituito da case prefabbricate o da roulotte<sup>26</sup>, dove, ancora una volta, il rom è separato dal resto della popolazione.

L'immagine del rom criminale e nomade si fonde in maniera preoccupante nella legislazione emanata tra maggio e giugno scorso quando viene dichiarato, con un decreto del 21 maggio 2008, «lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni della Campania, Lazio e Lombardia» e si associa «la presenza di numerosi cittadini extracomunitari irregolari e nomadi che si sono stabilmente insediati nelle aree urbane al determinarsi di una situazione di grave allarme sociale, con possibili gravi ripercussioni in termini di ordine pubblico e sicurezza per le popolazioni locali».

Sulla base del decreto vengono emanate tre ordinanze applicative «per fronteggiare lo stato di emergenza nel territorio del Lazio, della Campania e della Lombardia». In queste ordinanze la questione dell'identità diventa centrale.

Come si legge nell'art. 1 delle tre ordinanze, infatti, il Commissario delegato provvede «all'identificazione e al censimento delle persone, anche minori di età, e dei nuclei familiari presenti [nei campi autorizzati e negli insediamenti abusivi] attraverso rilievi segnaletici» (art. 1).

La previsione normativa e, soprattutto, le modalità con le quali è stato condotto il censimento, hanno attirato critiche e accuse da più parti<sup>27</sup>, oltre che l'avvio di almeno tre cause giudiziarie per verificare

<sup>26</sup> Sulla «politica dei campi» italiana cfr. P. BRUNELLO (a cura di), *L'urbanistica del disprezzo. Campi rom e società italiana*, Manifestolibri, Roma 1996, European Roma Rights Center, *Il paese dei campi. La segregazione razziale dei rom in Italia*, Budapest 2000; M. SIGONA, *Figli del ghetto. Gli italiani, i campi nomadi e l'invenzione degli zingari*, Non luoghi, Civezzano 2002; N. SIGONA e L. MONASTA, *op. cit.*; da ultimo, G. BEZZECCHI, M. PAGANI e T. VITALE, *I rom e l'azione pubblica*, Nicola Teti Editore, Milano 2008.

<sup>27</sup> Primo fra tutti il Parlamento europeo che nella Risoluzione del 10 luglio 2008 sul censimento dei rom su base etnica in Italia ha esortato le autorità italiane ad astenersi dal procedere alla raccolta delle impronte digitali dei rom, inclusi i minori. Il Ministero dell'Interno di risposta ha diffuso il 17 luglio le «linee guida» per l'attuazione delle ordinanze», cercando di dissipare ogni dubbio sul carattere discriminatorio delle stesse.

la legittimità della politica governativa. Si sostiene che il censimento e l'identificazione altro non sono che una schedatura su base etnica<sup>28</sup>; che la schedatura viene effettuata in assenza di fatti rilevanti per l'ordine pubblico, ma esclusivamente sulla base dell'appartenenza delle persone ad una determinata etnia<sup>29</sup>; «che la semplice appartenenza o anche il mero sospetto o la percezione di appartenenza alla etnia classificata come 'nomade' rappresentano il presupposto unico per l'applicazione delle misure straordinarie»<sup>30</sup>; che una misura di polizia, come quella del rilievo delle impronte digitali, «normalmente disposta nei confronti di singole persone pericolose» viene prevista «nei confronti di una intera comunità»<sup>31</sup>.

Non è certamente possibile, né ci compete in questa sede, affrontare la complessa questione della discriminazione nei confronti dei rom e del ruolo svolto dalla politica e dal diritto. Rispetto invece al quesito, non meno complesso, se e quale «identità» viene ascritta oggi ai rom dal diritto, credo che, soprattutto nella normativa legata alla questione sicurezza, ancora una volta emerga la doppia immagine del rom – deviante e nomade – già così radicata nell'opinione pubblica<sup>32</sup>.

«Le attribuzioni assegnate», sostiene Amartya Sen, «possono contenere in sé due distorsioni distinte ma correlate: la rappresentazione distorta di persone appartenenti a una categoria presa di mira e l'insistenza sul fatto che quelle caratteristiche distorte siano i soli aspetti rilevanti dell'identità della persona presa di mira»<sup>33</sup>. Credo che i rom si trovino esattamente in questa situazione e che il diritto italiano abbia fatto ben poco per scardinare questa immagine così ampiamente diffusa a livello sociale.

Certamente l'identità dei rom è frutto di dinamiche interne ed

<sup>28</sup> Così si è espresso, ad esempio, S. Rodotà, in un articolo pubblicato sul quotidiano *La Repubblica* (1 luglio 2008) dal titolo «La schedatura etnica e la democrazia inquinata».

<sup>29</sup> Così nel ricorso proposto presso il Tribunale di Milano.

<sup>30</sup> Così nel ricorso proposto presso il Tribunale di Mantova.

<sup>31</sup> Così nel ricorso proposto presso il Tribunale di Roma.

<sup>32</sup> Sono indicativi a questo proposito i risultati di una recente indagine presentata da Renato Mannheimer alla «Conferenza europea sulla popolazione rom», organizzata dal Ministero dell'Interno e dal Ministero della Solidarietà sociale a Roma nel gennaio 2008. Tra i risultati più significativi: il 84% degli intervistati ritiene che i rom sono prevalentemente nomadi; il 92% associa l'immagine dello zingaro a quello del ladro; l'83% ritiene che lo zingaro sta per propria scelta in campi ai margini della città. Per un breve resoconto dell'indagine, non ancora pubblicata integralmente, cfr. P. Arrigoni, T. VITALE, *Quale legalità? Rom e gagi a confronto*, in «Aggiornamenti sociali», 3/2008, pp. 182-194.

<sup>33</sup> A. SEN, *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 9.



esterne a questo popolo e la storia ha senz'altro un peso in senso identitario per il rom, che tale si considera in opposizione al *gagè*. Ma non c'è niente di più pericoloso per l'individuo di una politica che lo colloca rigidamente all'interno di una identità fissa e immodificabile, di una politica che lo stigmatizza, dove lo stigma è, come ci ricorda Erving Goffman, la negazione dell'identità<sup>34</sup>.

La storia, per ogni persona, rappresenta un elemento importante nella costruzione della propria identità; indica una o più appartenenze e rimanda ad una collettività, di cui ciascuno può sentirsi parte. Ma l'identità è frutto di una molteplicità di processi, nei quali scelte e vincoli si intrecciano incessantemente.

Il caso dei rom ci indica chiaramente come scelte e vincoli pesino in misura differente a seconda del posizionamento delle persone e dei gruppi, che possono essere collocati, come suggerisce Zygmunt Bauman, su una linea immaginaria dove ad un estremo ci sono «coloro che possono comporre e decomporre le proprie identità più o meno a piacimento» e, all'estremo opposto, «coloro che si vedono sbarrare l'accesso alle identità di loro scelta, che non hanno voce in capitolo per decidere le proprie preferenze, e che si vedono affibbiare il fardello di identità imposte da altri»<sup>35</sup>. Sono «i profughi, i senza stato, i non territoriali in un mondo di sovranità basato sul territorio [...] coloro ai quali viene negato il diritto a una presenza fisica nel territorio fatta eccezione per dei 'non luoghi' concepiti appositamente per loro, per distinguerli dallo spazio in cui il resto della gente, la gente 'normale', vive e si muove»<sup>36</sup>.

Credo che il primo passo, affinché anche per i rom sia possibile un bilanciamento tra scelte e vincoli, spetti proprio al diritto, attraverso il riconoscimento e il godimento effettivo dei diritti fondamentali e il superamento della situazione di estrema esclusione sociale nella quale tanti rom si trovano ancora oggi.

<sup>34</sup> E. GOFFMAN, *Stigma. L'identità negata*, Giuffrè, Milano 1983 (ed. or. 1963), in particolare cap. 1: «Stigma e identità sociale».

<sup>35</sup> Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 42.

<sup>36</sup> Z. BAUMAN, *op. cit.*, 45.



*Diritto e identità,  
tra riconoscimento e secolarizzazione*

di Geminello Preterossi

Il rapporto tra diritto e identità è un rapporto ambivalente. Da un lato il diritto – nella sua qualificazione moderna, post-sostanziale – neutralizza le identità. Ovvero le relativizza, rendendole compatibili tra di loro e in particolar modo con la cornice delle regole comuni, chiedendo una sorta di passo indietro. Il diritto moderno opera per sottrazioni identitarie.

Dall'altro lato, il diritto ha sempre, anche nelle società post-tradizionali e secolarizzate, un nesso con un nucleo qualificante minimo che definisce un'appartenenza collettiva all'ordinamento e una gerarchia assiologica. Rimanda a un senso che gli è funzionalmente necessario e allo stesso tempo lo trascende; ciò fa spesso problema, rischia persino di minarne formalità e ruolo garantista, e tuttavia rappresenta un'ipoteca condizionante da cui non si può prescindere del tutto. Tale aporia costituiva si manifesta nei concetti e costrutti giuridici 'limite', fondativi: dalle varie forme di costruzione della legittimità come 'credenza', al ruolo della nozione di popolo negli ordinamenti democratici (refrattaria a una piena giuridificazione), dalla sovranità al potere costituente, fino alla stessa, classica problematica del nesso validità-effettività, e alla connessa complessità del rapporto biunivoco diritto-potere<sup>1</sup>. Tali ambiti non possono essere ridotti alla

<sup>1</sup> Temi su cui, ovviamente, è imprescindibile il riferimento alla trattazione kelseniana del problema, sintetizzato icasticamente nel caso eloquente della «banda di briganti»: cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, ed. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, pp. 60-63. Anche in una concezione formale del diritto, la questione dell'effettività – come forza stabilmente pacificante, come capacità di ottenere sufficiente e duratura obbedienza, ovvero di produrre egemonia – è decisiva. Anche una concezione del tutto esterna e comportamentale del riconoscimento rinvia a una sfera pre-giuridica densa, spesso opaca, intrisa di simboli, poteri e identificazioni, in cui si gioca la partita del conflitto delle identità, della definizione di un indirizzo fondamentale o comunque prevalente e del consenso. Naturalmente, com'è noto Kelsen volutamente non problematizza dall'interno la questione dell'egemonia, la dinamicità di tali fattori riconoscimentali, per non scendere nei sottoscala del 'pre-giuridico', in virtù di una sorta di ostinata coerenza con il suo *formalismo dell'ef-*

mera, insondabile contingenza della forza, a una pura violenza naturalistica extra-giuridica (fattori inquietanti pur presenti nelle situazioni fluide all'origine di ogni ordinamento e potenzialmente risorgenti); quei concetti-limite rimandano alle dinamiche più complesse di emersione, riconoscimento, stabilizzazione di rapporti di forza duraturi capaci di suscitare identificazioni collettive anche minimali. Cioè al racconto di legittimazione che sempre il 'giuridico' produce su stesso e di cui nutre la propria pretesa normativa all'obbedienza.

L'identità è un potente fattore di politicizzazione e ostilità. È una nozione, o meglio un'area semantica, dalle cospicue valenze mitopoietiche ed evocative, che deve essere maneggiata con grande cura, non brandita. Si tratta quindi di un deposito di senso da decostruire, da scavare, ma non al punto da liquidarne il problema.

In questa direzione, contro una concezione essenzialista e naturalizzante, l'identità può essere intesa come *costruzione simbolica*. Ovvero come *attribuzione* di identità, sia quale autodefinizione, sia quale assegnazione da parte di altri, in un movimento che è sempre reciproco: quindi ogni attribuzione di identità è pure una forma di ricezione, un'assunzione condizionante, che può anche serbare un carico di violenza 'naturalizzata'<sup>2</sup>, e tuttavia essere introiettata come propria.

In questa direzione, è centrale per la nozione di identità il tema del 'riconoscimento', il quale si configura precisamente come uno 'scambio simbolico'. Il meccanismo generatore dell'identità è infatti, fondamentalmente, il riconoscimento. Non esiste l'identità di per sé, compatta e monista, come un'essenza data: questo è uno degli usi possibili, fortemente connotati ideologicamente, che dell'identità è stato fatto. L'identità è piuttosto un 'processo', che implica interazione e produzione comune di senso, che assegna reciprocamente un ruolo.

Per tematizzare il rapporto tra diritto, identità e riconoscimento svilupperò due linee di analisi: la prima relativa a uno dei modelli classici del conflitto generatore di ordine e identità, quello hegeliano, la seconda al rapporto tra identità e secolarizzazione, attraverso le

*fettività*, benché destinata a uno scacco. Sul 'doppio movimento' tra potere e diritto, il riferimento obbligato è a N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp. 183 ss. Sulla persistente centralità del 'riconoscimento' nella determinazione dell'effettività, cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 95 ss.

<sup>2</sup> Sul tema, cfr. J. BUTLER, *Critica della violenza etica*, trad. it. a cura di F. Rahola, Feltrinelli, Milano 2006. Il problema dell'interiorizzazione dei codici di dominio quale fonte di 'violenza simbolica' è stato indagato acutamente anche nell'ambito degli studi sulla subalternità: mi limito a citare G.C. SPIVAK, *Critica della ragione postcoloniale*, trad. it. Meltemi, Roma 2004.

elaborazioni di Böckenförde, uno dei più interessanti teorici del diritto pubblico del secondo Novecento, profondamente radicato nella ‘tradizione’ tedesca.

Prima di sviluppare la pista hegeliana, alcune precisazioni:

a) la nozione di riconoscimento cui qui si fa riferimento non va intesa in senso moralistico (alla Honneth, ovvero come incontro, intesa, accoglienza: attitudini encomiabili, ma che presuppongono soggetti già ‘pronti’ e disponibili ad esse).

b) Il riconoscimento si determina in rapporto alla paura di non sopravvivere (o, il che è lo stesso, al desiderio di persistere: il servo è definito da ciò, nei confronti del signore).

c) Le ragioni del disordine e del pericolo sono generate spesso da conflitti di riconoscimento: già in Hobbes il *bellum omnium contra omnes* è un conflitto per il riconoscimento, seppur mascherato, perché le ragioni fondamentali per le quali si rischia di non sopravvivere, ovvero allo stato di natura si dà il caos e non l’ordine, sono relative a passioni autorappresentative e anticipatorie (onore, gloria, immaginazione della paura o della fame future)<sup>3</sup>.

d) Il riconoscimento è asimmetrico, ovvero fa sperimentare e fonda una reciprocità solo sulla base dell’esperienza di un’asimmetria: è per questo che, in qualche modo, potere e riconoscimento vanno sempre insieme<sup>4</sup>; ed è per questo che il nucleo ‘identificante’ del riconoscimento non è mai ‘pacifico’, un dato indiscusso e immutabile, ma è sempre un esito ‘aperto’ e ‘a rischio’, conteso e reversibile. L’uguaglianza originaria è quella del desiderio (di riconoscimento, di conferma identitaria) produttore di soggettività, non dei soggetti (e dei diritti) già costituiti: un’originaria simmetria generatrice di asimmetrie di potere e di lotte per la costruzione/affermazione di identità singole e collettive, che mostra come proprio nella partita della soggettivazione quale riconoscimento politico si produca lo spazio dell’umanizzazione. In sostanza, l’uguaglianza antropogenetica è polemogena: dalla reciprocità scaturiscono le premesse della politicalità, anzi è proprio attraverso questa autodeterminazione politica dell’umano – via intersoggettività – che si dà umanizzazione. Ma, a nostro avviso,

<sup>3</sup> Cfr. A. PIZZORNO, *On the Individualistic Theory of Social Order*, in P. Bourdieu e J. Coleman (a cura di), *Social Theory for a Changing Society*, Westview Press, Boulder 1991.

<sup>4</sup> Il potere per durare ha bisogno di essere riconosciuto, e qui si radica la funzione antropologica del diritto (cfr. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, trad. it. a cura di Ximena Rodriguez, Bruno Mondadori, Milano 2006; anche se Suplot tende a eticizzarlo in *auctoritas*: invece questo nesso potere-riconoscimento può essere inteso e indagato in senso molto più scarnificante e critico-decostruttivo, come smitizzazione che renda conto della necessità funzionale del mito).

la 'normatività' dei diritti e dell'uguaglianza come 'esito' non viene necessariamente smentita da tale tesi genealogica, che anzi evidenziando le implicazioni e i rischi 'politici' della grammatica generativa dei diritti, contribuisce a non veicolare una versione rassicurante quale possesso acquisito per sempre e aconflittuale.

e) Assumo, come già accennato, una definizione di riconoscimento quale 'scambio identitario', cioè come processo di attribuzione reciproca di identità, mutuandola da Pizzorno<sup>5</sup>: signore è chi carpisce il riconoscimento; lo può fare chi mostra di poterne prescindere, chi si consegna ma non del tutto, chi mostra di non aver paura di rimanere da solo, scegliendo la preservazione più durevole della propria identità irrinunciabile rispetto alla mera vita. Tale irrinunciabilità da una parte è all'origine dell'asimmetria originaria della società; dall'altra fonda la possibilità di socialità alternative, di una vita autonoma come manifestazione del non bisogno, della non ricerca dell'Altro. Anche se chi vince, chi è in posizione di dominanza, è tale perché dall'Altro così è stato riconosciuto.

f) Per comprendere le società post-tradizionali, è opportuno tenere sempre a mente il nesso tra proliferazione dei conflitti di riconoscimento e affermazione del 'diritto di conversione'. Ovvero, il tema del riconoscimento e quello della secolarizzazione sono imparentati.

Si può a buon diritto sostenere che, nella *Fenomenologia dello Spirito*, Hegel con la figura della lotta delle autocoscienze aggiri e superi il contratto. La dialettica servo-signore si presenta come una sorta di genealogia anticontrattualista del contratto, che rende ragione delle caratteristiche dei soggetti nel processo di unificazione politica e della sua 'rappresentazione'. Un tentativo di andare oltre il giusnaturalismo moderno incamerandone gli effetti, cioè di sottrarsi al rischio individualistico e atomistico, alla semplificazione astratta, propri del contrattualismo, ma assumendo ciò che il razionalismo politico moderno aveva assicurato in termini di qualificazione dell'ordine. Perché anche Hegel sa che la nozione di ordine presupposta da quello 'Stato che si è perfezionato a monarchia costituzionale'<sup>6</sup> – ovvero dallo Stato moderno – è post-tradizionale, un ordine da un certo punto di vista 'artificiale', per quanto 'etico'. Ed è interessante l'apparente paradosso per cui il rapporto servo-signore rappresenta una relazione duale, verticale ma senza terzo, e tuttavia costituisce una sorta di *genealogia del 'politico'*. Non nel senso che sia una ricostru-

<sup>5</sup> Cfr. A. PIZZORNO, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano 2007, pp. 181 ss.

<sup>6</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 1987, § 273.

zione legittimante che tenta di spiegare razionalisticamente, ovvero di giustificare con buoni argomenti *ex post*, perché ci si mette insieme riconoscendo un potere e la doverosità ‘razionale’ di tale passaggio. Si tratta, ben più radicalmente, di una genealogia antro-po-politica. Ovvero di una spiegazione narrativa, quasi una messinscena, della matrice agonistica e potestativa insita in ogni forma di produzione intersoggettiva dell’umano; dello scandaglio dei presupposti ‘opachi’ – per usare un termine habermasiano<sup>7</sup> – della stessa razionalizzazione moderna dell’ordine.

In Hegel la dialettica del riconoscimento reciproco, delle mutue simbolizzazioni fa sì che vi sia uno scambio di immagini di sé che assicura l’un l’altro l’identità: le autocoscienze diventano compiutamente tali, assicurandosi l’un l’altra sull’essere un’autocoscienza che si riflette in un’altra autocoscienza<sup>8</sup>. L’autoriferimento è possibile sulla base di un deficit condiviso e del relativo desiderio ‘eccedente’ che ne deriva. La possibilità dell’autoriferimento è l’opposto del solipsismo. Sappiamo chi siamo riconoscendoci, specchiandoci in un Altro come noi. Ciò non vuol dire che sia uguale, vuol dire che è specchiantesi anch’esso: questo è in fondo il nucleo universale ma politico, aperto ma opaco, di servo-signore. La metafora dello specchio è una tipica metafora politica<sup>9</sup>: anche nella dialettica del riconoscimento, come in un gioco di rispecchiamenti, l’oggetto del riconoscere è il riconoscimento stesso; cioè non c’è tanto un ‘bene’, un oggetto al centro dello sguardo, ma c’è il desiderio dell’altro in quanto desiderante, un riconoscere l’altro in quanto riconoscente: ed è questa biunivocità per cui quello che si dice dell’autocoscienza A si può dire altrettanto dell’autocoscienza B che fonda la possibilità dell’identificazione, ovvero dell’uscire da sé ritrovandosi in Altro. Anzi, che mostra come ogni identità sia frutto di processi di identificazione. Un dispositivo di potente efficacia, ma anche particolarmente pericoloso sul piano collettivo, perché può tagliare le mediazioni e determinare

<sup>7</sup> Habermas parla, com’è noto, di «opaco nucleo decisionistico della politica» (cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996, p. 165).

<sup>8</sup> Per una penetrante e accurata analisi del tema, vera e propria ‘chiave di accesso’ non solo alla filosofia pratica hegeliana, ma allo stesso pensiero politico novecentesco, cfr.: R. BODEI, *An den Wurzeln des Verhältnisses von Herrschaft und Knechtschaft*, P. STEKELER-WEITHOFER, *Wer ist der Herr, wer ist der Knecht? Der Kampf zwischen Denken und Handeln als Grundform jedes Selbstbewußtsein*, J. KARÁSEK, *Das Andere seiner selbst. Zur Logik der Anerkennungstheorie in der Phänomenologie des Geistes*, nel recente volume *Hegels Phänomenologie des Geistes*, hrsg. von K. Vieweg und W. Welsch, Suhrkamp, Frankfurt a.Main 2008.

<sup>9</sup> Cfr. P. SCHIERA, *Specchi della politica*, Il Mulino, Bologna 1999.

una sorta di spossessamento, di consegna a un potere di massa fittiziamente identificante. Non a caso, già Hegel vedeva come tale relazionalità non fosse puramente orizzontale, trasparente, ma producesse asimmetrie e ambivalenze; anzi, *si* producesse in virtù di esse. Ovvero come qualsiasi interazione ‘umanizzante’ sia segnata da subito da un desiderio/bisogno di umanità che determina anche conflitto, paura, potere. E tuttavia pure possibilità – mai definitive e senza vincoli – di liberazioni e universalizzazioni parziali, *dentro* la mediazione giuspolitica.

In Hegel quindi da un lato c’è l’elemento potestativo ‘hobbesiano’ – anzi l’istituzionalizzazione della ragione politica nello Stato moderno rappresenta la forma compiuta della ‘seconda natura’ e dell’eticità –, ma il suo tentativo è quello di andare oltre l’artificio formale e individualista scavando nell’agire degli uomini, nell’intersoggettività per far venir fuori già lì l’elemento politico-asimmetrico e la valenza collettiva dell’ordine. In qualche modo di preparare la legittimazione del potere attraverso una teoria dell’agire<sup>10</sup> che renda conto dell’umanizzazione *via* politica del genere umano (per questo il contratto è in fondo superfluo). Per usare un linguaggio post-hegeliano, il decisionismo della sovranità simbolizza il decisionismo della libertà, replica e trascrive nelle istituzioni la politicità – già intrapsichica – inscritta nella pratica generativa dell’intersoggettività. E questo rendere conto della produzione dell’umanità non può appunto che far emergere o qualificare come politica l’umanità stessa: a differenza di altre teorie o ricostruzioni che nell’umanizzazione vedono o qualcosa che viene dall’alto (un dono che ci dobbiamo preparare a ricevere come verità già data ed esterna all’umano) o un mero processo spontaneo (magari legato alla dinamica di bisogni puramente privatistici ed economici). Tanto in Hobbes, secondo quella diversa strategia che è rappresentata dal contratto, quanto e soprattutto in Hegel, attraverso una strategia più complicata, ricostruttiva – che passa attraverso l’esplicitazione, la piena assunzione del conflitto di riconoscimento – c’è l’idea che la politicità sia uno ‘scarto’ iscritto nella ‘natura innaturale’, al contempo difettiva e produttiva di forme inesauribili, del genere umano. Tra il tema hobbesiano della sopravvivenza e quello hegeliano del riconoscimento si rivela così un nesso ineludibile, che sta all’origine del carattere intransitabile e specificante del ‘politico’ per l’umano e i suoi ordinamenti, di una sorta di *originaria genesi politica del diritto* da intendersi in senso non essenzialistico, ma funzionale, come una sfida costante – di pacificazione e identificazione – a

<sup>10</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., §§ 4-30, 187.



cui non ci si può sottrarre e che è pericoloso, oltreché illusorio, rimuovere.

E veniamo al rapporto tra identità e secolarizzazione. Questa è allo stesso tempo un processo che consuma le identità religiose, ma anche le ‘filtra’ costruendo nuove identità post-tradizionali, in parte utilizzando ciò che passa attraverso questo setaccio e persiste in forme trasformate<sup>11</sup>. Come molti dei concetti e fenomeni politici della modernità, strutturalmente ambivalenti, anche la secolarizzazione ha un ‘doppio lato’. Da una parte lo Stato moderno secolarizzato costituisce uno spazio pubblico neutralizzato (solo così sono possibili le libertà plurali e la sterilizzazione del conflitto sulle ‘cose ultime’). Dall’altro esso è anche il luogo del ‘politico’ (seppur, con lo Stato costituzionale di diritto, in senso integrativo e pluralistico), ovvero il luogo dell’appartenenza a valori condivisi, che fissano un ‘limite’. Ora, seguendo Böckenförde, il problema è che la neutralizzazione è necessaria, ma non può mai essere completa, sfociare nell’indifferentismo etico, perché verrebbero meno quelle risorse di legittimazione – pur minime – funzionali ad *ogni* ordine; ma anche perché un ‘resto’ di sacro è indispensabile allo stesso dispositivo della secolarizzazione, che presuppone per funzionare una forma di trascendenza politico-collettiva dell’immanenza sociale e dell’atomismo individuale. Ovvero l’efficacia di meccanismi di identificazione simbolica e autoriconoscimento di gruppo che devono potersi agganciare a qualcosa. Non a caso, a un certo punto della storia europea, dopo la seconda, più potente ondata secolarizzante rappresentata dall’Illuminismo e dalla Rivoluzione francese, alla religione come sostrato etico collettivo si è sostituita l’idea di nazione, ovvero un altro costruito identificante ‘trascendente’, per quanto del tutto mondano.

La contraddizione del nostro tempo è che la secolarizzazione lavora (forse anche troppo), ma non accumula valore. Ciò accade nonostante il fatto che le democrazie costituzionali contemporanee, estremo prodotto della secolarizzazione, siano divenute contenitori di tavole assiologiche positivizzate nella forma dei ‘principi’ e dei diritti fondamentali<sup>12</sup> (per certi aspetti, una sorta di secolarizzazione della

<sup>11</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari 2006. Nel passaggio da *Faktizität und Geltung* a questi saggi più recenti, Habermas mostra una progressiva tendenza ad assimilare tradizioni metafisiche e tradizioni religiose (monoteistiche) dell’Occidente, all’insegna di un generico ‘universalismo’ ricostruito *ex post*, smussando a mio avviso eccessivamente differenze, contrasti e scarti di paradigma. Sul nesso diritto-secolarizzazione, cfr. *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri e G. Dilcher, 2 voll., Giuffrè, Milano 1981.

<sup>12</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001.

teologia politica, intesa come 'contenuto di senso'). Evidentemente tale residuo (o rielaborazione) di contenuto etico giuridificato da solo non basta.

Il paradosso dello Stato costituzionale (ma ancora di più dell'Europa, se ha ancora ambizioni politiche) è che non può non essere una comunità pluralistica a maglie molto larghe, e allo stesso tempo non può divenire un contenitore vuoto, pretendendo magari di scaricare sul diritto e la giurisdizione l'onere di supportare tale vuotezza politica. Neppure la democrazia costituzionale può fare a meno di una qualche nozione di unità politica, del plusvalore di legittimità che essa rappresenta. Il punto è che, con le democrazie di massa, il ruolo di portatori della legittimità, di mediazione culturale tra istituzioni e società, era stato svolto da soggetti collettivi strutturati come partiti, sindacati, movimenti ecc. (laici, mondani, ma non vuoti, formali, bensì capaci di organizzare il consenso, di proporsi come modelli formativi ed etici, di fornire occasioni di partecipazione ed esperienza collettiva, alimentando lo 'spazio pubblico' integrativo del conflitto e del 'discorso': insomma la versione propria delle democrazie di massa di quelle «forze unificatrici» di cui parla Böckenförde<sup>13</sup>, e di cui non a caso parlava anche un grande costituzionalista italiano di cultura 'weimariana' come Costantino Mortati, elaborando il suo concetto di «costituzione materiale»<sup>14</sup>). Io credo che la crisi di questi soggetti e la *privatizzazione dello spazio pubblico* in cui essi operavano (processi imputabili a tante ragioni ma certo amplificati potentemente dagli effetti della globalizzazione 'così com'è'), spieghi le attuali, massicce e per molti inattese riemergenze identitarie. Si tratta di fenomeni essenzialmente compensativi: sia come bisogno di riparo e chiusura rispetto alle minacce disgregative del legame sociale, oltreché del benessere materiale, che è rassicurante proiettare su più o meno immaginari nemici 'esterni'; sia come offerta identitaria da parte di poteri e ordinamenti indotti sempre più a praticare una sorta di 'eccezione quotidiana' per tentare di mantere lo *status quo*, in evidente difficoltà a produrre consenso e risultati in termini di efficienza, e sui quali tuttavia si scarica ancora prevalentemente il peso delle aspettative di prestazioni e protezione. Qui si radica, in questo illusorio corto-circuito tra 'senso' tradizionalista e azzeramento di radici collettive, neo-autoritarismi e globalismo tecnocratico nel quale economico e giuri-

<sup>13</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, ed. it. a cura di G. Preterossi, pp. 53, 115 ss., 204 ss.

<sup>14</sup> Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, con una Premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano 1998, pp. 62 ss.

dico si confondono, un'insidia polemogena e neo-fondamentalista *dentro* il cosiddetto 'Occidente'. Le possibili diagnosi sono molteplici: si può sostenere che la secolarizzazione in quanto neutralizzazione abbia scavato troppo dentro gli ordinamenti liberaldemocratici (Böckenförde e Habermas<sup>15</sup> sembrano condividere questa impostazione, seppur con accentuazioni diverse). Oppure, si può puntare sulla crisi delle forme giuridico-politiche moderne connessa all'erosione delle loro premesse 'spaziali'<sup>16</sup>: un processo disgregativo di strutture istituzionali e mentalità spesso interpretato, con eccessiva fiducia, come occasione emancipativa di ulteriore universalizzazione giuridica, o trionfo dell'auto-amministrazione delle cose in versione mercatista, o ancora occasione, secondo la logica del bambino da buttare con l'acqua sporca, dell'ennesima, presunta fiammata rivoluzionaria, questa volta in versione 'moltitudine'. Senza predisporre sostituti istituzionali credibili, senza costruire nuove mediazioni tra vecchio e nuovo, senza interrogarsi sulla carica ideologica insita nel 'discorso della globalizzazione' (e anche nel globalismo giuridico); prudenza e realismo avrebbero dovuto indurre a ragionare sulla praticabilità effettiva di uno spazio liscio e unificato come sostrato delle forme della vita umana associata e delle regolazioni di cui necessitano, sul prevedibile prevalere degli automatismi propri di una logica puramente tecnico-economica e militare, e non certo 'cosmopolitica', sui pericoli e gli inganni insiti nella promessa di una piena spoliticizzazione del mondo, e del giuridico con esso.

Il diritto non può prescindere da una qualche forma di identità: perché è chiamato a fissare le regole dell'interazione, e richiede per vigere il riconoscimento di un plusvalore. Il punto è se sia possibile, e quanto riesca ad adempiere alle esigenze di legittimazione e ordinamento, un concetto di identità aperto e plurimo, 'critico'. Io credo di sì, come peraltro la grande esperienza delle democrazie costituzionali e degli Stati sociali di diritto ha dimostrato nell'ultimo cinquantennio in Europa; ma solo a patto che la politica democratica –

<sup>15</sup> Habermas propone una significativa autorevisione critica, esplicitando con le sue riflessioni sul ruolo pubblico della religione – al di là del fatto che funzionino e siano condivisibili o meno – le aporie e i limiti del proprio modello, iperformalista e spoliticizzato, di 'patriottismo costituzionale' (che talvolta sembra configurare una sorta di 'costituzione senza identità'). In questo senso, a mio avviso, le posizioni dell'ultimo Habermas sono più un indice rilevante della crisi di efficacia integrativa del costituzionalismo contemporaneo, il sintomo di una difficoltà non solo habermasiana, che una soluzione (cfr. J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit.).

<sup>16</sup> Cfr. C. GALLI, *Spazi politici*, Il Mulino, Bologna 2001; M. REVELLI, *La politica perduta*, Torino, Einaudi 2003; Id., *Sinistra Destra*, Laterza, Roma-Bari 2007.

intesa innanzitutto come *cultura* politica e giuridica – si riappropri dello spazio simbolico pubblico e, ancor prima e di più, si ponga il problema della rigenerazione delle sue premesse, di quelle fonti e risorse civili, partecipative, vitali, intersoggettive, che vivificano le istituzioni e le stesse forme giuridiche.

Seconda seduta plenaria  
Individuo, legami sociali, giustizia

*Presiede* Francesco De Sanctis



# *Trasformazioni del diritto nello Stato costituzionale*

di Vincenzo Omaggio

1. Secondo un orientamento largamente condiviso, lo Stato costituzionale contemporaneo si caratterizza come la forma giuridica di una democrazia pluralista, espressione di una società aperta, fondata sulla pari legittimazione di tutte le componenti culturali e politiche. La trama di una democrazia pluralista è segnata dalla diversità, cioè dal fatto di manifestarsi come realtà policentrica e poliarchica, articolata in una molteplicità di aggregati, organi, competenze che non riconoscono la presenza di un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale. Al fondo di questo policentrismo c'è una delle componenti più significative del costituzionalismo contemporaneo, l'abbandono dell'idea che l'unità culturale costituisca la base necessaria di una comunità politica pacifica e relativamente stabile<sup>1</sup> e l'affermazione che il pluralismo degli interessi e delle visioni del mondo sia non solo un dato di fatto incontestabile, ma un dato positivo, un bene per la società stessa.

Dal punto di vista istituzionale ciò implica che nessun soggetto (neppure un sovrano) dispone a titolo esclusivo dell'esercizio del potere sovrano, ma che tutti i soggetti concorrono a tale esercizio<sup>2</sup>. In tal senso è molto difficile ravvisare nel legislatore «l'espressione della nazione», anche quando rappresenti una maggioranza politica pre-

<sup>1</sup> B. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in *Identità, diritti e ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Il Mulino, Bologna 2007.

<sup>2</sup> E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006. Ha osservato Pietro Costa che « si affermano ordinamenti caratterizzati da un programmatico intreccio fra la tradizione democratica otto-novecentesca e un composito e articolato 'linguaggio dei diritti' di lontana ascendenza giusnaturalistica. La parola d'ordine del nuovo costituzionalismo è una democrazia che si realizza nella promozione dei diritti fondamentali e inviolabili della persona: appunto uno Stato democratico-costituzionale, capace di congiungere il potere del *demos*, la sovranità popolare, con la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti», P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, pp. 7-8.

ponderante, come non è possibile ravvisare nella legge l'espressione dell'unità politica, ma soltanto di una parte della società medesima, di una delle sue parti. I diversi gruppi sociali, portatori di interessi e progetti contrastanti, ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi e dominanti – e quindi da formare la base materiale della sovranità statale nel senso tradizionale –, assegnano alla costituzione il compito di realizzare le condizioni della vita in comune, non più quello di realizzare un progetto predeterminato di vita comune<sup>3</sup>, il cui esito dipenderà dagli equilibri contingenti e mutevoli che le forze sociali e politiche sapranno raggiungere.

La sovranità appartiene, si dice, alla costituzione con il suo complesso di principi, regole e istituzioni, che è come dire che la sovranità non si dà più nel suo significato peculiare che ha accompagnato l'intera vicenda dello Stato moderno. In una democrazia costituzionale – è stato osservato – nessuno ha l'ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare<sup>4</sup>.

Questa analisi del pluralismo politico, largamente acquisita, forse anche banale, deve essere riguardata come revisione (e tendenziale superamento) di un blocco di concetti nati dalla scienza politica moderna specialmente nella sua variante continentale, a cui scommetto che nessuno voglia rinunciare: diritti degli individui, uguaglianza, libertà, popolo, potere, rappresentanza. Cioè il tema diviene di colpo meno banale.

La democrazia moderna, in quanto pensata come forma costituzionale che ha nella sovranità l'elemento cardine, mostra il crisma di una razionalità formale, la medesima razionalità dell'individualismo moderno che oggi appare in discussione. La sua base risiede nel pluralismo ideologico, nel primato delle opinioni circa il bene e il male, discussione inaugurata da Hobbes, come è appena il caso di ricordare, che nel negare un orizzonte comune sull'esperienza concreta relativa alla vita sociale, crea uno spazio vuoto che può essere riempito solo dalla volontà. Il popolo libero è l'insieme di tutti gli individui eguali e il suo comando illimitato è l'unica volontà che il corpo politico può esprimere sulla scena pubblica. Il rapporto tra soggetto in-

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 9.

<sup>4</sup> Così M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 79 e ss. In senso contrario J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford 1999, p. 290, che ricorda come in ogni organizzazione politica vi sia sempre un sovrano.



dividuale e soggetto collettivo, tipico della democrazia moderna, sorge per sostituire la costituzione in senso premoderno, nella quale gli ordini e i ceti offrivano la mediazione politica del territorio, mentre il monarca offriva l'istanza di comando che risultava essere, pertanto, solo uno degli elementi del quadro costituzionale. Il potere non era perciò sovrano; la costituzione non era un suo prodotto sistematico e intenzionale. Le regole costitutive si affermavano piuttosto come cristallizzazioni di rapporti e di equilibri fra le diverse forze costituzionali concorrenti, ciascuna interessata a promuovere la propria condizione.

La costituzione in senso moderno, invece, ha il significato di una norma costitutiva e regolativa della vita politica, nata per sovrastare i rapporti di forza fra i soggetti costituzionali, per conformare a sé i rapporti costituzionali materiali e per annullare le differenze determinate fra le parti, riducendole a quelle indeterminate fra gli individui. Come è stato notato il nesso sovranità-rappresentanza così allestito porta dentro di sé un'aporia che proprio nell'epoca contemporanea sembra emergere in tutta la sua portata: la vicinanza del cittadino al potere contiene un autentico impedimento alla partecipazione<sup>5</sup>, dal momento che, mediante la funzione rappresentativa (ogni potere sovrano, pur provenendo dal basso, è espresso in realtà dall'alto), il potere è già di tutti, e non c'è un altro modo di prendere parte a qualcosa che già ci appartiene in virtù di un atto fondativo. Il superamento del mandato imperativo indica propriamente che non si deve esprimere alcuna volontà determinata, ma che occorre dichiararsi autori di azioni di cui altri sono attori. Il rapporto tra costituzione e territorio<sup>6</sup> è segnato da un profilo ambiguo, inseparabile dalla vicenda moderna: la formazione di un'istanza politica dotata di sovranità richiede di dare un fondamento territoriale all'obbligazione politica, a scapito di qualunque altro rapporto con la terra. Ma, al contempo, il territorio, acquistando una funzionalità sempre più politica viene svuotato di ogni valenza tradizionale, consuetudinaria, particolaristica e ridotto a spazio di unificazione e di esercizio del potere statale, ossia è ridotto ad ambito di validità giuridica. Pensiamo alla figura che campeggia sul frontespizio di *Leviathan*: i cittadini non possono stare di fronte al sovrano perché sono dentro di lui, costituiscono il suo corpo e la sua volontà politica. Ubbidire al sovrano significa ubbidire a ciò che si è voluto, dunque a sé stessi, ma la nostra è l'epoca

<sup>5</sup> G. DUSO, (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma 2004, specialmente l'Introduzione, pp. 9 e ss.

<sup>6</sup> M.R. FERRARESE, *Stati e processo di modernizzazione*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 35/2006, pp. 5 e ss.

che ha scoperto definitivamente che il popolo che comanda e che ubbidisce non è più un'unità sintetizzabile in termini formalmente compiuti. Residuano sempre differenze, che costituiscono il tema post-moderno della pluralità. L'ideale della democrazia non può ridursi al diritto di voto consistente in una delega ai professionisti della politica; questo aspetto tecnico-istituzionale sarebbe privo di senso se prima ancora non vi fosse la democrazia intesa come partecipazione attiva alla vita pubblica. E ciò è reso possibile dal pluralismo della società civile, che vuol dire in primo luogo pluralità di azioni umane organizzate in forma associativa, mediante formazioni sociali indipendenti, ciascuna caratterizzata da finalità settoriali specifiche. Alla base della società non c'è l'individuo irrelato, ma i gruppi sociali, che in maniera spontanea producono un contesto vitale quanto tendenzialmente disordinato, segnato da un disordine produttivo<sup>7</sup>, che, da un lato, testimonia la ricchezza della compagine sociale, e, dall'altro, richiede una relazione con la società politica ispirata alla cooperazione<sup>8</sup>.

L'idea moderna del governo come mero potere esecutivo cade di fronte a una pluralità di soggetti che gli resistono e gli stanno di fronte, rivendicando una dimensione politica propria resistente alla sintesi rappresentativa, in quanto articolata in forme e misure di aggregazione molteplici ed eterogenee, che a loro volta mobilitano nuove, o talvolta vecchie e risorgenti, modalità di espressione giuridica, come testimoniato dalla ripresa del contratto o della giurisdizione come fonti concorrenti di diritto.

La *governance* di cui oggi si parla, con la caduta della *ratio* sovrana degli Stati e con lo sviluppo del diritto transnazionale e soprannazionale su cui non mi diffonderò in questo testo, ha anche un'origine interna, se è lecito ancora esprimersi secondo la vecchia dicotomia interno/esterno che ha accompagnato le vicende della modernità giuridica. La *governance* si configura come risposta alla pluralità in termini sempre meno riconducibili a istanze unitarie, in uno scenario in cui la fattualità mostra una rinnovata capacità normativa<sup>9</sup> gra-

<sup>7</sup> M. MAGATTI, *Per la società civile. La centralità del 'principio sociale' nelle società avanzate*, Franco Angeli, Milano 1997; P. DONATI, *Teoria relazionale della società*, Franco Angeli, Milano 1991.

<sup>8</sup> Il rapporto tra società civile e società politica, per la sua complessità, non trova in queste pagine lo spazio che merita, se non per un aspetto, quello riguardante la funzione del diritto e il suo ruolo di mediazione e integrazione, che nello Stato costituzionale hanno subito trasformazioni rilevanti.

<sup>9</sup> «(...) la *governance* si configura piuttosto come una grande (e pesante) «pancia» capace di contenere tutto: la *ratio* pubblica, ma anche gli interessi particolari, la logica del governo, ma anche quella della partecipazione, il consenso ma anche il dissenso», M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 23.

zie alla riemersione della nozione di interesse particolare, disabilitata per lungo tempo dai dispositivi teorici dello Stato di diritto continentale e annullata dalla dicotomia pubblico/privato. La società complessa che abbiamo di fronte rimette in discussione il rapporto verticale sovranità-territorio, consentendo a quest'ultimo di riaprirsi a forme autorappresentative che allargano, ma complicano allo stesso tempo e «irrazionalizzano», i processi decisionali.

Il discorso qui lambisce senza affrontarlo un tema di grande rilevanza nella nostra tradizione di studi, quello dell'effettività<sup>10</sup>; è stato detto che ci troviamo di fronte a «un'esplosione dell'effettività del diritto» laddove essa si sganci da una prospettiva ordinamentale (di tipo statutale o soltanto giuridica, nel senso kelseniano), e che appare evidente come l'effettività abbia smesso di porsi dal punto di vista teorico come un presupposto non problematico, una mera *condicio sine qua non* del funzionamento dell'ordinamento giuridico. Se il progetto moderno si esprimeva nella potenza normativa del diritto, nella sua capacità di modellare il mondo sociale bisognoso di regole attraverso un'azione fondamentalmente sanzionatoria, adesso occorre interrogare la realtà sociale che propone alle norme contenuto e sostanza. Il *factum* ha un rilievo sul piano giuridico non in quanto è previsto, ma in sé, autonomamente, in virtù della giuridicità che la normalità dei fatti in senso istituzionale è in grado di esprimere, in quanto elemento interno del fenomeno giuridico considerato complessivamente, cioè in quanto componente essenziale del diritto. Ciò equivale a riconoscere che la regolamentazione legislativa presuppone concetti di normalità del tutto indipendenti da essa; al punto che, come scriveva Carl Schmitt, «in loro mancanza, la regolamentazione stessa diventa del tutto incomprensibile e non si può più assolutamente parlare neppure di «norma»»<sup>11</sup>. In altri termini, una norma può esibire tutti i caratteri canonici dell'inviolabilità che si ritengono necessari, ma essa regola una situazione solo nella misura in cui resiste un «tipo» concreto presupposto come normale<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> A. CATANIA, *Effettività e modelli di diritto*, in Id., (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 33 e ss; qui si legge tra l'altro: «Kelsen esalta la prospettiva tecnica, costruttivista e politica del diritto moderno. Eppure, nel momento stesso in cui la libera di ogni residuo di sostanzialismo e di oggettivismo, nel momento in cui si rifiuta di farla «dipendere» dall'universo sociale, dal consenso, dai valori che integrano il sociale (...) la consegna al nichilismo della decisione e la svuota di capacità di rappresentare a pieno il complesso ruolo del diritto nella società», p. 36. Nello stesso volume si segnala P.P. PORTINARO, *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, pp. 323 e ss.

<sup>11</sup> C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, (1934), tr. it., in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 259-60.

<sup>12</sup> Sulla struttura del «tipo» occorre segnalare almeno due contributi fondamentali di area tedesca, recentemente tradotti in italiano per la cura di G. Carlizzi: ARTH.

Come si vede c'è una presa di distanza vistosa dal modello sistemico, autoreferenziale di matrice giuspositivistica, che s'ispirava al diritto come a un prodotto « a denominazione di origine controllata», con riferimento a una precisa gerarchia delle fonti normativa e a un'applicazione tecnica affidata in via esclusiva a soggetti abilitati. Lo Stato legale-razionale riconosceva come diritto soltanto ciò che risponde a precisi criteri, secondo lo schema di un sistema autopoietico chiuso normativamente, che non si evolve con la società, ma che regola la società regolando se stesso. Oggi l'ordine giuridico si pone tendenzialmente in forma aperta, pronto a recepire nuovi soggetti e nuove forme di partecipazione giuridica. La rappresentazione macroscopica della nuova tendenza è offerta dal contesto globale in cui la negazione della logica autopoietica è più palese: atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e, piuttosto che essere ammessi alla giuridicità da soggetti ufficiali, sono essi medesimi a costituirsi in soggetti attivi, a vario titolo e senza una precisa fisionomia. Tale deformalizzazione del diritto globale ammette un numero imprecisato di soggetti (non più suscettibili di enumerazione esaustiva), in quanto non si dà più un'autorità unica che li ammetta alla partecipazione.

2. All'indomani della Seconda Guerra Mondiale, dopo l'esperienza dei totalitarismi e della guerra civile europea, «si è riaperta una stagione feconda per il costituzionalismo»<sup>13</sup>, dal momento che nella cultura politica delle democrazie pluraliste si è riaffermata una supremazia della costituzione. Una siffatta supremazia risulta dalla somma di due fenomeni distinti anche se collegati: la giuridificazione della costituzione e la «costituzionalizzazione» dell'ordinamento, intesa come la sua diffusione pervasiva su tutte le parti del sistema giuridico.

Sotto il primo profilo si osserva un declino di quella concezione «intensamente politica»<sup>14</sup> dell'attuazione della costituzione, tipica della tradizione europea continentale, di matrice rivoluzionaria, sorretta dalla forza propulsiva dei soggetti costituzionali (popolo, parlamento, partiti), a cui tende a sostituirsi una nozione di costituzione emancipata dal presupposto di un'unità politica e intesa prevalentemente come norma giuridica da interpretare in sede giurisdizionale. Maurizio Fioravanti ha parlato di un processo di dissociazione tra politica

KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, (1982), tr. it., Vivarium, Napoli e W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermenutica penalistica*, (1968), tr. it., ESI, Napoli 2007.

<sup>13</sup> P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Einaudi, Torino 1996, pp. 5 e ss.

<sup>14</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna 1998, p. 17.

e costituzione, in cui quest'ultima è sempre più oggetto di interpretazione da parte dei giudici<sup>15</sup> e delle corti e la politica a sua volta è sempre meno impegnata in attività di ordine costituzionale. In questo senso si comprende anche la pervasività della costituzione, quando questa si sviluppa al di là della funzione di organizzazione, distribuzione e limitazione dei poteri pubblici in direzione della regolazione diretta dei rapporti sociali<sup>16</sup> favorendo così la sovrainterpretazione del testo costituzionale, che si esprime a sua volta attraverso interpretazioni adeguatrici della legislazione ordinaria e l'elaborazione di regole e principi (espliciti o impliciti) idonei a disciplinare direttamente i rapporti e le controversie. In quanto testo da interpretare, la costituzione acquista forza obbligatoria nella misura in cui è capace di «dare risposte ai problemi del nostro presente»<sup>17</sup>; è stato osservato che si è consumata la «presunzione assoluta di legittimità della costituzione»<sup>18</sup>, e che è diventata dubbia l'esistenza di un debito di fedeltà verso la volontà costituente originaria, mentre invece è sempre più importante il punto di osservazione da cui interroghiamo la costituzione e scegliamo le domande da rivolgerle. «Se la costituzione rivoluzionaria si diceva positiva – cito Zagrebelsky – perché crea una volta per tutte con un atto di volontà iniziale, chiuso nel tempo e irripetibile (...) la costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ricreata continuamente dal concorso di molteplici volontà»<sup>19</sup> che la ridefiniscono continuamente nella sua portata storico-concreta.

Un'evoluzione di questo genere può essere giudicata secondo prospettive divergenti: si può ritenere che il «vuoto di fondamento» sia salutare e propizio per liberare finalmente le ragioni del diritto e dei diritti dal dominio assolutistico della politica, oppure si può temere che il vuoto sia (stato) riempito da un potere giurisdizionale lanciato ben oltre i suoi confini, fino a paventare la rinascita di una sorta di Stato giurisdizionale con cui la civiltà giuridica europea ha già chiuso i conti. Non è mia intenzione arbitrare contese così impegnative, ma considero importante segnalare la rilevanza di un tema che d'altra parte occupa una porzione cospicua del dibattito più avvertito tra filosofi, teorici del diritto e giuristi sul futuro della costituzione. Da un lato, si segnala l'insufficienza del vecchio schema costituzionale

<sup>15</sup> E. CHELLI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna 1999; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice come artefice delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.

<sup>16</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 306 e ss.

<sup>17</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 18.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 35 e ss.

<sup>19</sup> *Ult. cit.*, p. 75.

che lasciava in ombra la dimensione della cittadinanza come titolarità di diritti plurali e differenziati, e pertanto bisognosa di istituzioni imparziali di natura giurisdizionale; dall'altro, si avverte il timore di indebolire lo Stato di diritto concedendo un credito eccessivo ai custodi della Costituzione (che potrebbero portarci verso una «costituzione dei custodi» per citare Pier Paolo Portinaro)<sup>20</sup>.

Uno dei temi oggi più impegnativi per la nostra riflessione è dato dalla costruzione di un modello di costituzione capace di unire quelle che tradizionalmente si definivano le funzioni di indirizzo e di garanzia, ossia l'espressione del principio democratico, frutto delle scelte libere e mutevoli, e la tutela dei diritti fondamentali, scongiurando esiti monistici in una direzione o nell'altra. Più che di un ritorno allo Stato giurisdizionale si dovrebbe parlare di una fase nuova (e questo è ovvio, dal momento che non si può mai tornare indietro), ma che in un certo senso ripropone – intrecciandoli in forme diverse – elementi già presenti nella lunga, plurisecolare vicenda dello Stato moderno.

Se lo Stato costituzionale riprende la vocazione pluralistica dello Stato giurisdizionale, da cui è inseparabile il rafforzamento della giurisdizione, indispensabile al governo di una realtà territoriale complessa, nel contempo, esso conserva e valorizza gli elementi irrinunciabili dell'esperienza dello Stato moderno con la sua ricerca di un centro e di un'unità politica. «Lo Stato costituzionale – ha scritto Fioravanti – può essere considerato come una sorta di esito complessivo, entro cui confluisce e precipita l'intera esperienza dello Stato europeo»<sup>21</sup>, e oggi esso è chiamato a realizzare contemporaneamente il principio antico della consociazione, dell'equilibrio e della garanzia tra le parti, e quello moderno della decisione rappresentativa dell'intero. Lo Stato costituzionale, forte di questa capacità di articolazione, è divenuto soggetto sul piano sovranazionale di una nuova complessa trama istituzionale nella quale gli Stati nazionali non sono più sovrani *uti singuli*, ma soltanto *uti socii*<sup>22</sup> con altri soggetti pubblici e privati, e nella quale lo Stato medesimo non sarebbe potuto entrare restando ancorato alle categorie dominanti del diritto pubblico statale fondato sul principio di sovranità.

Talvolta questo passaggio centrale viene colto sotto la forma di una riflessione sulla nozione del *rule of law*; penso a una linea di ri-

<sup>20</sup> P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 30.

<sup>21</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 20-21.

<sup>22</sup> S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2003. Si veda ancora di Casseese il brillante volumetto *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006.

cerca senz'altro molto ampia e risalente ma che, di recente, ha visto nuovi interventi incisivi come quello di Gianluigi Palombella, che ha sottolineato il contenuto storico istituzionale del *rule of law*, irriducibile a strumenti giuridici vuoti o a definizioni generali del diritto come tale e coincidente con il limite a ogni monopolio di produzione giuridica da parte del potere politico<sup>23</sup>. Nell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* è racchiuso un *caveat* che esprime il nucleo sempre attuale del *rule of law*, rispettoso delle due distinte dimensioni del diritto, quella basata sulla volontà sovrana e quella basata sulla *positive justice*, espressione dei valori portanti della società. La polarità di questi due campi del diritto, del diritto come sostanza (che si regge su forze sociali diffuse ed è presupposto da coloro che vi si sottomettono) e come forma (che si basa su un potere politico accentrato che ne ha la disponibilità) non è una complicazione da semplificare, né un difetto da correggere, ma un valore da preservare<sup>24</sup>. Sotto questo aspetto lo Stato costituzionale, nella misura in cui è fondato sull'equilibrio tra libera espressione della sovranità parlamentare e conservazione dei valori costituzionali, è erede di una veneranda tradizione che attraverso il diritto custodisce e preserva un'etica della convivenza sottratta alla sfera del potere, che attinge alle propaggini estreme dell'universo giuridico, dove esso confina con la morale, la religione, il costume, senza perdere per questo il suo carattere giuridico. Nella costituzione lo Stato costituzionale iscrive i tratti culturali più profondi della società<sup>25</sup>.

Un altro concetto riemergente in questo contesto, che analogamente attinge a giacimenti profondissimi, è quello di *jus gentium*: ricordo solo due ricerche recenti ad opera di Jeremy Waldron e di Francesco Viola, in cui si evidenzia come il *jus gentium* abbia assicurato una propria persistente presenza lungo la storia, seppure con modalità diverse. Secondo Waldron<sup>26</sup> esso si è affermato sotto forma

<sup>23</sup> G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in EUI Conference on Relocating the Rule of Law, G. Palombella, N. Walker eds, Hart Publishers, 2008. In termini introduttivi qui si legge: «We can reduce the law to an instrument, perhaps, but we cannot depict the Rule of law, with its specific institutional historical content as being reducible to empty means».

<sup>24</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il giudice come artefice delle leggi*, cit., p. 23.

<sup>25</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 44: «Lo Stato costituzionale è per l'appunto questo: non uno Stato che ha una legge che chiamiamo costituzione, ma lo Stato che si costruisce su un documento dove si riversano e si iscrivono i tratti culturali profondi della società».

<sup>26</sup> J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus gentium*, in «Harvard Law Review», vol.119, 1/2005, pp. 132-33: «The law of nations is often used as a synonym for international law. But it once had a broader meaning, comprising something like the common law of mankind, not just on issues between sovereigns

di un corpo di principi e regole stabilite attraverso il consenso internazionale di giudici, giuristi e legislatori, superando la vecchia collocazione puramente internazionalistica per porsi come un'ispirazione costante per i diritti nazionali nonché per la risoluzione di questioni di respiro transnazionale e che, pur senza vantare titoli di unanimità né tanto meno di infallibilità, sono oggi qui a rappresentare un deposito di soluzioni razionali storiche e collettive. Se queste hanno dato buona prova di sé, non si può non tenerne conto analogamente a quanto accade nel campo della cultura scientifica, dove nessun ricercatore può avviare nuovi programmi senza un'adeguata conoscenza dello stato degli studi<sup>27</sup>. Secondo Viola<sup>28</sup> il *jus gentium* svolge il suo compito più autentico, che è poi quello del diritto in generale, governando le relazioni fra estranei, fra individui non appartenenti alla stessa comunità etico-politica, e pertanto, non vincolati da una logica autoritaria. Su questo terreno si sviluppano le qualità particolari del diritto, come la capacità di fornire direttive per coordinare le azioni sociali, traendole non da imperativi verticali, quanto piuttosto dall'apprezzamento di talune circostanze di fatto emergenti dalle interrelazioni fra soggetti non omogenei. La stessa partecipazione di soggetti diversi a comuni relazioni testimonia di fondate aspettative di vedere tutelati beni primari come la libertà, l'eguaglianza di trattamento, il rispetto reciproco, che sono insiti nelle relazioni intersoggettive. Per regolare questi rapporti entrano in vigore norme giuridiche positive scaturenti più che dalla volontà dalla ragione umana, o per meglio dire, dalla ragionevolezza, vale a dire non immaginate secondo un ordine astratto, ma basate sulla struttura delle relazioni esistenti, a cui però sono applicate regole di diritto, interne alla sua lo-

but on legal issues generally – on contract, property, crime and tort. It was a set of principles that had established itself as a sort of consensus among judges, jurists, and lawmakers around the world».

<sup>27</sup> «An analogy that I use throughout this comment is between the law of nations and the established body of scientific findings. Existing science claims neither unanimity among scientists nor infallibility; nevertheless, it stands as a repository of enormous value to individual researches as they go about their work, and it is unthinkable that any of them would try to proceed without drawing on that repository to supplement their on individual research and to provide a basis for its critique and evaluation», Ibidem.

<sup>28</sup> « Il *Jus gentium* è una forma a sé di diritto, la cui presenza è persistente lungo la storia, anche se in modi sempre diversi. Essa è stata ed è in continua comunicazione con le altre forme di diritto e spesso trasfonde in esse i suoi contenuti e le sue categorie senza, però, che questo faccia venir meno la sua identità e la sua funzione», F. VIOLA, *Diritto delle genti antico e contemporaneo*, in *L'arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, a cura di G. Limone, Franco Angeli, Milano 2006, p. 90.



gica, che il diritto non può non portare con sé; è quanto capita di osservare oggi di fronte alla globalizzazione dei mercati e al moltiplicarsi delle relazioni multiculturali in assenza di un'autorità mondiale.

La presenza massiccia ed eloquente nel nostro dibattito giusfilosofico attuale di nozioni tradizionali come *rule of law* e *jus gentium* testimonia l'esigenza di equilibrio costituzionale che appare il tratto caratteristico della nostra epoca.

3. A partire dal tema costituzionale la nozione di equilibrio sembra in questa fase connotare l'intera dimensione giuridica sostituendosi alla nozione di certezza con un mutamento di paradigma di cui abbiamo piena consapevolezza, anche se avvertiamo la mancanza di nuove categorie adeguate a una sua esatta valutazione<sup>29</sup>. Sappiamo che il diritto ha smarrito talune prerogative che garantivano in teoria la certezza e che nessun ordinamento intende oggi più presentarsi come un corpo razionale e conchiuso di regole e sappiamo anche che ciò è dovuto a una crisi dello Stato e della legge a cui molteplici fattori, a tutti noti, hanno concorso: dal peso esercitato dalle carte costituzionali contemporanee, che hanno relativizzato e limitato l'ultimatività della decisione politica, alle nuove e più ampie funzioni assunte dallo Stato sociale, che hanno minato la logica razionale delle leggi, alla concorrenza pervasiva delle fonti sovranazionali e transnazionali, che hanno disintegrato il nesso con la volontà unitaria dello Stato.

Ma al di là di tutto questo, l'equilibrio rimanda a un rapporto costitutivo del diritto con ciò che è altro da sé, a una sua dipendenza dal mondo esterno, che non è certo invenzione di oggi, ma che oggi sembra entrare però nei dispositivi teorici da cui era stata esclusa come un cedimento alla naturalità materiale. Che il diritto rinunci all'autosufficienza non vuol dire certo che prima si ritenesse onnipotente, ma semplicemente che adesso la teoria giuridica non pretende più di fissare argini assoluti, ad esempio fra diritto positivo e moralità esterna, o fra diritto e fatto, anche se mira a conservare una propria fisionomia, propri confini epistemologici visibili, di cui la lunga stagione positivista ha svelato tutti i pregi e tutti i limiti. Insomma, se c'è, come ha sostenuto Palombella, un'ambizione forse ancora più grande nella ricerca dell'equilibrio, di quanta ve ne fosse nella visione semplificante della certezza, tuttavia, è un'ambizione non più della teoria, ma solo della pratica per così dire, giacché rispondere alla complessità vuol dire anche disinvestire dalle teorie globali, dalle spiega-

<sup>29</sup> G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari 2006.

zioni compiute, dalla credenza nel valore performativo delle teorie, cioè dall'idea emancipativa secondo cui la teoria fabbrica il proprio oggetto facendolo così trasparente.

Il dominio della giurisprudenza è inseparabile da quello della cultura e della politica, necessita per il proprio *ubi consistam* di scopi condivisi e di cultura comune; la razionalità del diritto non è mai faccenda esclusiva del diritto, per dirla con Habermas, e questa appare una delle accezioni più profonde di quella definizione del diritto come pratica sociale interpretativa che oggi riscuote, se non un consenso, un interesse crescente.

La fine dell'autosufficienza come paradigma etico e scientifico coincide con la crisi di quella «costituzione epistemologica moderna», come l'ha definita Bruno Latour<sup>30</sup>, basata sulle grandi dicotomie: *Sein* e *Sollen*, razionale e irrazionale, oggettivo e soggettivo, formale e sostanziale, privato e pubblico, interno ed esterno, e poi ancora: fatto e diritto, scienza del diritto e politica del diritto, creazione della legge e applicazione della legge. L'esaurimento della spinta performativa dei paradigmi moderni è testimoniata da una sensazione (avallata dallo stesso Latour, ma oggi largamente condivisa) finalmente libera da censure, secondo cui tutto sommato il mondo giuridico non ha mai veramente funzionato in base ai principi della costituzione epistemologica moderna, cioè il diritto non è mai stato un sistema completo e autarchico, la certezza del diritto non è mai esistita nel senso della previsione dell'esito delle controversie, il legislatore non è mai stato il padrone assoluto del diritto, la dottrina ha sempre contribuito alla formazione del diritto seppure silenziosamente; in generale, fatto e diritto non hanno mai avuto vite separate<sup>31</sup>. Senza indulgere a una copiosa, dilagante letteratura del tramonto, del *post* o dell'oltre che finisce per alzare spesse cortine fumogene, va colta qui un'indicazione di grande significato: la riabilitazione degli ibridi della realtà giuridica e politica, delle contaminazioni prima insopportabili fra gli elementi contrastanti del vecchio edificio (il fatto con il diritto; il *Sein* con il

<sup>30</sup> B. LATOUR, *Non siamo stati moderni* (1991), tr. it., Eleuthera, Milano 1995, p. 63.

<sup>31</sup> Ha osservato M. Vogliotti che con il ridimensionamento delle ambizioni gnosologiche e assiologiche della modernità «tornano a fiorire gli ibridi cui la Costituzione moderna aveva sottratto la linfa vitale. Così a fianco della ragionevolezza rispunta tra fatto e diritto, l'equità; tra verità e falsità, la verosimiglianza; tra autorità e ragione, l'autorevolezza; tra soggettività e oggettività, l'intersoggettività; tra autore e lettore, l'interprete; tra verità materiale e verità formale, la verità giudiziale, ossia quella che risulta dall'intreccio – governato dal processo – tra i valori del diritto e i principi metodologici della scienza», cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 25.

*Sollen*; il formale con il sostanziale; l'interno con l'esterno; il privato con il pubblico). Andrebbe qui ricordata come esempio la limpida sequenza con cui Hans Kelsen nel celebre saggio *Il problema della giustizia* costituisce in ossimoro la ragione pratica, spiegando che una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e al tempo stesso vuole, è conoscenza e volontà a un tempo. Pertanto, si tratta di un concetto contraddittorio, che svolge la sua funzione essenziale nelle teorie giusnaturalistiche che hanno un fondamento teologico<sup>32</sup>.

L'interpretazione è uno di questi concetti ibridi, posta al confine tra fatto e diritto; né descrizione, né creazione, né scienza, né politica del diritto. E l'interpretazione torna ora sulla scena dopo aver resistito a un lungo processo di purificazione e disintegrazione<sup>33</sup>.

Effettivamente la storia degli ordinamenti giuridici mostra un movimento pendolare fra legislazione e giurisdizione. Savigny parlò di una vocazione del suo tempo per la legislazione e la scienza giuridica, ma alla fine degli anni '30 del secolo scorso Mariano D'Amelio ne riprendeva l'espressione per riferirla alla codificazione; nel 1979 Natalino Irti scriveva di un'età della decodificazione<sup>34</sup>. Se è così bisogna riconoscere che il nostro tempo manifesta una spiccata vocazione per la giurisdizione. Ci si è espressi in termini di «incontenibile espansione globale del potere giudiziario» nell'epoca contemporanea<sup>35</sup>. Si è diffusa, in forza di quanto si è detto, la convinzione che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice e la sua opera si propone come fonte concorrente di produzione giuridica. Le ragioni sono complesse ma in fondo ben note. Nell'ambito degli ordinamenti nazionali la nascita dei tribunali costituzionali, che ha fatto del Novecento il secolo della giustizia costituzionale, ha rimesso in vigore le valutazioni assiologiche inseparabili dall'applicazione dei principi contenuti nelle costituzioni e ha restituito al momento giurisprudenziale la sua centralità<sup>36</sup>. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto ha moltiplicato i compiti del legislatore e ha determinato un'inflazione legislativa pa-

<sup>32</sup> H. KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), tr. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1975, p. 75.

<sup>33</sup> M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 19.

<sup>34</sup> N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1/2004, pp. 42 e ss.

<sup>35</sup> G. SILVESTRI, *Verso uno jus comune europeo dei diritti fondamentali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65. In tema, J. ALLARD e A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil 2005.

<sup>36</sup> G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.

radossalmente foriera di un incremento dei poteri del giudice e, accanto a questa, un'inerzia talvolta colpevole, talaltra comprensibile e inevitabile, che ha trasmesso alla giurisdizione funzioni suppletive di crescente rilevanza. Fenomeni che conosciamo bene, così come appare evidente oggi che la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione si esalta soprattutto al di fuori del perimetro degli ordinamenti nazionali, dove spesso ha contribuito all'evoluzione del diritto internazionale, affermando principi successivamente adottati normativamente, e nel contesto sovranazionale, dove il dialogo tra le corti spinge a considerare gli ordinamenti entro un certo ambito come spazi aperti e comunicanti. Non vi è chi non veda come questo rinnovato ruolo di eminenza della giurisdizione metta in crisi (o faccia rilevare la crisi) delle istituzioni politiche e, su un piano diverso, proponga problemi delicati in relazione ad alcuni profili tradizionali della cultura giuridica moderna, quali la certezza del diritto o la natura della conoscenza giuridica. Ma è altrettanto evidente che ci troviamo di fronte a un fatto con il quale qualunque teoria deve misurarsi, pena una sterile riproduzione di categorie ambientate in altre epoche e oggi non più convincenti.

4. La riabilitazione degli ibridi, la vocazione per la giurisdizione e la crisi del diritto come certezza trovano una manifestazione significativa nelle teorie dell'argomentazione giuridica, che oggi vanno assumendo una posizione centrale nel dibattito giusfilosofico. Si tratta di tesi fra loro eterogenee quanto si vuole e che presentano proposte differenti<sup>37</sup>, ma probabilmente hanno un nucleo comune, che è racchiuso nella considerazione del ragionamento giuridico come una prospettiva privilegiata da cui analizzare il fenomeno giuridico. In questa visione il diritto non ha un'esistenza distinta dal complesso di ragionamenti interpretativi e argomentativi necessari alla sua realizzazione, né può essere identificato, se non in modo sommario, a prescindere dalle attività applicative. Si promuove così una concezione non oggettualistica<sup>38</sup>, secondo cui il diritto non è un insieme di re-

<sup>37</sup> A. AARNIO, R. ALEXI e A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), tr. it. a cura di P. Comanducci e R. Guastini in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino 1981; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M.La Torre, Giuffrè, Milano 1998; R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), tr. it. a cura di S. Frega, Il Saggiatore, Milano 1989; N. MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it. a cura di V. Villa e A. Schiavello, Giappichelli, Torino 2001.

<sup>38</sup> S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Sonneria Mannelli 2002; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi*

gole o di oggetti normativi, quanto piuttosto un'attività, in particolare un'attività sociale di natura interpretativa e argomentativa, che consiste nel reperire anche (ma non solo) sulla base di regole generali una soluzione per i casi di specie e in cui, pertanto, l'individuazione della norma da applicare dipende anche dai processi argomentativi, in cui le pratiche del ragionamento (attività tese a dare significato alle proposizioni normative oppure tese a giustificare le scelte interpretative) risultano altrettanto importanti delle disposizioni normative.

Tale opzione è fondamentale e ha carattere preliminare affinché le pratiche giuridiche sprigionino tutte le risorse e le potenzialità di cui sono capaci per mitigare gli squilibri e gli effetti discriminatori provenienti dalla politica e dall'economia. Così il diritto può mostrare la propria attitudine ordinante.

Il ragionamento giuridico dal canto suo è concepito come un processo non interamente dimostrativo, limitatamente formalizzabile, le cui conclusioni non sono completamente prevedibili; esso fa uso della ragione pratica, che presuppone le regole della logica formale, ma non si esaurisce in queste, avvalendosi di concetti logicamente non stringenti, come la congruenza, l'analogia, la generalizzabilità, la reciprocità, l'accettabilità delle conseguenze, la ponderazione e il bilanciamento. La razionalità pratica richiede presupposti materiali, cioè non è indipendente dai contenuti ed è ermeneuticamente orientata, cioè è tesa a comprendere le manifestazioni della vita culturale. In tal senso essa non può assicurare che un concetto debole di certezza, non può fornire una prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche delle azioni, ma soltanto una certa, limitata controllabilità dei processi decisionali, che non è più soltanto giuridica ma anche razionale. L'atteggiamento qui sotteso consiste nell'accettare tanto il valore della legalità quanto quello della razionalità della decisione; la certezza è sicuramente un valore caratterizzante, non rinunciabile, tuttavia non è assoluto e può essere bilanciato con altri ideali potenzialmente contrastanti con essa. La giustificazione avviene anche con il concorso dei principi fondamentali dall'ordinamento e questi, a loro volta, sono ricavati in base a parametri razionali condivisi in una data società. Così, la struttura del ragionamento include costitutivamente alcuni punti di partenza del discorso offerti dai presupposti e dalle credenze effettivamente condivise dai partecipanti, considerati nella situazione storica in cui si trovano, nella loro realtà effettiva. Questa base iniziale è indipendente dalla procedura e i suoi esiti, pertanto, non di-

pendono soltanto dalle regole del discorso ma anche dalle convinzioni dei soggetti partecipanti.

Quando afferma che «la teoria dell'argomentazione giuridica sfocia nella filosofia del diritto e nella filosofia pratica generale», Robert Alexy<sup>39</sup> fonda il suo asserto sulla convinzione che gli argomenti istituzionali del diritto (linguistici, genetici, sistematici) non sono auto-sufficienti, ma hanno bisogno di essere orientati da valutazioni materiali. E di ciò la teoria intende prendere atto. Analogamente Neil Mac Cormick richiama l'attenzione sull'importanza delle giustificazioni di secondo livello che, in ogni questione minimamente complessa, richiedono «controlli che hanno a che fare con ciò che fa senso nel mondo e nel sistema»<sup>40</sup>, invocando argomenti consequenzialisti, eminentemente valutativi.

Cosicché ristabilire un legame concettuale tra sfera giuridica e sfera pratica razionale (c.d. *Sonderfallthese*) vuol dire, nel contempo, riattivare quella corrispondenza della materia con la forma» di cui parlava Kaufmann,<sup>41</sup> per la quale i contenuti provengono dall'esperienza, per la buona ragione che nessun discorso può provocare la verità di qualcosa, se alla sua base non vi è già qualcosa di condiviso. Kaufmann diceva che è difficile argomentare sulle condizioni dell'argomentazione, nel senso che la verità nell'ambito normativo non può formarsi solo attraverso la procedura, anche se certamente si forma nella procedura. La conoscenza è sempre un prodotto dell'attività di chi conosce, ma non è un suo prodotto esclusivo e anche per questo i contenuti provenienti dall'esperienza conservano un valore sempre relativo, basato su considerazioni ulteriori, non dimostrate, ma argomentate in maniera circolare.

La razionalità pratica presupposta dalla teoria dell'argomentazione giuridica si esprime mediante la ragionevolezza, che per definizione è un concetto elusivo, sfuggente ai tentativi di formalizzazione<sup>42</sup>, ma

<sup>39</sup> R. ALEXI, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1996, pp. 64 e ss.; spec. p. 66.

<sup>40</sup> N. MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico...*, cit., p. 125.

<sup>41</sup> A. KAUFMANN, *La filosofia del diritto oltre la modernità*. (1990), in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003, pp. 295 e ss.

<sup>42</sup> *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2002; F. VIOLA, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «Persona y Derecho», 46/2002, pp. 35 e ss.; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in «Digesto delle discipline pubblicistiche», vol. XII, Utet, Torino 1997, pp. 341 e ss.; S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano 2008.

che ciò nonostante si è fatto strada fino a diventare una componente non marginale della teoria del diritto.

Occorre ancora una volta partire dal profilo costituzionale. I giudici costituzionali sottopongono le leggi a verifiche di razionalità materiale basate sull'idoneità a realizzare obiettivi di benessere sociale, nel rispetto di criteri di eguaglianza tra i cittadini, di proporzionalità e adeguatezza tra mezzi e fini e di congruenza con i principi fondamentali del sistema giuridico. In termini di ragionevolezza sono giustificati i giudizi di valore che i giudici sono costretti a formulare a partire da un principio di universalizzabilità che è il carattere saliente del giudizio morale come giudizio pratico<sup>43</sup>.

Come è noto, il giudizio di ragionevolezza è sorto nell'ambito di un ripensamento dell'eguaglianza come categoria costituzionalistica; in particolare, dalla dissociazione tra eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo ed eguaglianza intesa come giustificabilità della discriminazione, e pertanto, come ragionevolezza, sul presupposto che in uno Stato costituzionale non bastasse più un concetto assiologicamente neutrale, ma servisse valutare l'effettiva omogeneità delle situazioni considerate. Su questa strada il giudizio di ragionevolezza si è emancipato da quello di eguaglianza, andando a esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori costituzionali, nonché l'eventuale sproporzione tra i mezzi adoperati e i fini perseguiti; fino alla risoluzione dei conflitti tra valori costituzionali medesimi nel momento della loro concretizzazione<sup>44</sup>. Nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 15/1960 si leggeva: «Il principio di eguaglianza risulta violato anche quando la legge, senza ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazioni eguali»; ma nella sentenza n. 284/87 il vincolo con

<sup>43</sup> P. WINCH, *Ethics and Actions*, Routledge & Kegan Paul, London 1972, p. 151: «(...) we cannot judge an action to be right for A and wrong for B, unless we can find in the natures or circumstances of the two some differences which we can regard as a reasonable ground for difference in their duties». Secondo John Rawls, che ha valorizzato il concetto di ragionevolezza nella teoria politica nell'ottica di una giustificazione pubblica, il ragionevole è pubblico in un senso in cui il razionale non lo è (J. RAWLS, *Liberalismo politico*, tr. it., a cura di A. Ferrara, Edizioni Nuova Cultura, Roma, p. 46), in quanto uno dei tratti del ragionevole (e non del razionale) è l'idea della reciprocità, di poter ragionare pubblicamente in condizioni di reciprocità sulla base di premesse comuni. Scrive Rawls: «Nella misura in cui siamo ragionevoli, noi siamo disposti a costruire l'impianto di base del mondo sociale pubblico, che ognuno, secondo una previsione ragionevole, potrà far proprio, e sulla cui base potrà agire, purché sia possibile aver fiducia che anche gli altri faranno lo stesso(...)», *ibidem*.

<sup>44</sup> F.P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, a cura della Corte Costituzionale, Roma 1994, pp. 10 e ss.

il giudizio di eguaglianza è già sciolto: «non è più il principio di eguaglianza che di per sé opera, quanto il principio di ragionevolezza, che può essere violato anche al di fuori del confronto tra due norme».

Se sul terreno costituzionale il criterio di ragionevolezza ha assunto una rilevanza e una visibilità considerevoli, essa non si limita più oramai a esprimere una prerogativa del giudice costituzionale (o di qualsiasi altro giudice), ma si eleva al livello di garanzia interna allo Stato costituzionale di diritto, necessaria a governare i giudizi di valore espressi dai poteri pubblici, siano essi legislativi o giudiziari. È stato notato che la rilevanza del principio di ragionevolezza non può essere limitata al momento della patologia (al sindacato di legittimità), pena il disconoscimento della sua portata architettonica, vale a dire della sua capacità di plasmare dall'interno il sistema dei pubblici poteri<sup>45</sup>.

Se per ragionevolezza intendiamo l'accettabilità razionale di una decisione o di un'interpretazione (data dalla correttezza del procedimento e dalla non contrarietà dei contenuti a un set di principi fondamentali), essa entra in azione in ogni momento della vita del diritto<sup>46</sup>, ogni qual volta il sistema giuridico formale domanda di sintonizzarsi con la forma di vita di una comunità storica. Ed è pertanto molto più di una tecnica di adeguamento, in quanto modalità mediante cui i valori costituzionali trovano applicazione, ma rappresenta essa medesima un valore importante dell'ordinamento. In generale, non è un caso che la teoria giuridica più recente e più avveduta, al di là delle differenze di orientamento culturale o ideologico, veda sempre più nel diritto una rete, un arsenale di ragioni tenute insieme, non più da rigidi supporti di deduzione e di delegazione, al modo delle dottrine tradizionali del giuspositivismo, bensì «da più elastiche relazioni di giustificazione»<sup>47</sup>.

Il discorso fin qui svolto, seppure per linee scarse, conduce dal

<sup>45</sup> L. D'ANDREA, *Contributi ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; Id., *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 231 e ss; specialmente p. 231: «Del resto, non può non cogliersi che la stessa ampia (anzi, ormai dirompente) diffusione del controllo giurisdizionale di ragionevolezza sull'esercizio del pubblico potere in tanto può aversi in quanto una siffatta istanza si sia stabilmente insediata al cuore della dimensione normativa dell'autorità pubblica».

<sup>46</sup> A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987.

<sup>47</sup> Così sinteticamente quanto persuasivamente M. BARBERIS, *Europa del diritto*, il Mulino, Bologna 2008, p. 305, il quale aggiunge: «I nomi di queste relazioni sono familiari ai giuristi da secoli: universalizzazione, astrazione, specificazione, concretizzazione, analogia, argomento *a contrario*, e così avanti».



pluralismo alla ragionevolezza, stabilendo un nesso che è meno di una coppia concettuale ma più di una semplice suggestione. È una linea interpretativa che emerge con una certa forza nel momento in cui il vigore dei fenomeni sociali che hanno segnato il Novecento giuridico (la riemersione della società) investe anche la dimensione culturale, in un tempo come il nostro che è tempo di ripensamenti<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. VII.



# *La giustizia, tra prospettiva domestica e istanze globali*

di Isabel Trujillo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giustizia domestica vs. giustizia globale? – 3. Relativamente al «chi» della giustizia. Sulla dicotomia stato/individuo. – 4. Relativamente al «perché» della giustizia. Sulla dicotomia domestico/globale. – 5. Relativamente al «che cosa». Sulla dicotomia sufficientarismo/egualitarismo. – 6. Relativamente al «come» della giustizia. Sulla dicotomia diritto/politica.

## 1. *Introduzione*

Tra le categorie filosofico-giuridiche che sfuggono sempre più alla logica dicotomica o binaria e che risultano più comprensibili alla luce della logica polare<sup>1</sup> vi è una che spesso il filosofo del diritto tende a ritenere non del tutto pertinente con la propria riflessione e che preferisce ricondurre (per una serie di ragioni o di pregiudizi) alla filosofia politica: è il caso della giustizia. La convinzione che la giustizia appartenga alla filosofia politica e non a quella giuridica si accorda bene, per esempio, con l'idea che tutto il diritto positivo sia di origine «politica» e che soltanto prima, alla sua origine, o dopo, da un punto di vista esterno, sia lecito porsi la domanda se sia giusto o meno.

Per ritenere insufficiente questa tesi non è necessario scomodare il giusnaturalismo; basta constatare che non tutto il diritto esistente trova origine nella espressione della volontà politica delle comunità che assumono la forma di «stati nazionali». Si pensi alla consuetudine come fenomeno giuridico, al diritto giurisprudenziale delle corti internazionali, oppure a quelle forme di diritto che problematicamente denominiamo *soft law*. In tutti questi casi, è ovviamente in gioco la giustizia.

A ben guardare, la stessa convinzione che la giustizia appartenga alla filosofia politica, e non a quella giuridica, è il risultato dell'applicazione di categorie epistemologiche dicotomiche. Il giuridico è o

<sup>1</sup> Cfr. relazione di G. ZANETTI, *Individui situati e trasformazioni del diritto*.

non è, secondo una logica binaria. Esso si dà soltanto quando c'è lo stato (le sue regole e le sue procedure); né il diritto internazionale inteso come diritto interstatale smentisce questa tesi. La filosofia giuridica dovrebbe allora occuparsi di riflettere sui caratteri del diritto così «posto», senza curarsi di ciò che viene prima del diritto, le dinamiche e i criteri della sua formazione, il tipo di relazioni che sancisce (che sarebbero pertinenti ai rapporti tra diritto e politica), da un lato, né dei criteri per giudicare il diritto (che sarebbero attinenti ai rapporti tra diritto e morale), dall'altro. Diritto e politica e diritto e morale attengono alle relazioni del giuridico con l'altro da sé.

In perfetto accordo con queste idee, è stata accolta con favore la tesi secondo cui la giustizia è la principale virtù delle istituzioni politiche<sup>2</sup>. Ciò nondimeno questa definizione è riduttiva rispetto allo spettro semantico della giustizia. È ragionevole sostenere che la giustizia sia (anche) la virtù delle relazioni interindividuali.

Com'è noto, la tesi rawlsiana prima richiamata poggia sulla identificazione tra giustizia e giustizia distributiva, che già la tradizione aveva ridotto a tipica relazione tra lo stato e gli individui<sup>3</sup>. E, tuttavia, questa riduzione non è giustificata per due ordini di ragioni. Da un lato, la giustizia distributiva non esaurisce il contenuto della giustizia *tout court*; dall'altro, la giustizia distributiva può ritenersi pure pertinente alle relazioni tra individui<sup>4</sup>. Accettando la tesi di fondo, invece, alcuni hanno dedotto che la giustizia propriamente giuridica sia quella commutativa e riparatrice<sup>5</sup>, mentre la giustizia distributiva si configura come giustizia «politica»<sup>6</sup>.

Molte di queste schematizzazioni sono messe in discussione nel vivacissimo dibattito attuale. Si propongono teorie della giustizia distributiva da applicare alle relazioni tra individui (si pensi all'utilitarismo a livello globale<sup>7</sup>); si studiano i meccanismi di una giustizia correttiva o riparatrice di carattere politico (la *transitional justice*<sup>8</sup>);

<sup>2</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, O.U.P., Oxford 1999 (2<sup>nd</sup>), § 1.

<sup>3</sup> La tesi deriva dalla lettura distorta dell'opera di Tommaso d'Aquino ad opera del cardinale Caietano, *Commentaria in Secundam Secundae Divi Thomae de Aquino* (1518), II-II, q. 61, a. 1. Un commento interessante in J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1992), a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996, pp. 198 ss.

<sup>4</sup> R. ALEX, *La giustizia come correttezza*, in «Ragion pratica», 9, 1997, pp. 103-113.

<sup>5</sup> A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Giuffrè, Milano 1997, p. 195.

<sup>6</sup> Tra le tante ricostruzioni, cfr. G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Studium, Roma 1959 e E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Giuffrè, Milano 1977.

<sup>7</sup> P. SINGER, *One World. L'etica della globalizzazione* (2002), tr. it. di P. Cavalieri, Einaudi, Torino 2003.

<sup>8</sup> J.E. MENDEZ, *Accountability for Past Abuses*, in «Human Rights Quarterly».

si contaminano le prospettive della giustizia distributiva e riparatrice<sup>9</sup>.

Prima di passare al piano delle concezioni della giustizia, bisognerebbe discutere del concetto di giustizia, cosa che qui non è possibile fare in maniera adeguata. Lascio sullo sfondo la convinzione che la giustizia sia il dover essere delle relazioni tra individui di pari dignità, e non di pari potere contrattuale. Il contenuto di tale dover essere è una proporzionalità che chiamiamo eguaglianza. Questa definizione, pur essendo molto generica, dà ragione sia della giustizia correttiva o riparatrice, sia anche della giustizia distributiva e rende problematiche alcune concezioni della giustizia, quali le teorie utilitariste che non considerano il valore della persona per se stessa, oppure le teorie contrattualiste «pure», che insistono sul potere contrattuale<sup>10</sup>. Essa esclude inoltre l'idea che la giustizia sia l'utile del più forte.

Il presente intervento si deve limitare ad un aspetto molto più circoscritto della problematica attuale della giustizia: quello dei suoi confini, del suo dominio di applicazione. L'obiettivo è quello di verificare l'ipotesi elaborata da Gianfrancesco Zanetti sulla minore capacità di spiegazione della logica dicotomica rispetto alla logica polare. Il dibattito sulla giustizia appare un interessante banco di prova per saggiare la tenuta del quadro epistemologico generale prima delineato, senza però nascondere le difficoltà che il cambiamento di prospettiva determina.

L'aggiunta alla riflessione di carattere generale prima esposta è che la tentazione di schematizzare in dicotomie binarie risponde in molti casi a una forma di riduzionismo. La logica dicotomica è il risultato, in ultima analisi, dell'applicazione di un unico criterio di definizione,

19, 2, 1997, pp. 255-282 e P. LUNDY e M. MCGOVERN, *Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up*, in «Journal of Law and Philosophy», 35, 2, 2008, pp. 265-292.

<sup>9</sup> Per esempio, T.W. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge 2002. L'autore applica a livello globale il principio del danno – che risponde alla logica correttiva – sulla base però di un'imparziale distribuzione di diritti.

<sup>10</sup> Si deve qui distinguere tra le prospettive contrattualiste quelle ispirate al mutuo vantaggio e quelle ispirate alla reciprocità. Per le prime, cfr. D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford 1986; per il criterio della reciprocità, cfr. J. RAWLS, *Il diritto dei popoli* (1999), a cura di S. Maffettone, Edizioni di Comunità, Torino 2001, § 1.2. Sul conflitto tra la logica dell'imparzialità e quella contrattualista cfr. A. GUTMANN e D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement. Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge & London 1996 e B. BARRY, *Teorie della giustizia* (1989), tr. it. di G. Rigamonti, il Saggiatore, Milano 1996.

del quale si costata la presenza o l'assenza; la realtà, invece, è molto più complessa. Sotto il profilo disciplinare si noterà che il dibattito «filosofico-politico» di riferimento non è comprensibile se non alla luce di alcune tesi «filosofico-giuridiche».

## 2. *Giustizia domestica vs. giustizia globale?*

Il dibattito attuale sulla giustizia si gioca tra due alternative: le concezioni della giustizia «domestica» e le concezioni della giustizia «globale». I teorici della giustizia domestica sostengono che l'estensione della giustizia coincida con i confini della comunità politica. I teorici della giustizia globale ritengono che la giustizia riguardi il mondo come un tutto e si estenda anche oltre le frontiere<sup>11</sup>. Già questa schematizzazione fa pensare all'ennesima dicotomia binaria, sebbene – come si vedrà – le cose non stiano proprio così. La logica polare potrebbe condurre verso la coniugazione delle due posizioni. L'obiettivo di queste pagine è quello di mostrare la maggiore intellibilità dei problemi e delle soluzioni a partire dalla logica polare.

In ciò che segue ci si limiterà a fare alcune considerazioni schematiche sul piano 1) del «chi» della giustizia (dei soggetti coinvolti nel problema della giustizia o della sua «unità di base»); 2) del «perché» della giustizia (delle argomentazioni e giustificazioni a favore o contro una certa estensione della giustizia); 3) del «che cosa» o dei criteri della giustizia a livello domestico e a livello globale; ed infine 4) del «come» della giustizia (cioè delle sue applicazioni).

Per ciascuno di questi aspetti ho identificato una dicotomia di partenza, che però risulta difficile mantenere. La logica polare, invece, conduce alla coniugazione tra la giustizia domestica e quella globale.

## 3. *Relativamente al «chi» della giustizia. Sulla dicotomia stato/individuo*

La prima delle dicotomie binarie con cui si incontra chi si accosta al dibattito sulla giustizia è quella tra giustizia statale/giustizia internazionale<sup>12</sup>, che si riferisce al problema del soggetto della giustizia.

<sup>11</sup> Si farà riferimento solo ad una delle possibili frontiere della giustizia, quella cioè dell'estensione della giustizia oltre gli «accidenti» di nascita e di nazionalità. Per una prospettiva più ampia, cfr. M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2006.

<sup>12</sup> Alcuni approcci intermedi possono essere ricondotti alla dicotomia di partenza,

Un noto esempio dell'assunzione di questa dicotomia si trova in John Rawls, che distingue due posizioni originarie, due concezioni delle parti, due sistemi di principi di giustizia, distinguendo l'ambito domestico da quello internazionale. La giustizia domestica è la giustizia in cui gli individui, dietro il velo di ignoranza, scelgono principi razionali di giustizia sulla base del proprio interesse e nell'ignoranza di alcuni dati che determinerebbero un vantaggio sul piano del potere contrattuale. La giustizia internazionale è quella individuata dai rappresentanti dei popoli, che sono interessati al vantaggio della collettività e non a quello personale. La distanza tra i risultati dei due approcci è tale che nessuno dei principi che si trovano necessariamente nell'ambito statale si riscontra nell'ambito internazionale. Non solo il principio della massima libertà per tutti viene fortemente limitato in ambito internazionale<sup>13</sup>, ma del principio di differenza, che introduce a livello domestico una forte spinta verso l'eguaglianza, esigendo che le inevitabili differenze emergenti da un sistema di libertà siano a vantaggio di coloro che stanno peggio, viene addirittura negata la pertinenza<sup>14</sup>.

Al di là delle questioni sulla coerenza della dottrina rawlsiana, e sul suo interesse, si deve però constatare che lo schema si attaglia troppo ad una lettura riduttiva delle relazioni internazionali, che pure sono molto più articolate di quanto appaia a prima vista. Non si vuole entrare qui nella discussione sui «soggetti» del diritto internazionale, che gli internazionalisti continuano a ritenere principalmente gli stati; piuttosto interessano i soggetti della «giustizia» internazionale. Questi ultimi sono molti e diversificati: vi sono stati nazionali, organizzazioni sovranazionali, istituzioni internazionali, ma anche individui, che entrano in relazioni di giustizia e che partecipano alla costruzione dei principi di giustizia, da diverse ottiche e con diverse metodologie.

Dietro la caparbia dicotomia statalismo/internazionalismo si riscontra una tesi filosofico-giuridica importante, che rafforza la tesi statalista del diritto prima ricordata, aggiungendo nuovi elementi. Il punto di partenza è costituito da alcune argomentazioni di carattere realistico certamente rilevanti per un'utopia realistica<sup>15</sup> ma comunque

per esempio quello transnazionale (che sostanzialmente parte dal dato statale). O. O'NEILL, *Faces of Hunger. An Essay on Poverty, Development and Justice*, Allen & Unwin, London 1986 e ID., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reason*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

<sup>13</sup> J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., § 8.2, nota 2.

<sup>14</sup> *Ivi*, § 16.

<sup>15</sup> *Ivi*, § 1.

particolarmente importanti per la giustizia internazionale<sup>16</sup>: chi potrà assicurare la realizzazione della giustizia al di fuori di chi esercita il monopolio della forza?

In ultima istanza – si risponde – l'unità di base della giustizia internazionale non può che essere il popolo-stato<sup>17</sup>, dove si danno sia una certa unità valoriale, sia l'esercizio della forza in regime di monopolio. Un diritto non sostenuto da sanzioni e non capace di dire l'ultima parola su una controversia non è pienamente diritto. La dicotomia statalismo/internazionalismo della giustizia viene dunque ricondotta ad opera del pensiero realistico alla convinzione che solo il diritto dello stato è diritto e che – nello stato – è proprio il potere sanzionatorio a determinare il giuridico. Proprio perché la giustizia è legata al giuridico inteso in quel modo, essa deve limitarsi alla sfera domestica.

Esiste però un'alternativa. Essa scaturisce dal metodo della «analogia domestica», quello cioè che ritiene che perché si dia la giustizia a livello internazionale si devono realizzare le stesse condizioni che si realizzano a livello domestico, che in ultima analisi non è che la riduzione ad uno dei corni della dicotomia. La coerente conclusione è allora che si darà una giustizia globale in un eventuale stato mondiale. L'ipotesi di uno stato mondiale è ragionevolmente da temere, per cui – ancora una volta – è preferibile sostenere l'impossibilità della giustizia oltre le frontiere.

L'unica via di uscita all'*impasse* sembra essere allora quella di ripiegare su concezioni universalistiche in cui l'unità di *moral concern* è l'individuo<sup>18</sup>. Qui il problema è inverso, ma tendente alla stessa conclusione riduzionista. Una giustizia che coinvolge esclusivamente l'individuo non è in grado di catturare il valore delle affiliazioni e delle appartenenze, che pure sono elementi da sottoporre al vaglio della giustizia. Questa volta la dicotomia potrebbe esprimersi anche nella forma «universalismo vs. relazioni speciali».

Il problema di fondo, infatti, è quello della eventuale giustificazione della preferenza per i connazionali. È ragionevole sostenere che vi sono dei vincoli e delle circostanze che giustificano una preferenza verso alcuni soggetti, quali i propri familiari e i propri concittadini.

<sup>16</sup> D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 2002.

<sup>17</sup> Si trascurerà la precisazione rawlsiana in proposito. J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., § 2.

<sup>18</sup> Si può pensare sia al cosmopolitismo morale di Pogge, che è una forma di universalismo (*op.cit.*), sia anche l'utilitarismo di Singer, il quale, a differenza dell'utilitarismo classico, identifica l'unità delle preferenze utilitaristiche nell'individuo (*op.cit.*).



Talvolta questa preferenza assume la forma di un dogma<sup>19</sup>, di un presupposto a partire dal quale si inizia a ragionare, ma che non viene mai messo in discussione, per il suo carattere «naturale». Il dogmatismo della preferenza è veicolato da sentimenti o da dati di fatto: si sostiene che l'essere umano funziona così, che altrimenti si richiede una forma di eroismo morale, che i sentimenti di egoismo e di limitata generosità sono quelli che spingono la ragion pratica<sup>20</sup>. Nel prossimo punto analizzeremo gli argomenti a favore o contro questa tesi.

Al di fuori dell'ipotesi di negare alcuna rilevanza alle relazioni con i connazionali – posizione in realtà residuale in tale dibattito – e dunque nell'alveo di una logica polare, resta la possibilità di prendere in considerazione oltre alle ragioni per i connazionali *anche* le ragioni a favore di quelli che non sono connazionali<sup>21</sup>. Ciò implica la costruzione della relazione di preferenza per i connazionali come una relazione di priorità non esclusiva a parità di condizioni rispetto alle relazioni con gli altri esseri umani. Costruito così il ragionamento pratico, se dovessero sussistere ragioni forti a favore degli altri esseri umani, l'esito possibile potrebbe essere quello di dover preferire coloro che *non* condividono con noi la cittadinanza. In quest'ottica, la giustizia si configura come una relazione variabile, come una gerarchia mobile che riconosce un peso alle affiliazioni e alle appartenenze, ma che identifica nell'appartenenza all'umanità una ragione concorrente con quelle preferenze, per lo meno, a certe condizioni.

A partire dalla dicotomia stato/individuo non è possibile comprendere ciò che è in gioco nella questione della giustizia globale. L'unità di base della giustizia non è lo stato, né quello nazionale né quello mondiale; non sono gli individui astrattamente considerati, ma sono gli individui situati e calati in relazioni di diversa portata, che hanno un significato rilevante per la giustizia.

<sup>19</sup> In senso critico, si è parlato della «magia» di cui è portatore il pronome «mio», che fa sì che tutto ciò che è tale assuma una rilevanza morale per il semplice fatto che è proprio. Cfr. R. GOODIN, *What is so Special about our Fellow Countrymen?*, in «Ethics», 4, 1998, pp. 663-686. La questione ha origine in W. GODWIN, *Enquiry concerning Political Justice* del 1798, citato in D.H. MONROE, *Godwin's Political Philosophy*, O.U.P., Oxford 1953, p. 9.

<sup>20</sup> La logica dei sentimenti si trova in D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, in ID., *Opere*, tr. it. di A. Carlini, Laterza, Bari 1971, parte seconda, sezione prima, pp. 504 e ss. Per l'argomento dell'eroismo morale cfr. D. MILLER, *On Nationality*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 57.

<sup>21</sup> Non ultima, la percezione delle diseguaglianze estreme a livello mondiale come un comune senso di ingiustizia. S. GOSEPATH, *The Global Scope of Justice*, in T.W. POGGE (ed.), *Global Justice*, Blackwell, Oxford 2003, p. 158.

#### 4. *Relativamente al «perché» della giustizia. Sulla dicotomia domestico/globale*

Il dibattito contemporaneo è ricco di argomentazioni a favore e contro gli approcci domestico e globale. I sostenitori della giustizia domestica argomentano a favore della preferenza per i connazionali; i fautori della giustizia globale portano ragioni per la insostenibilità di tale preferenza. Un esempio di quest'ultima posizione si riscontra nella posizione utilitarista, che ovviamente non può attribuire una rilevanza all'utilità di questo o di quello, perché si tratta sempre di utilità e di individui; oppure nelle forme del cosmopolitismo morale.

Diversamente da quanto potrebbe dedursi, però, l'uso che i teorici della giustizia domestica fanno della espressione «preferenza» suggerisce l'idea che non si possa negare una qualche rilevanza per la giustizia a chi non è connazionale. In effetti, la tesi di questi è che nell'ambito domestico e nell'ambito globale il contenuto della giustizia è diverso, o che si tratta di due tipi di giustizia diverse. Si analizzeranno qui gli argomenti e nel prossimo punto il contenuto della giustizia.

Il primo argomento a favore della giustizia domestica è quello del «particolarismo». La giustizia – se non vuole restare un ideale astratto – deve essere contestualizzata e deve fare riferimento a principi che si attagliano bene agli ambiti di riferimento. Nella formulazione resa famosa da Michael Walzer, la giustizia (distributiva) non può rinunciare a porre attenzione al significato che particolari beni hanno per particolari gruppi di persone. La comunanza di valori e di significati che presuppone la giustizia si può dare soltanto nel dominio domestico, pertanto il suo ambito naturale è la comunità politica statale, mentre un'unità valoriale risulta impossibile (o sconveniente) a livello globale e, se si dovesse dare, sarebbe sospetta di imperialismo<sup>22</sup>.

Un secondo argomento o, per meglio dire, un grappolo di argomenti ruota attorno alle idee di autonomia dell'individuo, di consenso, di partecipazione: i soggetti della giustizia, cioè coloro che devono individuare i beni da distribuire e i criteri in base ai quali essi devono essere ripartiti, non possono che essere gli stessi soggetti interessati all'allocazione o comunque coinvolti nella distribuzione. Anche questa volta, si nota che l'ambito naturale del coinvolgimento attivo dei soggetti nella formulazione dei criteri di giustizia fino ad ora è stato quello nazionale o domestico<sup>23</sup>. Non si

<sup>22</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), Laterza, Roma-Bari 2008 (2ª ediz.), p. 2.

<sup>23</sup> A sostenere queste idee sono in molti. Uno tra tanti, sul problema dei diritti

vede come si possa realizzare una partecipazione degli individui a livello globale<sup>24</sup>.

Come corollario di quest'ultima idea ed ulteriore argomentazione si può sostenere che, dato che i principi di giustizia si concreteranno in istanze normative vincolanti che limitano la libertà degli individui, solo quei sistemi di coercizione che sono il prodotto di procedure di legittimazione democratica e che dunque danno un corso adeguato all'autonomia degli individui possono essere sedi di elaborazione di principi di giustizia (argomento della coercizione)<sup>25</sup>.

La plausibilità di queste ragioni è (purtroppo o per fortuna) controversa.

L'argomento del particolarismo portato all'estremo richiederebbe che il contesto della giustizia sia individuato in ambiti più ristretti e in entità minori e più vicine al soggetto della giustizia di quanto sia lo stato, che talvolta appare essere lontano dagli individui e non in grado di valorizzare le specificità dei contesti locali<sup>26</sup>. Ciononostante, il contesto domestico risulta essere una proiezione più ampia dell'ambito prettamente locale. Non sempre infatti il contesto domestico corrisponde a regioni uniformi dal punto di vista dei valori comuni<sup>27</sup>. Se i contesti particolari si integrano nei contesti nazionali, non si vede perché non si possa pensare anche a integrazioni regionali e perfino ad una giustizia globale. Del resto, è certamente controverso come debba essere concepita la dimensione spaziale di una comunità politica: sia i grandi stati, sia i piccoli stati possono essere internamente

sociali: M. SAWARD, *The Terms of Democracy*, Polity Press, Cambridge 1998, pp. 94 e ss.

<sup>24</sup> Per la verità, anche su questo punto bisognerebbe abbandonare il metodo dell'analogia domestica. Cfr. D. HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge 1995. Il paradosso della democrazia, che consiste nel fatto che coloro sui quali ricadono le conseguenze delle norme di esclusione non possono per definizione prendere parte alla loro formulazione, è stato acutamente analizzato da S. BENHABIB, *Cittadini globali* (2006), tr. it. di V. Ottonelli, Il Mulino, Bologna 2008.

<sup>25</sup> M. BLAKE, *Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy*, in «Philosophy & Public Affairs», 30, 3, 2001, pp. 257-296.

<sup>26</sup> A questo proposito bisognerebbe fare riferimento al principio di sussidiarietà, che sta assumendo un'importanza cruciale nel diritto internazionale e nell'articolazione degli ordinamenti giuridici. Rimando agli studi recenti di F. Viola, in particolare al saggio *Il principio di sussidiarietà tra giustizia locale e giustizia globale*, che uscirà sul primo fascicolo di «Ragion pratica» del 2009.

<sup>27</sup> Senza pensare alla diversificazione trasversale di gruppi e categorie come possono essere le donne. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Women and theories of global justice: our need for new paradigms*, in D.K. CHATTERJEE (ed.), *The Ethics of Assistance. Morality and The Distant Needy*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, pp. 147-176.

frazionati e frastagliati oppure unitari e omogenei, sia sotto il profilo del significato da riconoscere ai beni, sia sotto il profilo dei criteri per la distribuzione.

Una esemplificazione di questo dinamismo (di natura polare, più che dicotomica) si riscontra nell'emergenza di entità sovranazionali per le quali non è difficile individuare concezioni della giustizia, come per esempio l'Unione europea. Come negare che sia possibile una concezione della giustizia in organizzazioni sovrastatali? Si può, inoltre, pensare anche a settori trasversali in cui emergono esigenze di giustizia (WTO, ONU, ILO) che talvolta si impongono unilateralmente (si pensi alle condizioni dei lavoratori che vengono imposte alle imprese per vendere un certo prodotto).

Precisamente queste realtà emergenti sollecitano un cambiamento nell'ottica dell'argomento dell'autonomia e della coercizione. Si deve prendere atto che – inevitabilmente – vi sono assetti normativi che nascono in contesti diversi dallo stato e che ciò nondimeno influiscono in modo rilevante sulla vita degli individui, limitandone la libertà e influenzando sui criteri di distribuzione dei beni e delle risorse. La conclusione coerente derivante dagli argomenti dell'autonomia e della coercizione allora dovrebbe assumere la forma di un'esigenza di carattere normativo che si può ritenere a pieno titolo un principio di giustizia globale. Secondo questo principio è doveroso che in tutti i contesti che determinano una coercizione o comunque una limitazione dell'autonomia individuale nella determinazione di criteri e dei contenuti della giustizia debba essere reso possibile e valorizzato il massimo coinvolgimento dei soggetti.

Gli argomenti del particolarismo, dell'autonomia e della coercizione, dunque, non solo non mostrano che non si possa dare una giustizia globale, ma ne precisano il contenuto. Il fatto che tale principio sia di difficile attuazione, allo stato attuale e a certi livelli, non intacca il suo carattere dovuto alla luce dell'argomento che ne è all'origine, ma insiste semmai su uno stato dei fatti che, alla luce del principio normativo, dovrà essere modificato<sup>28</sup>.

Vi è ancora un'altra conseguenza significativa dalla combinazione del principio dell'autonomia e quello della coercizione, certamente

<sup>28</sup> A proposito di questo e di altri argomenti «realistici» (cioè quelli che ritengono la difficoltà di realizzazione di un principio il segno della sua non plausibilità) è stato sostenuto che l'attuale incapacità delle istituzioni internazionali di realizzare la giustizia globale non è irreversibile. A. BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-determination. Moral Foundations for International Law*, O.U.P., Oxford 2004, p. 193. Cfr. anche Y. PAPANIOU e P. WARIN, *Are Innovative, Participatory and Deliberative Procedures in Policy Making Democratic and Effective?*, in «European Journal of Political Research», 46, 2007, pp. 445-472.

cruciale. Come si è detto, sebbene allo stato attuale ancora di difficile realizzazione, il principio di autonomia esige di ampliare le istituzioni che rendono possibile un coinvolgimento partecipativo dei soggetti interessati da sistemi coercitivi. Tale principio dovrebbe escludere – perlomeno – che alcuni soggetti scelgano e impongano unilateralmente certi sistemi coercitivi agli altri individui. In altre parole, se si prende sul serio e senza preclusioni l'argomento dell'autonomia<sup>29</sup>, allora si dovrà concordare sul fatto che l'ordine internazionale (i suoi valori, le sue regole) attualmente esistente è iniquo perché dipende in maniera diversa dagli individui dei paesi democratici e sviluppati rispetto agli individui che vivono in paesi in cui non esiste un coinvolgimento partecipativo o che non contano alla stessa maniera a livello internazionale. Per questi ultimi soggetti, l'ordine coercitivo internazionale è imposto in modo illegittimo<sup>30</sup>. Accettare questa situazione significa ritenere che la giustizia sia l'utile del più forte. Questo argomento, che si può denominare «argomento della dominazione», rappresenta una ragione forte a favore della giustizia globale e attesta la portata globale dell'argomento dell'autonomia e della partecipazione.

Molto meno convincenti e meno plausibili sembrano quelle pretese ragioni che motivano una preferenza per i connazionali sulla base della condivisione di un'identità, di una cultura, dell'esistenza di valori e di giudizi comuni già dati con l'appartenenza alla comunità politica. L'appello a tutti questi fattori, riassumibili in un'identità condivisa ereditata, è davvero discutibile. È evidente, da un lato, che l'identità o l'appartenenza politica è un dato scelto dal soggetto solo in misura residuale, poiché essa è modificabile soltanto attraverso il cambiamento e difficilmente è del tutto eliminata; dall'altro, le diverse appartenenze sono differenti quanto ai vantaggi che conferiscono e agli oneri che impongono. Considerare l'appartenenza ad una certa comunità politica un fattore «determinante» dal punto di vista della giustizia significa riconoscere giusto che sia avvantaggiato chi è già inserito in relazioni vantaggiose e svantaggiato chi è già inserito in relazioni svantaggiose. Sarebbe la sorte a determinare i diritti dei soggetti. Il fattore della sorte non è del tutto eliminabile, ma le istitu-

<sup>29</sup> Senza cadere cioè nella fallacia del *restricted universalism*, che consiste nello sviluppare un argomento fondato sul principio di non discriminazione fino ad arrivare ad un certo punto, specialmente ai confini dello stato. Cfr. S. BLACK, *Individualism at an Impasse*, in «Canadian Journal of Philosophy», 21, 1991, pp. 347-377 e anche S. CANEY, *Justice Beyond Borders. A Global Political Theory*, O.U.P., Oxford 2005, pp. 107-116.

<sup>30</sup> È la tesi centrale di T.W. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, cit.

zioni umane (politiche, sociali, giuridiche) dovrebbero smorzare al massimo i suoi effetti.

L'identità, poi, non è qualcosa di statico, che gli individui trovano in qualche modo preconfezionata. È certamente possibile sostenere l'opportunità di valorizzare i contesti entro cui i beni e i criteri acquistano significato, ma senza renderli esclusivi ed incontestabili. Nella prospettiva della partecipazione, inoltre, è opportuno notare che le tradizioni giuridiche, politiche, storiche e culturali di una nazione richiede processi di iterazione democratica che le rendano vive<sup>31</sup>.

A conclusione della disamina bisogna notare che gli argomenti a favore della giustizia domestica valgono anche per la giustizia globale, talvolta in modo più stringente. Sul piano degli argomenti, dunque, non è corretto contrapporre la giustizia domestica alla giustizia globale, ma bisogna che si diano entrambe. Il modo in cui esse si possono articolare è appunto la risposta al «come» della giustizia globale.

##### 5. *Relativamente al «che cosa». Sulla dicotomia sufficientarismo/egualitarismo*

La contrapposizione tra giustizia domestica e giustizia globale può trovare ancora una spiegazione nella convinzione che a livello domestico e a livello globale si discutano questioni diverse. Nello specifico, si ritiene che l'eguaglianza sia l'oggetto della giustizia domestica (da qui l'idea che la giustizia in senso proprio si dia nella sfera domestica), mentre sul piano globale sarebbe inappropriato parlare di eguaglianza e dunque di giustizia<sup>32</sup>.

Al contrario di quanto si possa pensare, e come si è già suggerito, i teorici della giustizia domestica non si sono mostrati per niente insensibili ai problemi globali, in particolare a quello delle estreme diseguaglianze. Infatti, chi sostiene l'appropriatezza della giustizia nel contesto domestico generalmente ammette un minimo di contenuti di giustizia «anche se in senso improprio» oltre i confini: tra questi principi si troverebbero l'esigenza di promuovere *basic rights* per tutti e il divieto dello sfruttamento e della violenza<sup>33</sup>. Si nega però che questi principi abbiano a che vedere con la giustizia in senso pro-

<sup>31</sup> Cfr. S. BENHABIB, cit., p. 109 e ss.

<sup>32</sup> D. MILLER, *Against Global Egalitarianism*, in «The Journal of Ethics», 9, 2005, pp. 55-79.

<sup>33</sup> ID., *Justice and Global Inequality*, in A. HURRELL e N. WOODS (eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics*, O.U.P., Oxford 1999, pp. 198-204.

prio, cioè con il suo significato irrinunciabile: l'eguaglianza. A tale conclusione si può giungere da diversi percorsi.

Da un lato, si ricorre a strategie concettuali che puntano l'attenzione sulla distinzione tra giustizia riparatrice e giustizia distributiva. Il principio della riparazione del torto, in effetti, si presta a fornire la base per una giustizia globale, ma in un'ottica, per così dire, ristretta e derivata. Le diseguaglianze a livello mondiale sono rilevanti se e solo se esse sono la conseguenza di comportamenti iniqui e ingiusti da parte di popoli o di individui nei confronti di altri<sup>34</sup>. La giustizia globale avrebbe ad oggetto, esclusivamente, la riparazione dovuta. Alcuni, poi, identificano la logica della riparazione con quella della giustizia legale e la logica della distribuzione con la giustizia sociale. Sulla base di questa identificazione, si sostiene la possibilità di una giustizia legale globale, mentre una giustizia sociale globale sarebbe impossibile<sup>35</sup>. Si potrebbe spingere questa idea fino in fondo – seguendo la riflessione di Von Hayek – fino a ritenere che la giustizia sociale globale sia una minaccia per la giustizia legale, perché ogni intervento distributivo interferisce con (e minaccia) la libertà<sup>36</sup>. Non è però questa la posizione dominante, perché solitamente i sostenitori della giustizia domestica sono difensori della giustizia sociale a livello domestico. La strategia concettuale maggiormente utilizzata è infatti un'altra.

Nel dibattito sulla giustizia è divenuto assai comune il riferimento alla dottrina della *sufficiency* o della sufficienza. Secondo questa dottrina, dal punto di vista morale, l'importante è che ogni persona abbia a sufficienza, cioè abbastanza per sopravvivere<sup>37</sup>. L'ammontare delle risorse che si possiedono è sufficiente (risponde cioè al criterio della *sufficiency* o della sopravvivenza) se un individuo ragionevole e

<sup>34</sup> A questa prospettiva aderiscono in molti. Nella prospettiva del particolarismo, M. WALZER, *op. cit.*, p. 5: se la disuguaglianza e la sofferenza globali sono dovute ad atti di aggressione o di conquista, cioè a comportamenti iniqui, il principio di giustizia globale è quello della riparazione del torto. Se invece sono conseguenza di fenomeni «naturali», allora bisogna reagire come nel caso di disastri naturali, cioè seguendo la logica della benevolenza. Nella prospettiva del mutuo vantaggio, D. Gauthier insiste sulla genesi delle diseguaglianze e sulla validità del principio della riparazione. Cfr. ID., *Mutual Advantage and Impartiality*, in P. KELLY (ed.), *Impartiality, Neutrality and Justice. Re-Reading Brian Barry's Justice as Impartiality*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2000, p. 123.

<sup>35</sup> D. MILLER, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford 1976, p. 22.

<sup>36</sup> Sul carattere illiberale della giustizia sociale, cfr. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica* (1979), tr. it. di P.G. Monateri, Milano 1986, p. 184.

<sup>37</sup> L'idea si sviluppa a partire da H. FRANKFURT, *Equality as a moral ideal*, in «Ethics», 98, 1987, pp. 21-43.

ben informato è soddisfatto con tale quantità e non cerca attivamente di più<sup>38</sup>.

L'interesse della posizione sufficientarista è che essa si configura come un'alternativa all'egualitarismo, ed in particolare all'egualitarismo globale (anche se può essere anche applicata al dominio nazionale). Seguendo la logica dell'eguaglianza, le diseguaglianze mondiali sono inique per se stesse; per la dottrina della sufficienza invece tali diseguaglianze hanno solo valore derivato. Esse sono importanti solo a certe condizioni e in quanto realizzano certi stati di cose, in particolare la privazione del necessario<sup>39</sup>.

Il punto cruciale della distinzione è la considerazione che ciò che costituisce un'ineguaglianza, e dunque un'ingiustizia, è diverso da ciò che invece è qualificabile come cruda deprivazione o privazione di beni essenziali. Per questa ragione, il diritto alla sopravvivenza non dovrebbe essere confuso in nessun caso con l'istanza di eguaglianza, tanto meno a livello globale. Il fatto che in alcuni paesi la popolazione non solo non abbia il sufficiente, ma non abbia nemmeno il necessario per vivere costituisce – secondo questa lettura – un problema non di giustizia, ma di sopravvivenza. All'insufficienza dei mezzi per la sopravvivenza si risponde con un'adeguata lotta alla povertà (che non è altro che una situazione di deprivazione generale), da distinguere dalla giustizia perché ispirata alla benevolenza e alla solidarietà<sup>40</sup>.

La differenza tra ciò che è sufficiente e ciò che è eguale starebbe nel fatto che il sufficiente non è un concetto comparativo. Non sarebbe oggetto della giustizia ciò che dobbiamo all'essere umano in quanto tale, ma quello che gli dobbiamo perché inserito in certe relazioni e in considerazione di tali relazioni. Riecheggia qui, per i fi-

<sup>38</sup> R.J. ARNESON, *Equality*, in R.E. GOODIN e P. PETTIT (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, Oxford 1995, p. 496.

<sup>39</sup> Sulle ragioni derivate della diseguaglianza poggia pure la concezione di C.R. BEITZ, *Does Global Inequality Matter?*, in T.W. POGGE (ed.), *Global Justice*, cit., pp. 106-122. Le diseguaglianze globali sarebbero rilevanti per gli effetti in termini di perdita di potere che esse causano; per le situazioni di sfruttamento che facilitano; per l'emarginazione sociale che producono. Se si spinge questa concezione all'estremo, diventa problematica la dottrina del minimo vitale di cui gli individui hanno bisogno per condurre una vita decente: solo diritti al cibo e all'assistenza sanitaria, oppure anche l'autostima e il riconoscimento? In ogni caso o solo in rapporto alle esigenze di altri?

<sup>40</sup> In tal senso lo stesso RAWLS (*Il diritto dei popoli*, cit. § 15), ma anche B. BARRY, *Humanity and Justice in Global Perspective*, in J. ROLAND PENNOCK e J.W. CHAPMAN (eds.), *Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, New York 1982, p. 225 e C.H. WELLMAN, *Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy*, in «Philosophy and Public Affairs», 25, 3, 1996, pp. 211-237.



losofi del diritto, la nota distinzione hartiana tra i diritti generali, cioè quelli dovuti all'essere umano in quanto tale, e i diritti speciali, che sono quelli che nascono da relazioni specifiche, tra le quali la principale è quella della cittadinanza<sup>41</sup>. Com'è noto, alla luce di questa dottrina, solo i diritti speciali sono veri e propri diritti. Se si dovesse accettare questa posizione, il diritto alle risorse necessarie per la sopravvivenza sarebbe, banalmente, un diritto generale che nessuno si occuperà di garantire, come sono in fin dei conti i diritti naturali. L'intento di Hart è invece quello di insistere sul fatto che i diritti devono iscriversi all'interno di relazioni concrete attraverso le quali è possibile trasformare pretese soggettive in corrispondenze tra diritti-doveri.

Nel dibattito sulla giustizia globale, questa difficoltà è nota a proposito della contrapposizione tra le teorie fondate sui diritti e quelle fondate sui doveri. Le prime sarebbero insufficienti perché i diritti non costituiscono obbligazioni perfette: un diritto senza il dovere corrispettivo costituisce semmai un'obbligazione imperfetta. Solo la norma che stabilisce il dovere corrispettivo al diritto rende esistente il diritto e le norme fanno ciò attraverso la iscrizione di doveri<sup>42</sup>. La tesi sottesa è, ancora una volta, quella che individua nella giustiziabilità, nel carattere sanzionatorio delle norme, il carattere giuridico per eccellenza. Molti hanno messo in dubbio questo assetto, che sarebbe, per lo meno, noncurante del carattere normativo dei diritti: il diritto è la base normativa per un dovere (*the ground of a duty*<sup>43</sup>), tale per cui se non è (ancora) individuato il dovere corrispettivo, bisogna farlo<sup>44</sup>.

Oltre alla natura comparativa dell'eguaglianza (1), i sostenitori della dottrina della *sufficiency* muovono altre obiezioni all'ideale morale della giustizia globale in senso egualitario: (2) la cosiddetta *leveling down objection*, cioè il fatto che l'avversione per la diseguaglianza tende inevitabilmente a livellare tutti verso il basso; (3) le difficoltà di misurazione dell'eguaglianza; (4) le difficoltà per determinare quale

<sup>41</sup> La distinzione si trova in H.L.A. HART, *Are There Any Natural Rights?*, ora in J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, O.U.P., Oxford 1984, pp. 77-90.

<sup>42</sup> O. O'NEILL, *Transnational Justice*, in D. HELD (ed.), *Political Theory Today*, Polity Press, Oxford 1991, pp. 276-304.

<sup>43</sup> J. RAZ, *The Morality of Freedom* (1986), Clarendon Press, Oxford 1988, pp. 170-171.

<sup>44</sup> La tesi di Ferrajoli delle lacune dinamiche si basa sullo stesso principio, ma ritiene che i diritti siano già tutti positivizzati e le lacune si trovino all'interno dell'ordinamento. Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 1-40.

è il gruppo per il quale occorre perseguire e raggiungere l'eguaglianza (la comunità politica?, le comunità locali?)<sup>45</sup>.

Secondo la dottrina della sufficienza, invece, c'è una soglia di benessere tale per cui se X sta sotto e Y sta sopra quella soglia, è necessario riconoscere la priorità di beneficiare X<sup>46</sup>. Al di là di questa soglia, le diseguaglianze non contano. Il problema principale e più delicato è, ovviamente, quello di individuare questa soglia. Solitamente, dai sufficientaristi, viene indicata nei *basic rights*.

Ad uno sguardo attento, la dottrina della sufficienza avanza due tesi, una positiva e una negativa. La prima afferma che è bene che tutti abbiano il sufficiente, la seconda nega che sia necessario altro oltre il sufficiente, in particolare, che non sia dovuta l'eguaglianza. In realtà, si tratta di due tesi separate, di cui la seconda, quella anti-egualitaria, è problematica più della prima e forse addirittura in contrasto con essa. Se ciò fosse vero, allora il sufficientarismo non sarebbe contro l'egualitarismo, ma semmai in qualche modo complementare ad esso<sup>47</sup>.

Riguardo all'obiezione della natura comparativa dell'eguaglianza, bisogna osservare che quando si sostiene che ciò che è sufficiente non è comparativo, ma si ricava dalla considerazione dell'individuo di per sé e non in comparazione con altri, si trascura il fatto che ciò che è sufficiente corrisponde alla soglia di base, cioè al principio dei *basic rights* per tutti gli individui senza discriminazione. A ben guardare, i diritti di base segnano senz'altro uno standard di eguaglianza, anche se per alcuni troppo poco esigente. Paradossalmente, tale standard risulta essere tendente al livellamento verso il basso, sicché il sufficientarismo sembra cadere sul punto che si propone di criticare.

La spiegazione di questa contraddizione è da cercare nella seconda tesi del sufficientarismo, cioè quella secondo cui l'eguaglianza non è pertinente a livello globale. Non è un caso che l'argomento usato contro la prospettiva della giustizia globale consista nel notare una disanalogia tra ambito domestico e ambito globale a proposito del con-

<sup>45</sup> Y. BENBAJI, *Sufficiency or Priority?*, in «European Journal of Philosophy», 14, 3, 2006, pp. 327-348.

<sup>46</sup> Il riferimento alla regola della priorità avvicina la dottrina della *sufficiency* al *prioritarianism*. Per i *prioritarians* si preferisce beneficiare i meno avvantaggiati perché il valore morale di un beneficio diminuisce se il soggetto sta meglio. In questa sede riterrò che la dottrina della sufficienza è una forma di *prioritarianism*, senza ulteriori complicazioni. Ai due principi contrapposti, *equality* e *priority*, si aggiungerebbe quello di *sufficiency* (D. PARFIT, *Equality or Priority*, in M. CLAYTON e A. WILLIAMS (eds.), *The Ideal of Equality*, MacMillan, London 2000, pp. 81-125).

<sup>47</sup> P. CASAL, *Why Sufficiency Is Not Enough*, in «Ethics», 117, 2007, pp. 296-326.

tenuto dell'eguaglianza. Infatti, i sostenitori della dottrina della sufficienza in ambito globale ritengono che ciò che è in gioco quando si affronta il tema dell'eguaglianza a livello domestico è certamente molto di più di una eguaglianza di base: si discute di eguaglianza di risorse, di opportunità o di risultati. Il dubbio che resta è se vi sia realmente una discontinuità tra questi tipi di eguaglianza e l'eguaglianza nei diritti di base. Si può lasciare aperta la questione, ma non senza notare che è difficile mettersi d'accordo su quale sia la natura della vita decente che i diritti di base dovrebbero garantire, se essa consista nel benessere materiale oppure se includa un riferimento alla libertà<sup>48</sup>.

Il carattere controverso della soglia di sufficienza affievolisce il peso di un'altra delle ragioni a favore del sufficientarismo, cioè che esso – proprio perché segna soglie minime – è maggiormente in grado di raccogliere consensi. Che i principi di giustizia debbano essere mantenuti a base di accordo non risolve infatti il problema della preferenza per il sufficientarismo o per l'egualitarismo, poiché l'argomento vale per entrambi. In ultima istanza, se ciò che si vuole dire è semplicemente che è più facile essere d'accordo sul minimo che sul massimo, l'argomento aiuterebbe a sostenere la tesi positiva del sufficientarismo, ma non quella negativa, cioè che l'eguaglianza non riveli a livello globale.

Si può pensare allora che l'obiezione davvero importante contro l'egualitarismo sia quella della problematicità del contenuto dell'eguaglianza globale e della sua misurazione: si deve perseguire un'eguaglianza di risorse? Oppure di opportunità? Oppure di risultati?<sup>49</sup>. Ora possiamo dire, in conclusione, che, in fondo, questo è anche il problema della giustizia domestica, quello cioè di determinare il contenuto della giustizia e di rintracciare misure e standard condivisi. Non si può peraltro nascondere che, sebbene vi siano sedi e metodi per discuterne, il conflitto tra le posizioni è endemico «anche» in ambito domestico.

## 6. *Relativamente al «come» della giustizia. Sulla dicotomia diritto/politica*

Le principali perplessità e dubbi sulla giustizia globale, nonché le

<sup>48</sup> Si confrontino le prospettive di H. SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton 1980 e di A.K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), tr. it. di G. Rigamonti, Mondadori, Milano 2000.

<sup>49</sup> Cfr. il mio *Pro e contro l'eguaglianza mondiale*, in «Ars Interpretandi», 11, 2006, pp. 207-225.

sue sfide più interessanti, si pongono sul piano applicativo e del disegno istituzionale ed è quello in cui meglio si osserva la fecondità della logica polare. La tentazione è sempre quella di pensare alla creazione di istituzioni globali che riproducano a livello mondiale ciò che nella comunità politica rende possibile – anche se non senza problemi – la giustizia. Si sono già avanzati dei dubbi sul fatto che tale strada sia fruttuosa. Non è, infatti, nella direzione dello stato mondiale che bisogna cercare le soluzioni applicative per la giustizia globale.

L'analisi della questione della preferenza per i connazionali a proposito della dicotomia universalismo/relazioni speciali, inoltre, ha mostrato che il favore per le relazioni entro cui si realizza la vita degli individui non è da neutralizzare, ma che è necessario coniugare tali relazioni insieme ad altre che pure sono rilevanti per la giustizia<sup>50</sup>. Sotto il profilo applicativo, questa posizione implica la rivalutazione della sfera domestica come ambito della realizzazione della giustizia globale: la divisione in comunità politiche è uno dei meccanismi per l'allocazione delle competenze e delle responsabilità correlate alle esigenze (globali) degli individui<sup>51</sup>. La giustizia globale include la giustizia domestica, senza farne a meno, anzi, trasformando il significato delle istituzioni, o, per lo meno, facendo che queste, pur conservando la propria identità di funzioni, si pieghino alla logica della globalità.

L'ipotesi è che si possa cercare la via della giustizia globale, principalmente, in un nuovo equilibrio tra diritto e politica, perché le pratiche giuridiche possiedono le risorse per mitigare gli effetti discriminatori del fattore politico (oltre a quello sociale ed economico)<sup>52</sup>. Il principio di non discriminazione, infatti, opera nel diritto come un fattore di apertura su tutti i fronti, e questo vale anche sul piano politico. Tra le altre, si può fare riferimento a tre esemplificazioni di questa tendenza, che avvicina recenti sviluppi del diritto all'orizzonte della giustizia globale: lo stato costituzionale di diritto, la portata trasversale e universale della giurisdizione come pratica argomentativa,

<sup>50</sup> Nussbaum ha usato l'immagine dei cerchi concentrici. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Patriotism and Cosmopolitanism*, in J. COHEN (ed.), *For Love of Country: Debating the Limits of Patriotism. Martha Nussbaum with respondents*, Beacon Press, Boston 1996, p. 9. L'autrice sembra suggerire che l'ottica cosmopolita è quella che guarda dal cerchio più esterno al cerchio più interno, ma si può sostenere anche il contrario.

<sup>51</sup> H. TAKIKAWA, *Can We Justify the Welfare state in an Age of Globalization? Toward Complex Borders*, in «Anales de la cátedra Francisco Suárez» (numero monografico *Law and justice in a global society*), 2005, pp. 723-737.

<sup>52</sup> Sulla base della convinzione che sia appunto il diritto a potenziare il carattere universale della giustizia. Com'è noto, Cotta ha sostenuto la tesi dell'universalità del diritto contro la particolarità della politica. Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991.

la pratica dei diritti umani. Queste tre manifestazioni della pratica giuridica, per motivi diversi e in modi diversi, sono espressione di un cosmopolitismo giuridico, che rappresenta una possibile concretizzazione (al momento attuale, la più avanzata) di giustizia globale<sup>53</sup>. La caratteristica comune a tutte queste pratiche è quella di non affermare l'irrelevanza dei fattori di specificità, ma di tentare di contemperare le specificità con le istanze globali.

Dello stato costituzionale di diritto bisogna notare la portata universale dei suoi precetti normativi. Nel riconoscere i diritti dell'essere umano e la sua dignità (per esempio), le costituzioni proclamano un contenuto normativo valido oltre le condizioni dell'esistenza della comunità concreta di cui sono espressione e dei dati storici che sono alla base delle relazioni cooperative che ne hanno dato origine. Riconoscendo ai propri cittadini alcune prerogative proprio in quanto persone ed essere umani, le costituzioni affermano un principio di inclusione universale che esclude – almeno *prima facie* – la discriminazione nei confronti dello straniero<sup>54</sup>. Da questo punto di vista, lo stato costituzionale di diritto può benissimo essere classificato come uno strumento per la realizzazione locale, cioè entro un certo territorio, di esigenze di carattere globale.

Uno dei dispositivi centrali dello stato costituzionale di diritto è quello della giurisdizione. Ai suoi diversi livelli – dalla giurisprudenza costituzionale alla giurisprudenza nei suoi vari gradi – la funzione di dire giustizia nel caso concreto attraverso un processo di argomentazione e di confronto di ragioni rende difficile l'affermazione degli interessi di parte. Una delle manifestazioni della forza civilizzatrice dell'ipocrisia<sup>55</sup> che opera nelle argomentazioni giuridiche è quella di costringere a ricorrere ad argomenti non discriminatori e a proclamare la portata universale della eventuale pretesa soggettiva cui ci si ispira. Così, le ragioni dovrebbero risultare condivisibili da tutti. Non è un caso che si sia diffusa la pratica della circolazione degli argomenti giuridici oltre le frontiere, per esempio nell'uso del diritto straniero per interpretare e colmare le lacune del diritto domestico. Questo significa che gli argomenti giuridici sono in qualche modo indipendenti dal contesto entro cui si formano, e validi fuori dall'ambito

<sup>53</sup> Cfr. il mio *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, il Mulino, Bologna 2007, capitolo IV.

<sup>54</sup> J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (1998), a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano 1999 e S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), tr. it. di S. De Petris, Raffaello Cortina Editore, Milano 2006.

<sup>55</sup> J. ELSTER, *Argomentare e negoziare* (1993), tr. it. di G. Rigamonti, Anabasi, Milano 1993, p. 127.

di competenza territoriale. La circolazione degli argomenti giuridici attesta in qualche modo la traducibilità dei criteri del gusto<sup>56</sup>.

Per concludere brevemente sulla pratica dei diritti umani come espressione della giustizia globale bisogna riprendere la dicotomia diritti generali (o naturali)/diritti speciali. I diritti umani non sono diritti generali (o naturali), anche se sembrerebbero tali: a differenza dei diritti naturali, infatti, i diritti umani non sono preistituzionali, non sono nemmeno al di fuori del tempo e non appartengono agli uomini solo in virtù della loro comune umanità, perché essi fanno riferimento anche alle loro appartenenze e affiliazioni<sup>57</sup>.

La finalità della pratica dei diritti è la protezione della persona umana, senza discriminazione, nella sua singolarità e nella sua specificità. Questo è evidente se si osservano le grandi linee di tendenza dei diritti dalla seconda guerra mondiale: la generalizzazione e la specificazione<sup>58</sup>.

Inoltre, il contesto principale per la tutela dei diritti umani continua ad essere lo stato, sia per i propri cittadini, sia per coloro che sostano nel territorio. In questa luce, lo stato è uno degli strumenti della pratica internazionale dei diritti, anche se essa ha altre espressioni, pure importanti<sup>59</sup>.

Quello dei diritti non è certo l'unico modo possibile di proteggere la persona umana, ma è quello che finora si è dimostrato maggiormente adatto a tutelare beni particolarmente importanti e influenzabili socialmente e politicamente, appunto perché capace di trovare un equilibrio tra l'individuo e la collettività cui appartiene, nella forma di una priorità dell'individuo rispettosa delle affiliazioni e delle dipendenze<sup>60</sup>. Per comprendere questa linea di tendenza bisogna – ancora una volta – preferire la logica polare a quella dicotomica.

Le pratiche giuridiche (gli ordinamenti, le istituzioni, i diritti, la

<sup>56</sup> J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in «Harvard Law Review», 119, 2005, pp. 129-147.

<sup>57</sup> C.R. BEITZ, *Human Rights and the Law of Peoples*, in D. CHATTERJEE (ed), *The Ethics of Assistance: Morality and the Distant Needy*, cit., pp. 193-214. Una critica alla lettura hartiana e una lettura dei diritti umani come diritti speciali in C.R. BEITZ, *What human rights mean*, in «Daedalus», Winter 2003, pp. 36-46.

<sup>58</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1997.

<sup>59</sup> Si veda per esempio la ricostruzione puntuale di N. OCHOA RUÍZ, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Thompson-Civitas, Madrid 2004.

<sup>60</sup> Cfr. A.K. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, in «Philosophy & Public Affairs», 32, 4, 2004, pp. 329-330. In questo articolo si discute peraltro del carattere misto dei diritti umani, insieme esigenze etiche e giuridiche.

giurisdizione) vengono oggi considerati come pratiche sociali consolidate capaci di esprimere istanze di portata globale. La globalità in questo caso non si manifesta come omologazione e uniformazione, ma come articolazione della diversità mediante giustificazioni condivise e fondate sulla ragionevolezza.





## *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 est non non, quod autem his 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 Linneo<sup>3</sup>, che individua come elemento distintivo un aspetto rilevante della morfologia, ma si fecero allora tipologie chiare e distinte anche su basi del tutto ideologiche: come attesta il mito positivistico delle razze 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 (Sistema della natura attraverso i tre regni della natura ...)* è del 1735.

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

<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* hartiana nella sua stessa struttura.

Il diritto, inoltre, agisce tipicamente trasformando possibili opposizioni polari in opposizioni dicotomiche: il transito dalla vita alla morte è graduale, ma per procedere a un espianto a cuore battente ho bisogno di avere la certezza normativa che il paziente sia clinicamente morto, ossia che determinati fatti rilevanti siano durati per un lasso di tempo stabilito dalla 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.

esprese 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. VILLA, *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'esauritiva appropriatezza dell'opposizione binaria, significa anche recepire, e rispettare, una complessità. La distinzione fra pianeti e asteroidi non è più così chiara e distinta se la comunità degli astronomi ha deliberato sullo status di Plutone per votazione (e come risultato il pianeta è stato declassato)<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 penalità contemporanea*, «Critica del diritto», 2006, 4, dalla quale traggio una citazione a titolo di esempio (p. 293): «I discorsi unitari sono finiti, perché il postmoderno è una realtà, e non l'invenzione di qualche filosofo. [...] E lo stesso dicasi per i concetti «dogmatici»: l'azione, la causalità, la colpa, il dolo, etc.: chi continua a perseguire solo definizioni astratte «a dizionario» compatte, e vincolanti tutte le diverse «specie» di quei concetti di genere (anziché affiancare le definizioni a dizionario con imprescindibili definizioni «a enciclopedia»), organizza ormai bestiari di modesto interesse classificatorio».

<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. CASTRONUOVO (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 «determinare»<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.

<sup>25</sup> 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>26</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 Ju-*

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

*ris* (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 ineffettività delle norme» [vol. I, pp. 243-49, 449-53; vol. II, pp. 217-18], «di legittimità e di illegittimità» [vol. I, p. 43; vol. II, p. 306] e perfino «di federalismo» [vol. I, p. 942] e «di garantismo» [vol. II, p. 306]).

<sup>27</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>28</sup> F. VIOLA, *Il «Rule of «Law» e il concetto di diritto*, «Ragion Pratica», 2008, pp. 151-70. Quando scrivevo questo contributo non avevo letto P. BECCHI, *Individualismo 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>29</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>30</sup> H. ROTTLEUTHNER, *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*, in «Law and Society Review», 1989, 23. Ho trovato questo riferimento in 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 ascrittiva della legge dell'unica goccia di sangue, la razza è diventata autoascrittiva, e nei censimenti statunitensi è oggi anche possibile barrare più di una casella, anziché una sola. Per il giudice, che può anche decidere di aderire alla dottrina del dolo eventuale quando in giudizio stia un pirata della strada: senza essere preda della dicotomia escludente dolo-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. RODOTÀ 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) incivilimento.

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). Edmondo Berselli ha ricordato sulle pagine del quotidiano Repubblica che «[s]i sta realizzando in via informale, senza alcuna deliberazione ufficiale, ciò che i criminologi chiamano «zoning», la definizione di aree urbane a bassa legalità [...]» (*Il Far West che brucia i cuori delle periferie delle città*, Repubblica 4 ottobre 2006).

<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 opposti che si escludono [...]»; Stephen J. Gould, che ha messo in discussione la «tradizionale dicotomia fra necessità e caso» (senza per questo generare una polarità), e che «ha messo fine alla ricorrente *querelle* tra 'gradualisti' e 'catastrofisti', che dura sin dai tempi della nascita della geologia moderna nella prima metà dell'Ottocento. Oggi, nella geologia come nella biologia evoluzionista, ha poco senso continuare a chiedersi se il cambiamento sia continuo o discontinuo. Di contro, si è affermata una visione *gerarchica e stratificata* del cambiamento stesso» (ibid., pp. XX-XXI, corsivo mio). Bocchi e Ceruti citano direttamente Varela, da *Principles of Biological Autonomy*, 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 venere vaga), approfondimento di una libertà naturale attraverso istituzioni: scopo del diritto è l'incivilimento delle nazioni («ordini civili per gli quali vivano in umana società»<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 sovrappontesi) 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 volta per volta in essere nel vuoto, ma entro un orizzonte normativo dato dal complesso delle istituzioni pre-esistenti – il cui significato viene a modificarsi. La cittadinanza della quale parla Vico non è più la 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 via, non è poi affatto flebile o snervato. L'abbandono dello schema dicotomico ha conseguenze serie in diversi ambiti: l'«incivilimento» prende diverse forme (in genere, cercando di evitare discriminazioni), ma il costituirsi delle nuove opzioni, in generale, pone la domanda sul valore relativo di 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'autocomprensione 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> È anche questo il senso della nota 25, *supra*. Per essere chiari, ecco che oltre alla tortura in senso stretto compaiono negli Stati Uniti da un lato le «*stress and duress*» *interrogation techniques* (che includono però procedure in precedenza classificate semplicemente come tortura), o il concetto di *light torture*, dall'altro il sistema delle *extraordinary renditions*. Un *trend* non è una mutazione benefica della natura umana. Francesco D'Agostino (che devo ringraziare per una corrispondenza per posta elettronica che mi ha molto arricchito, per le critiche acute che in essa mi ha rivolto) ritiene che una forma di giusnaturalismo sia in questo caso (la pluralità delle opzioni) ineludibile.

<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 illiceità 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. PAZÈ, *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 comprimere (*restrict*). In secondo luogo, il rapporto fra un dato gruppo (*that community*) e l'intero politico non è reso nei termini di una differenza qualitativa irriducibile, anche quando si parla di conflitto: l'espressione qui usata da Raz per qualificare la *society* è *larger*, ovvero un comparativo di un aggettivo che sembra alludere a un *maius*, non a un *aliud*.

<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 (*politike 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'*autonarrazione* di omogeneità, che naturalmente è un bene prezioso: il Risorgimento, la Chiesa, i confini naturali dello «stivale», etc. Ciò che i fenomeni migratori hanno modificato non è l'omogeneità sociale, che forse non c'è mai stata, bensì il nostro modo di raccontarci – la narrazione dell'omogeneità non è più praticabile, perché la diversità è ora troppo visibile e i meccanismi che suggerivano una narrazione condivisa di omogeneità erano rivolti alla messa fra parentesi di altre, specifiche differenze.

<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, *Toleration and Its Limits* (NOMOS XL-VIII), 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 *of Murality*.



Terza seduta plenaria  
Tecnologia, informatica, concetti giuridici

*Presiede* Mario Jori





# *La computer forensics e l'insegnamento dell'informatica giuridica*

di Mario Losano

SOMMARIO: 1. *Computer forensics* o informatica forense? – 2. Informatica e prove nel processo. – 3. L'insegnamento dell'informatica forense.

## 1. *Computer forensics o informatica forense?*

Gli inizi della *Computer forensics* possono essere fatti risalire al 1984, quando all'interno dell'FBI venne istituito il «Computer Analysis and Response Team» (CART) con il compito di analizzare i dati presenti negli elaboratori per svolgere indagini di polizia e per garantire prove nei giudizi. Dieci anni dopo, il Dipartimento di Giustizia degli USA ha fissato le linee guida della *computer forensics* in un manuale che è oggi il punto di riferimento della disciplina<sup>1</sup>. Oggi il semplice esame dell'indice di un testo introduttivo può già offrire un panorama delle varietà dei temi affrontati dalla *Computer forensics*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Federal Guidelines for Searching and Seizing Computers*, U.S. Department of Justice, 1995; aggiornata nel 2002.

<sup>2</sup> M. SHEETZ, *Computer forensics: an essential guide for accountants, lawyers, and managers*, Wiley, Hoboken (N.J) 2007, XVII-152 pp. Eccone l'indice: *A definition of computer forensics*: Introduction; Forensic science; The history of computer forensics; The world wide web; The hacker community; Conclusion. – *Basic of computer forensic concepts*: Introduction; Understanding digital evidence; Storage; Processing; What is computer data?; Output; Conclusion. – *Preservation and collection of digital evidence*: Introduction; Rules of evidence; Preservation; Collection; Conclusion. – *Analysis of digital evidence*: Introduction; Forensic analysis; Conclusion. – *Reporting and rendering the opinion*: Introduction; Preparing the report; Presentation; The trial process; Conclusion. – *Computer attacks*: Hackers and phreakz oh my; The hacker: unauthorized use and trespassing; Wireless hacking; Malware; Attacks from the inside; Conclusion. – *Computers as tools for evil*: Introduction; Computers and crime; Identity theft; Concealment; Auction fraud and retail cons; Counterfeiting and forgery; Prostitution; Securities fraud; Conclusion. – *Computer tools and the forensic examination*: Introduction; Assuming control of the case; Understand the case; Evaluate the evidence; Examining the «live» system; Collecting data from a dead system; Imaging the drive; Data extraction; Data analysis; Conclusion.–

Le lingue neolatine non hanno l'equivalente del sostantivo inglese 'Forensics' («the art or study of argumentation and formal debate», Webster), da cui derivano i già affermati 'forensic chemistry, psychiatry, medicine'; ma quest'ultima è detta anche 'forensic jurisprudence', 'medical jurisprudence' o 'legal medicine', come nelle lingue neolatine. In francese, come in italiano, si parla di 'médecine legale', esercitata dal 'médecin légiste'. In spagnolo, «el forense» è il medico legale, la cui disciplina si chiama però «medicina legal».

Per analogia con questi usi si è formato il termine *Computer forensics* e la sua traduzione italiana 'informatica forense', ormai generalmente accettato. Il termine 'informatica forense' va quindi tenuto distinto da 'informatica giuridica', che designa l'insieme delle applicazioni dell'informatica al diritto, e da 'informatica giudiziaria', che designa le tecniche per automatizzare il lavoro dei tribunali. L'informatica forense è ancora più circoscritta e designa le tecniche per acquisire e rendere accettabili in giudizio le prove desunte da strumenti informatici (e, più in generale, anche da dispositivi mobili come telefoni cellulari o navigatori satellitari, ovvero ogni strumento dotato di una memoria).

Dagli anni Ottanta ad oggi alla diffusione dell'informatica nel mondo dell'economia ha corrisposto un crescente numero di giudizi che coinvolgono problemi informatici e che, quindi, esigono la valutazione di prove informatiche. L'informatica forense si è di conseguenza sviluppata di pari passo, generando una cospicua letteratura<sup>3</sup> e raggiungendo anche un suo riconoscimento istituzionale in alcune facoltà informatiche e giuridiche, come si vedrà nel § 3. La letteratura specifica e gli atti dei congressi sono in costante crescita, e gli scritti più attuali vanno dai testi introduttivi<sup>4</sup> alle trattazioni tecni-

*Presenting digital evidence in court*: Introduction; Evidence; Types of evidence; Expert witnesses; Legal requirements of evidence; Search and seizure; Conclusion.

<sup>3</sup> Basti qui citare alcuni recenti pubblicazioni: Steve Bunting, *EnCase Computer Forensics – The Official EnCE: EnCase Certified Examiner Study Guide*, / VDM Verlag Dr. Müller-Wiley, Saarbrücken-New York 2007, pp. 624; ora: 2008, pp. XXXIV-611 (2<sup>a</sup> ed.); P. CRAIGER (ed.), *Advances in Digital Forensics III: IFIP International Conference on Digital Forensics*, National Center for Forensic Science, Orlando, Florida, January 28-January 31, 2007, Springer, New York 2007, XX-357 pp.; A. GHIRARDINI e G. FAGGIOLI, *Computer Forensics*, Apogeo, Milano 2007, pp. XVIII-366; M. SHEETZ, *Computer Forensics: An Essential Guide for Accountants, Lawyers, and Managers*, Wiley, New York 2007, pp. 176; L. VOLONINO, R. ANZALDUA e JANA GODWIN, *Computer forensics: principles and practices*, Prentice-Hall, Upper Saddle River (NJ) 2007, XVIII, pp. 534.

<sup>4</sup> Esiste persino un libro della già citata L. VOLONINO, *Computer Forensics for Dummies*, Wiley, New York 2008, pp. 384: ma il titolo non deve trarre in inganno.

che<sup>5</sup>. Inoltre si moltiplicano i siti specializzati<sup>6</sup>. Data la mole crescente di materiale in rapida evoluzione (e obsolescenza), in questo scritto potranno essere affrontati soltanto due problemi. Anzitutto è necessario delimitare, almeno provvisoriamente, il campo dell'informatica forense (§ 2). Bisognerà poi chiedersi come sia oggi possibile insegnare l'informatica forense nelle facoltà di giurisprudenza, in un contesto in cui diviene sempre più necessario conoscerla ai fini professionali, ma in cui gli studenti non possiedono, in generale, le nozioni tecniche di base per affrontare una materia fortemente tecnica come l'informatica forense (§ 3).

## 2. Informatica e prove nel processo

L'informatica forense entra in azione dopo che i sistemi di sicurezza fisica e logica di un computer o di una rete hanno fallito ed è stato compiuto un reato informatico, quando cioè è avvenuto l'incidente informatico (*post incident analysis*). Dall'esame dell'elaboratore e/o della rete dovranno venire le prove sul reato: la *computer forensics* e la *network forensics* possono dunque essere collegate, ma usano tecniche diverse.

La sequenza tipica degli eventi è costituita dalla gestione dei programmi di sicurezza per il proprio sistema informativo da parte dell'impresa o dell'ente pubblico; dalla violazione del sistema informativo da parte di una persona o di un programma che ne hanno individuato i punti deboli; dai tentativi dell'impresa o dell'ente pubblico di mettere riparo all'intrusione; in caso negativo, infine, dal ricorso all'autorità giudiziaria. Da questo momento la parte lesa cerca di produrre prove a suo favore, che dovranno essere valutate dal tribunale e che potranno essere contraddette dalla controparte: è qui che entra in scena l'informatica forense.

Questo significa che potranno essere oggetto di contestazione non soltanto gli elementi di prova adottati, ma anche le tecniche (cioè i programmi) usate per acquisirle. È perciò consigliabile conservare sino

<sup>5</sup> F. COHEN, *Challenges to Digital Forensic Evidence*, ASP Press, Livermor (Cal.) 2008, pp. 129; S. STEIN, *Computer Forensics. Sicherung und Analyse von forensischen Beweisen in IT-Umfeld*, Müller, Saarbrücken 2008, pp. 214.

<sup>6</sup> Un sito utile per aggiornarsi anche su altri siti è <http://www.caine-live.net>, gestito da «Computer Aided Investigative Environment» (C.A.I.N.E.), che è «una distribuzione live orientata alla Computer Forensics ideata da Giancarlo Giustini, all'interno di un progetto di Digital Forensics del Centro di Ricerca Interdipartimentale sulla Sicurezza (CRIS) e supportata dal Dipartimento di Ingegneria Informatica dell'Università di Modena e Reggio Emilia» (accesso del 28/01/2009).

alla fine del processo una copia del programma usato per analizzare il computer sotto indagine: data la durata dei processi italiani e le frequenza degli aggiornamenti dei programmi, è quasi certo che, al momento del dibattimento, il programma usato per assicurare le prove sarà stato oggetto di numerosi aggiornamenti, complicando così i confronti e le contestazioni.

L'informatico forense deve analizzare senza alterarli i dati presenti nel sistema informativo violato; deve desumere le prove senza alterare l'ambiente informatico da cui le estrae; deve dimostrare che le prove acquisite (e quindi riportate su un supporto diverso da quello originale) sono identiche ai dati originali. Queste verifiche ed estrazioni vengono compiute ricorrendo a programmi commerciali messi a punto da imprese private, che forniscono un *computer forensics tool kit* allo specialista. Se i periti delle parti e il perito giudiziario non usano gli stessi programmi, è possibile che il dibattito giudiziario verta non solo sull'intrinseca attendibilità delle prove, ma anche sulle caratteristiche dei vari programmi con cui sono state estratte. Questa discussione tecnica in generale taglia fuori del tutto gli avvocati e i giudici che abbiano una preparazione tradizionale.

Per non alterare i dati originali, come prima misura l'informatico forense li copia su un supporto diverso, al quale applicare poi i programmi di analisi. Poiché in generale l'informatico forense deve cercare le prove in sistemi complessi dotati di sofisticati programmi anti-intrusione (anche se, nel caso specifico, si deve constatare che essi hanno fallito), non sempre è semplice il realizzare questa prima copia integrale rispettando l'ambiente di origine. Come la polizia usa a volte il *passepartout*, così può avvenire che l'informatico forense inizi la sua attività agendo da *hacker*. Possono quindi sorgere anche problemi legati alla protezione dei dati personali cui l'informatico forense ha avuto accesso per questa via poco ortodossa<sup>7</sup>.

Subito ci si scontra con la differenza tra i tempi giudiziari e quelli informatici. Poiché la chiusura del computer comporta la cancellazione di dati utili alle indagini, l'autorizzazione all'accesso per l'informatico forense deve essere quanto più tempestiva possibile. Indubbiamente esistono programmi che permettono di risalire a *files* cancellati o corretti più volte, ma ogni passaggio implica una complicazione tecnica e, quindi, una possibilità di contestazione. Le prove acquisite devono essere accompagnate da un documento che illustri ogni

<sup>7</sup> M.A. CALOYANNIDES, *Privacy protection and computer forensics*, Artech House, Boston (Mass.) 2004, pp. XIX-345 (2<sup>a</sup> ed.; 1<sup>a</sup> ed. col titolo *Computer forensics and privacy*, 2001).

passaggio della catena di custodia dei dati stessi, per garantirne l'integrità e l'autenticità e per evitare così possibili contestazioni.

Dopo l'acquisizione e l'autenticazione delle prove, si deve procedere alla loro valutazione. Sulla copia del disco rigido vanno esaminate anche le aree cosiddette libere, che in realtà contengono dati cancellati non immediatamente visibili, ma spesso utili alle indagini. Le attività da compiere sono numerose, perché non si sa dove si possa trovare la prova che interessa, né spesso si sa quale sia la prova che è possibile trovare. È quindi utile predisporre una *check-list* dei controlli da eseguire, in modo da non ometterne alcuno.

Non è qui opportuno analizzare che cosa contiene il *tool kit* dell'informatico forense, cioè l'insieme di programmi specifici che consentono di reperire le prove: sarebbe un esame troppo tecnico e particolareggiato, che per di più risulterebbe già superato al momento della pubblicazione del testo. Basti qui osservare che l'informatica forense non è utile solo per chiarire i *computers crimes*, ma spesso è risolutiva anche in altri reati<sup>8</sup>, e che spesso questa attività ausiliaria ha per oggetto strumenti «minori», come un cellulare, rispetto ai complessi sistemi informatici.

Poiché l'attività probatoria fondata sull'informatica sta assumendo una crescente importanza, è ora necessario chiedersi che cosa stiano facendo le facoltà di giurisprudenza per preparare gli studenti a queste professioni forensi che non sono del domani, ma dell'oggi.

### 3. *L'insegnamento dell'informatica forense*

Secondo un docente di informatica forense all'Università di Bologna, l'insegnamento di questa materia dovrebbe comprendere i seguenti temi: «Principi di criminologia, modalità di attacco ai sistemi informatici, metodi di accesso ai sistemi informatici e di trasmissione dati, comportamenti dei più diffusi *file system*, struttura degli strumenti di memorizzazione, dei sistemi di compressione, di crittografia e di steganografia, applicazioni internet, prove informatiche (acquisizione, integrità, attendibilità), validazione temporale dei dati (compresa la stima delle date di utilizzo dei *file*, utilizzando date riferite

<sup>8</sup> Cesare Maioli menziona: «campo fiscale, commerciale e, per quanto consta alla nostra esperienza peritale, conferme di alibi, contenzioso del personale con la direzione, rapporti tra un cliente e un istituto di credito, rapporti tra cliente e gestore di servizi di commercio elettronico» (C. MAIOLI, *Introduzione all'informatica forense*, in P. POZZI (a cura di), *Crimine virtuale, minaccia reale. ICT security: politiche e strumenti di prevenzione*, Franco Angeli, Milano 2004, pp. 256).

ad altri eventi temporalmente confrontabili), strumenti e tecniche di effrazione degli strumenti informatici di sicurezza, prove informatiche (acquisizione, integrità, attendibilità), redazione di atti peritali»<sup>9</sup>.

Dai pochi accenni precedenti risulta evidente l'aspetto altamente tecnico dell'informatica forense e, d'altra parte, la sua crescente indispensabilità per il giurista. L'informatica forense è una disciplina in cui il diritto e l'informatica si compenetrano con la massima profondità. Da un lato, il giurista non può ignorare che oggi le prove sono in misura crescente di origine informatica e, quindi, la sua impreparazione in questo campo lo porta a dover delegare il caso ai periti. D'altro lato, l'informatico deve sapere con precisione quale è il regime delle prove nell'ordinamento giuridico positivo in cui deve operare, perché altrimenti corre il rischio di omettere l'accertamento di prove importanti, ovvero di fornire prove non utilizzabili in giudizio.

Ma né le conoscenze informatiche, né quelle processuali penali e civilistiche si possono acquisire in un unico corso di 44 o 66 ore. Non si pretende che il giurista possa divenire un informatico forense, né che l'informatico forense possa divenire un giurista. Sarebbe sufficiente che il giurista fosse in grado di porre domande comprensibili all'informatico (non solo forense) e che l'informatico comprendesse quanto occorre al giurista; in altri termini, sarebbe sufficiente che il giurista comprendesse bene le risposte che gli vengono dall'informatico, e che l'informatico si orientasse bene nelle esigenze giuridiche e, in particolare, processuali. Per raggiungere questo livello di conoscenze occorre una specializzazione interdisciplinare che non si può concentrare in poche ore d'insegnamento.

Le possibilità che si aprono a questo punto sono quindi due: a) occorre selezionare studenti che abbiano già un'adeguata preparazione di base; b) oppure bisogna predisporre un apposito corso universitario. Qui di seguito le due soluzioni vengono illustrate con due esempi (il primo nell'ambito privato, il secondo in quello pubblico), che hanno carattere puramente indicativo, anche perché nella *computer forensics*, la realtà professionale e didattica è in continua evoluzione.

a) Un master post-laurea in «Digital Forensics» è organizzato da Studio Delta di Bari ([www.studiodelta.it](http://www.studiodelta.it)) e viene così presentato: «Il percorso formativo comprende le discipline basiche del diritto civile, penale ed amministrativo delle nuove tecnologie, quelle di base dell'informatica giuridica, principi di criminologia, modalità di attacco ai sistemi informatici, metodi di accesso ai sistemi informatici e di trasmissione dati, comportamenti dei più diffusi *file system*, struttura de-

<sup>9</sup> C. MAIOLI, *Introduzione all'informatica forense*, in POZZI (a cura di), *Crimine virtuale, minaccia reale*, cit.

gli strumenti di memorizzazione, dei sistemi di compressione, di crittografia, applicazioni *internet*, ingegneria del *software*, crittografia e firma digitale, privacy, commercio elettronico, prove informatiche (acquisizione, integrità, attendibilità), validazione temporale dei dati (compresa la stima delle date di utilizzo dei file utilizzando date riferite ad altri eventi temporalmente confrontabili), strumenti e tecniche di effrazione degli strumenti informatici di sicurezza, redazione di atti peritali.

Il Master si focalizza sullo sviluppo delle competenze per eseguire l'analisi forense, con l'obiettivo di fornire la «*prova tecnica*» e cioè l'evidenza digitale di una specifica o generica attività e di eseguire una vera e propria investigazione forense che non si limita ad analizzare, in modo acritico, informazioni in formato digitale ma bensì a rielaborarle per il perseguimento della utilità giuridica».

Possono accedere a questo master in «Digital Forensics» i «laureati, sia di primo livello che di secondo, in Giurisprudenza ed Informatica che vogliono specializzarsi nella conduzione di indagini su dati digitali e raccordare conoscenze giuridiche e tecnologiche per rafforzare le proprie competenze. È richiesta familiarità con l'utilizzo del *personal computer*, conoscenza delle nozioni di base dell'informatica e della lingua inglese»<sup>10</sup>.

b) A questo fine, dal 2002 è stato istituito presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale un corso triennale di Informatica Giuridica che presenta la peculiarità di essere un corso interfacoltà: ad esso cooperano infatti la Facoltà di Giurisprudenza (con il 60% degli insegnamenti, in modo che chi termina questo corso possa poi accedere alla laurea magistrale) e la Facoltà di Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali (con il 40% degli insegnamenti e con le sue risorse tecniche). Alle materie giuridiche è aggiunto un modulo giuridico-informatico (per esempio, al diritto penale è aggiunto un modulo di diritto penale dell'informatica) e alle materie informatiche è aggiunto un modulo di informatica giuridica (per esempio, alle banche di dati è aggiunto un modulo sulle banche di dati giuridiche)<sup>11</sup>. Dall'anno accademico 2008-2009 sarà questo l'unico triennio offerto dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale.

<sup>10</sup> Informazioni tratte da <http://www.studiodelta.it/FE/Catalogo/Dettaglio.aspx?oidArea=000000&oid=000003&oidSub=000014&oidProd=00007X>. Accesso del 28/01/2009.

<sup>11</sup> Per una descrizione più particolareggiata cfr. M.G. LOSANO, *Un corso universitario triennale di informatica giuridica*, «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2003, n. 6, pp. 1047-1061.

In questo contesto, un corso di 44 ore è interamente dedicato all'informatica forense. Inoltre a questa materia, presso la Facoltà di Scienze, si dedica un apposito Laboratorio di Ricerca sull'Informatica Forense<sup>12</sup> (LaRIF), che mi pare essere l'unico in Italia. Il corso è tenuto dal professor Cosimo Anglano, del Dipartimento di Informatica, ma alcune esercitazioni sono tenute anche da funzionari della Polizia Postale.

I «Prerequisiti» indicati dalla *Guida dello Studente* non lasciano dubbi sulla natura tecnica della materia e sul fatto che essa esige un contesto che oggi ben poche facoltà di giurisprudenza sono in grado di fornire: «Il corso di rivolge a studenti che abbiano una conoscenza di base dei computer, dei sistemi operativi, della programmazione, delle reti di calcolatori e della sicurezza informatica, derivante dai relativi corsi previsti dal Corso di Laurea in Informatica giuridica». Senza queste conoscenze è difficile affrontare il testo di base del corso stesso<sup>13</sup>. Date queste premesse, può essere utile vedere il contenuto del corso, così come esso viene presentato agli studenti tanto sul sito del docente quanto su quello dell'università.

«L'Informatica Forense è quella disciplina che studia metodologie e tecniche per l'acquisizione, la conservazione, l'analisi e l'interpretazione dei dati presenti su un computer al fine di individuare elementi probatori finalizzati alla soluzione di crimini informatici e/o contenziosi di varia natura. Il corso di Informatica Forense si prefigge l'obiettivo di descrivere metodologie, tecniche e strumenti che permettano di: a) acquisire le prove senza alterare o modificare il sistema informatico su cui si trovano; b) garantire che le prove acquisite su altro supporto siano identiche a quelle originali; c) analizzare i dati senza alterarli; d) documentare in modo opportuno le varie fasi dell'indagine svolta.

*Programma del corso:* Il corso si articolerà in due parti. Nella prima parte saranno affrontate sia le problematiche di tipo giuridico relative alla gestione delle prove digitali, che le metodiche e le tecniche di analisi che ne consentono la corretta raccolta, conservazione, analisi ed interpretazione. La seconda parte del corso sarà invece dedicata all'approfondimento pratico delle suddette metodologie, me-

<sup>12</sup> Sul sito del LaRIF ([digitalforensics.di.unipmn.it](http://digitalforensics.di.unipmn.it)) si legge: «L'attività svolta dal LaRIF prevede lo studio e lo sviluppo di metodologie, tecniche e strumenti per l'analisi di evidenze digitali rinvenute su dispositivi elettronici quali computers, personal data assistant, telefoni cellulari, CD/DVD, lettori MP3, ed in generale qualunque dispositivo dotato di capacità di elaborazione e/o di archiviazione dati».

<sup>13</sup> B. NELSON, A. PHILLIPS, F. ERFINGER e C. STEUART, *Guide to Computer Forensics and Investigation*, Course Technology, Boston (Mass.) 2006, pp. XXVII-643 (2ª ed.).



dianche l'impiego di opportuni strumenti *hardware* e *software* che saranno utilizzati per analizzare alcuni reperti digitali relativi a casi di studio. Il corso viene svolto in collaborazione con il personale della Polizia Postale e delle Comunicazioni del Compartimento di Torino.

*Elenco degli argomenti trattati:* Gestione delle prove: congelamento, catena di custodia, riproducibilità, ammissibilità in giudizio; Problematiche relative all'analisi «live» di computer; Tecniche di analisi forense «post-mortem» (duplicazione di supporti con meccanismi *hardware* e *software*; tecniche di analisi per i *file systems* più diffusi; ricostruzione di attività degli utenti; cenni su tecniche di analisi forense dei sistemi di rete (*network forensics*); Analisi forense per dispositivi mobili (cenni)».

Guardando le caratteristiche di questa materia e ritornando con la mente alle origini dell'informatica giuridica, quando ancora la si chiamava giuscibernetica, ci si rende conto che il suo originario legame con la filosofia del diritto dipese in larga misura dal caso, poiché Vittorio Frosini ed io venivamo da questa materia. Ma in Germania Wilhelm Steinmüller veniva dal diritto ecclesiastico, Spiros Simitis dal diritto privato, Wolfgang Kilian dal diritto pubblico. In Francia i primi informatici giuridici erano avvocati o notai, come in Belgio.

Il collegamento tra l'informatica giuridica e la filosofia del diritto va oggi cercato, a mio giudizio, nella formalizzazione sia delle procedure giuridiche, sia delle conoscenze necessarie per applicare l'informatica al diritto. In fondo, ritorno sempre a quel passaggio dalla logica formale alla logica della programmazione, che decenni fa accompagnò la nascita del mio interesse per l'informatica giuridica.

Diverso è il problema del diritto dell'informatica. L'esperienza del corso triennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale dimostra che, a causa del crescente numero di norme che regolano l'uso dell'informatica nel diritto privato e pubblico, è di fatto impossibile organizzare un corso unitario di diritto dell'informatica, come se fosse una materia a sé. Sono necessarie precise conoscenze giuridiche di base, su cui innestare poi quelle informatiche, per giungere infine a una sintesi. Su questa convinzione si è fondata l'articolazione dei corsi in due fasi: dapprima le informazioni di base sulla materia generale, poi il modulo che esamina i rapporti fra quella materia giuridica e l'informatica.



# *L'informatica giuridica nella filosofia del diritto*

di Giovanni Sartor

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La logica giuridica nell'era pre-informatica. – 3. La deduzione giuridica automatica. I sistemi basati sulla conoscenza. – 4. Dai sistemi deduttivi ai modelli formali dell'argomentazione giuridica e della soluzione di problemi giuridici. – 4.1. La *defeasibility*. – 5. La dialettica plurisoggettiva del ragionamento giuridico. – 6. La costruzione di teorie e la verifica della loro coerenza. – 7. L'ontologia giuridica. – 8. La modellazione delle interazioni giuridiche. – 9. Conclusione.

## 1. *Introduzione*

Nella mia relazione mi propongo d'illustrare la rilevanza delle ricerche d'informatica giuridica per la filosofia/teoria del diritto. In particolare, mi propongo d'illustrare come all'interno dell'informatica giuridica si svolgano, in qualche caso in modo preminente, alcune importanti e tradizionali ricerche di filosofia del diritto. Vorrei inoltre indicare come le ricerche d'informatica giuridica delineino nuovi ambiti interdisciplinari per le discipline giuridiche, accanto a quelli ormai accettati nella cultura giuridica (diritto ed economia, diritto e sociologia, diritto e filosofia politica, ecc.). Si tratta del rapporto con le discipline dell'elaborazione automatica, e più in generale razionale, dell'informazione (logica e informatica), le discipline caratterizzanti l'odierna società dell'informazione. L'informatica giuridica in molti casi ha saputo non solo applicare quelle discipline a temi giuridici, ma anche dare alle stesse contributi significativi.

Svilupperò quindi la tesi che l'informatica giuridica, anziché essere esterna al nucleo della filosofia del diritto, ha saputo affrontare alcuni dei temi centrali della nostra disciplina. In particolare argomenterò che l'informatica giuridica ha un ruolo importante circa l'aspetto logico della filosofia/teoria del diritto, inteso, in un senso ampio, come lo studio delle forme del ragionamento giuridico (e la proposta di metodi cognitivi appropriati ai problemi giuridici). L'informatica giuridica ha inoltre un ruolo importante per l'aspetto ontologico, sia esso inteso, in una chiave realistica, come la caratterizzazione degli ele-

menti di cui consiste il diritto, o sia invece inteso in una chiave soggettivistica, come l'esame delle strutture concettuali in cui rappresentare il diritto. Distinguerò i due aspetti, logico e ontologico, anche se essi sono ovviamente strettamente correlati: possiamo elaborare la conoscenza in certi modi (con certi ragionamenti) solo se essa è rappresentata in certe strutture concettuali, e l'uso di certe strutture concettuali ha senso in quanto abiliti certi tipi di elaborazione. L'informatica giuridica ha anche qualcosa da dire circa gli aspetti sociologici della filosofia del diritto, ma a questo riguardo mi limiterò a brevi accenni.

## 2. *La logica giuridica nell'era pre-informatica*

È indubbiamente nell'aspetto logico (nello studio del ragionamento giuridico) che l'informatica giuridica ha dato i suoi maggiori contributi agli studi filosofico-giuridici. A mio parere, nell'era pre-informatica gli studi di logica giuridica erano giunti a una posizione di stallo, che cercherò di caratterizzare brevemente, prima di passare a esaminare il contributo dell'informatica giuridica. Questa posizione di stallo era caratterizzata dalla netta distinzione tra la logica giuridica formale, da un lato, e la retorica e la teoria dell'argomentazione non formalizzate, dall'altro.

I cultori della logica giuridica formale insistevano nel riproporre in ambito giuridico il modello del sistema assiomatico deduttivo. È questa la direzione nella quale ci conducono Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin nel fondamentale *Normative Systems*:<sup>1</sup> il legislatore e il giurista dogmatico dovrebbero congiungere i propri sforzi nell'obiettivo di elaborare assiomatizzazioni del diritto o almeno di particolari settori di esso. Così come Euclide aveva elaborato un modello assiomatico della geometria, e così come le moderne scienze naturali e sociali (si pensi in particolare all'economia) hanno elaborato modelli assiomatici delle proprie conoscenze, così il legislatore e il giurista dovrebbero sviluppare assiomatizzazioni di ambiti del diritto. Aggiungendo a una siffatta assiomatizzazione la descrizione di fattispecie concrete, si otterrebbe un insieme di premesse dal quale dedurre la disciplina giuridica di quelle fattispecie concrete. Si tratterebbe quindi di ampliare il modello dell'applicazione deduttiva del diritto (oltre il sillogismo giudiziale) fino a comprendere l'intera logica predicativa e le inferenze della logica deontica. In una dei suoi

<sup>1</sup> C.E. ALCHOURRON e E. BULYGIN, *Normative Systems*, Springer, Vienna 1971.

ultimi lavori, Carlos Alchourrón ribadisce la propria convinzione che l'ideale dell'assiomatizzazione del diritto possa e debba ispirare la legislazione e la dottrina, e possa avvicinare gli studi giuridici al metodo scientifico: come nella scienza i fenomeni da spiegare, l'*explanandum*, dovrebbero essere conseguenze logiche di un insieme di premesse, l'*explanans*, contenente leggi scientifiche generali e la descrizione di fatti specifici<sup>2</sup>, così nel diritto il contenuto di una conclusione (o decisione) giuridica concreta dovrebbe essere conseguenza di un insieme di premesse contenente norme generali e la descrizione di specifiche situazioni di fatto.

A questa idea, come è noto, si contrapponevano le critiche sviluppate dai cultori della retorica e della teoria dell'argomentazione non-formalizzata, tra cui vorrei in particolare Chaim Perelman: il campo della logica giuridica, come egli lo intende, riguarda la dimostrazione dell'accettabilità delle premesse, il confronto delle prove, degli argomenti e dei valori, ambito che, egli afferma, sfugge al metodo assiomatico-deduttivo<sup>3</sup>. A queste critiche si aggiungono quelle di quanti osservano che le stesse premesse del ragionamento giuridico non hanno la forma logica propria degli enunciati universali della logica: si tratta di topoi, di principi, che indicano certe risposte giuridiche, ma senza imporle in modo assoluto e definitivo<sup>4</sup>.

Ho parlato di una situazione di stallo perché le due posizioni sembravano avere difetti e vantaggi complementari: il metodo assiomatico-deduttivo offriva il rigore logico-analitico, al prezzo di perdere il contatto con il ragionamento giuridico reale; l'argomentazione informale guardava all'argomentazione giuridica, ma senza avere la capacità d'identificare con precisione analitica i modelli dell'inferenza non deduttiva. I tentativi, compiuti da alcuni studiosi di logica giuridica, di formalizzare alcuni aspetti non deduttivi del ragionamento giuridico (in particolare alcune forme tradizionali del ragionamento analogico) non modificavano sostanzialmente questa impasse. Si trattava di euristiche isolate, di schemi frammentari, non integrati tra loro in un modello logico complessivo.

A partire dagli anni '70 nell'ambito della teoria del diritto sono stati identificati alcuni importanti aspetti di modelli analitici dell'ar-

<sup>2</sup> C.G. HEMPEL, *Philosophy of Natural Sciences*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1966.

<sup>3</sup> C. PERELMAN, *Logique juridique: Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris 1979, p. 176.

<sup>4</sup> Tra i tanti, ricordo ad esempio, T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 3<sup>a</sup> ed., Beck, Munich 1965 e R.M. DWORKIN, *The Model of Rules I*, in «Taking Rights Seriously», (1st ed. 1967.), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1977, pp. 14-45.

gomentazione giuridica, come la distinzione tra giustificazione interna e giustificazione esterna, proposta da Wroblewski<sup>5</sup> e MacCormick<sup>6</sup>, la ricerca della coerenza, enfatizzata da Peczenick<sup>7</sup>, o l'argomentazione dialogica di Alexy<sup>8</sup>. Tuttavia, la logica giuridica formale rimaneva vincolata al modello del sistema assiomatico deduttivo, e ciò sembrava impedirle di accostarsi al nucleo argomentativo e dialettico del ragionamento giuridico, e altresì di far proprie nuove proposte come quelle appena menzionate.

### 3. *La deduzione giuridica automatica. I sistemi basati sulla conoscenza*

Anche all'interno dell'informatica giuridica non sono mancati i tentativi di applicare il metodo assiomatico-deduttivo. Anzi, la maggior parte dei sistemi basati sulla conoscenza giuridica oggi in uso, alcuni dei quali hanno ottenuto un notevole successo, sembrano attuare la strategia proposta da Alchourrón e Bulygin. In tali sistemi s'inserisce l'assiomatizzazione di un particolare ambito del diritto, e i sistemi stessi si occupano, interagendo con l'utilizzatore o accedendo a fonti di dati di vario genere, di applicare tale assiomatizzazione ai fatti di casi concreti.

Si tratta di applicazioni interessanti, non solo per la loro importanza pratica (hanno conseguito notevole successo in alcuni paesi, in particolare, in Australia e in Gran Bretagna)<sup>9</sup> ma anche perché dimostrano la possibilità e anzi l'utilità dell'assiomatizzazione del diritto. È vero che l'operare di tali sistemi non coglie i momenti fondamentali del pensiero giuridico (l'interpretazione della norma, la categorizzazione del fatto concreto nei termini della fattispecie astratta, il bilanciamento degli interessi e dei valori, ecc.), tuttavia non per questo essi si limitano a un compito banale.

Vi sono ambiti del diritto (come settori del diritto tributario, o del diritto amministrativo) dove, accanto all'interpretazione della norma

<sup>5</sup> J. WROBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in «Rechtstheorie» 5 (1974), pp. 33-45.

<sup>6</sup> D.N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford 1978.

<sup>7</sup> A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht 1989.

<sup>8</sup> R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2<sup>a</sup> ed., Suhrkamp, Francoforte 1991.

<sup>9</sup> P. JOHNSON e G. MASRI, *Making Better Determinations, Discussion Paper No. 7*, in «Future Challenges for E-government, Australian Government», Department of Finance e Deregulation, 2004.

e della qualificazione del caso è importante (e talvolta preminente) la capacità di considerare combinazioni di norme molteplici, dalla cui concatenazione risulta la decisione del caso concreto (l'una norma fornendo le precondizioni per l'applicazione dell'altra). Vi sono inoltre settori della pratica del diritto nei quali le esigenze della precisione e della certezza sono preminenti, e nei quali l'applicazione del diritto è organizzata secondo un modello di tipo burocratico che distingue la soluzione centralizzata delle questioni controverse (in forme vincolanti per tutta l'organizzazione) e l'applicazione decentrata del diritto.

In questi casi può essere utile disporre di un sistema che registri tutte le norme e che sia in grado di concatenarle, assistendo il funzionario o il cittadino nell'applicazione di tali norme a casi concreti. Nello sviluppare un sistema di questo tipo si riorganizza il ragionamento giuridico in vista di una applicazione simbiotica tra esseri umani e macchine. Alcune persone interpretano le norme da applicare, registrando nel sistema le scelte interpretative effettuate in nome dell'organizzazione. Altre persone forniscono al sistema dati di fatto, qualificandoli opportunamente, o nel momento stesso in cui le norme debbono essere applicate, o in un momento precedente, alimentando in quest'ultima ipotesi, una base di dati contenente fatti giuridicamente rilevanti (per esempio, archivi anagrafici, fiscali, o giudiziari). Il sistema applica le norme a questi dati di fatto, proponendo soluzioni di casi concreti.

Il modello del sistema assiomatico deduttivo si rivela quindi appropriato, ma non tanto come compito del giurista o del giudice, quanto come modello per l'applicazione burocratica del diritto, nell'ambito di strutture amministrative.

#### 4. *Dai sistemi deduttivi ai modelli formali dell'argomentazione giuridica e della soluzione di problemi giuridici*

A mio parere il contributo fondamentale dell'informatica giuridica alla logica giuridica è consistito nell'elaborazione di modelli formalizzati del ragionamento giuridico non deduttivo. Tali modelli hanno rappresentato la sintesi tra l'esigenza fondamentale alla base dell'applicazione del metodo deduttivo, cioè quella del rigore analitico e della univocità delle inferenze, e l'esigenza alla base del modello retorico-argomentativo, cioè l'esigenza che la logica giudica accompagni i passi fondamentali del ragionamento giuridico: l'interpretazione del diritto, il bilanciamento di norme e valori, e la qualificazione del fatto.

In questa sede mi limiterò a menzionare alcuni aspetti dei modelli d'inferenza elaborati nel corso degli ultimi anni nelle ricerche d'intelligenza artificiale e diritto.

#### 4.1. *La defeasibility*

Un primo fondamentale aspetto del ragionamento giuridico che sfugge al ragionamento deduttivo è quello della *defeasibility*, termine per il quale possono essere usate varie traduzioni italiane, nessuna forse del tutto adeguata, (vincibilità, sconfiggibilità, revocabilità, invalidità, disfattibilità, defettibilità, inficiabilità, ecc.)<sup>10</sup>.

Il concetto di *defeasibility*, così come è oggi usato, deriva principalmente dalle ricerche di logica, epistemologia ed informatica, ma affonda le sue radici anche nel pensiero morale e giuridico. Ricordiamo che già Aristotele nell'*Etica Nicomachea* osservava come le leggi debbano essere universali, ma possano dare soluzioni adeguate solo per la maggioranza dei casi. Una legge universale che risulti inadeguata in alcuni casi concreti non è errata: l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura del caso, nel materiale del comportamento umano<sup>11</sup>. David Ross si accostò alla stessa tematica mediante il concetto di obbligazioni *prima facie*. Secondo questo autore le intuizioni morali non sono principi mediante la cui immediata applicazione si possa dedurre il nostro obbligo in circostanza particolari, essi stabiliscono obblighi *prima facie*<sup>12</sup>. Anche Herbert Hart si interessò al fenomeno della *defeasibility*, osservando, in uno dei suoi primi scritti, come gli effetti giuridici siano «*defeasible*», cioè come essi sussistano solo se non si diano circostanze atte a impedire o a terminare la loro sussistenza<sup>13</sup>.

Nell'epistemologia contemporanea, John Pollock, forse il principale teorico del ragionamento *defeasible*, osserva come la *defeasibility* sia necessaria componente di un agente cognitivo limitato che deve vivere ed agire tempestivamente in un mondo molto più grande e complesso: tale agente deve formare credenze sulla base d'insiemi

<sup>10</sup> Il termine *defeasible*, deriva, tramite l'inglese, dal francese *desfaire*, che a sua volta trae origine dal latino *disfacere*, disfare, e ha quindi la medesima radice del termine *disfatta*, *defeat* in inglese.

<sup>11</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, in «Opere», vol. 7, Laterza, Bari 1998.

<sup>12</sup> W.D. ROSS, *Foundations of Ethics*, Clarendon, Oxford 1939, pp. 84-5.

<sup>13</sup> H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in *Logic and Language*, a cura di A. Flew, (1st ed. 1948-1949), Blackwell, Oxford 1951, pp. 145-66, p. 152.



limitati d'*input* percettivi, ma deve essere capace di rivedere quelle credenze alla luce d'*input* percettivi ulteriori<sup>14</sup>.

Abbiamo due strategie per far fronte alla provvisorietà della conoscenza umana. La prima consiste nel dare alla nostra conoscenza la forma di una base assiomatica deduttiva, composta di enunciati universali, tali da essere falsificati da ogni fatto particolare che li contraddica. Ogni volta che scopriamo un caso nel quale uno di tali enunciati conduce a conclusioni false (o a conseguenze inaccettabili o assurde), dobbiamo ritenere che l'enunciato sia stato falsificato, o comunque sia dimostrato scorretto, ragion per cui dobbiamo abbandonarlo e sostituirlo con un nuovo enunciato generale, capace di fornire la conclusione corretta anche nel caso che sfugge alla regola precedente (secondo il metodo ipotetico-deduttivo descritto da Karl Popper)<sup>15</sup>.

La seconda strategia consiste invece nel mantenere fermi i nostri enunciati generali, anche di fronte a eventuali eccezioni. Si tratta di assumere, come indicava Aristotele, che essi riguardino solo la maggior parte dei casi, o i casi normali, e che quindi, come si suol dire «l'eccezione confermi la regola» o meglio, che «l'eccezione non pregiudichi la regola». Il caso anomalo, allora, non sarà l'occasione per abbandonare la regola o per mutarne il contenuto, ma per assumere invece che l'operatività della regola sia limitata da ragioni diverse da quelle che sorreggono la regola stessa, ragioni che possono trovare espressione in un'eccezione, in un principio prevalente, in criteri per determinare quale tra più regole confliggenti prevalga in caso di conflitto.

L'idea della base assiomatica deduttiva si trasforma allora in quella della base di conoscenza *defeasible* o anzi della cornice argomentativa, l'idea della deduzione in quella dell'argomento *defeasible*, cioè dell'inferenza che sorregge una conclusione giuridica solo a condizione che non vi siano controargomenti capaci d'inficiarne la forza giustificativa. È importante sottolineare la differenza tra il una cornice argomentativa e una base assiomatica deduttiva. La base assiomatica deduttiva è consistente e piatta, il *framework* argomentativo è conflittuale e gerarchico: esso comprende ragioni che si oppongono tra loro, ragioni per preferire alcune ragioni su altre, ragioni per applicare o non applicare certe ragioni date certe condizioni.

Entrambe le strategie appena delineate, quella di formulare il diritto in un sistema assiomatico e quello di esprimerlo come una cor-

<sup>14</sup> J.L. POLLOCK, *Cognitive Carpentry: A Blueprint for How to Build a Person*, MIT Press, New York, N.Y. 1995, p. 40.

<sup>15</sup> K.R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London 1959.

nice argomentativa possono trovare giustificazione, in diversi contesti. La seconda strategia corrisponde più direttamente alle strutture del linguaggio giuridico non-formalizzato (che espongono il diritto indicando regole ed eccezioni, principi, criteri di preferenza, ecc.) e riflette più direttamente l'andamento del ragionamento giuridico, quando si applica ai propri tipici contenuti: diversi valori da bilanciare, diverse norme che danno attuazione a quei valori, meta-norme indicano quali valori e quali norme possano prevalere nelle situazioni di conflitto, ecc.

Ciò non esclude però che possa essere utile elaborare teorie assiomatiche dei concetti giuridici fondamentali, come ha fatto recentemente Luigi Ferraioli nei suoi *Principia Juris*<sup>16</sup>. Ciò non esclude neppure che sia utile, nella rappresentazione di determinate discipline giuridiche, passare dal modello argomentativo a quello assiomatico (in particolare, nei contesti amministrativi nei quali si richieda, come osservavamo, un'applicazione burocratizzata del diritto, basata sulla netta distinzione di diversi livelli di responsabilità).

Anzi, possono definirsi procedure automatiche capaci di produrre basi assiomatiche da basi argomentative, appiattendo la conoscenza giuridica su un unico livello. Si tratta di ottenere una base assiomatica le cui conclusioni deduttive contengano tutte le conclusioni giustificate a partire dalla corrispondente cornice argomentativa. L'interazione dialettica delle ragioni a favore e in contrario e delle ragioni per preferire l'una ragione all'altra si trasforma nella descrizione delle connessioni tra fatti e conseguenze giuridiche che risultano una volta che si siano determinate le norme applicabili e si siano risolti tutti i conflitti.

Tale appiattimento comporta però una perdita d'informazione: la base di conoscenza deduttiva non contiene memoria delle scelte da cui essa risulta, e quindi non contiene le informazioni utili per riconsiderare quelle scelte, ad esempio, per adottare nuove soluzioni interpretative. Bisogna risalire alla cornice argomentativa quando si voglia cogliere l'articolazione del ragionamento giuridico, e in particolare quando si vogliano elaborare strumenti informatici capaci di assistere il ragionamento del giurista.

Per cogliere le forme del ragionamento *defeasible* l'informatica giuridica ha sperimentato diversi formalismi, ma l'indirizzo che ha avuto maggior seguito è quello secondo il quale la *defeasibility* risulta dalla dialettica di argomenti e controargomenti. Mi limito a ricordare il

<sup>16</sup> L. FERRAIOLI, *Principia juris: Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari 2007.

modello che io stesso ho sviluppato con il collega Henry Prakken<sup>17</sup>. In tale modello, data una cornice argomentativa (cioè un insieme di conoscenze normative: regole, meta-regole, priorità, valori, ecc.), una conclusione risulta giustificata se essa è sostenuta da un argomento vincente, cioè da un argomento che riesca a sostenere tutte le critiche, cioè tutti i validi controargomenti sviluppabili con i materiali disponibili nell'ambito della cornice argomentativa. Poiché quelle critiche possono a loro volta essere invalidate da obiezioni, ne risulta un modello articolato in più livelli: l'argomento iniziale può essere invalidato da controargomenti, i quali a loro volta possono essere invalidati da ulteriori argomenti in contrario, e così via. La prova che un argomento è giustificato assume la forma di un albero di argomenti, in cui ogni livello è costituito dagli argomenti che attaccano gli argomenti del livello superiore. L'argomento iniziale è giustificato se tutti i rami dell'albero dialettico terminano con nodi di livello dispari (il nodo iniziale, di livello 1, le repliche agli attacchi contro il livello iniziale, le repliche contro gli attacchi a tali repliche, ecc.).

È interessante osservare come questo modello possa essere equivalentemente presentato in forma dialettica, cioè come di un dialogo nel quale un Proponente, la parte che avanza l'argomento iniziale, interagisce con un Opponente, che contesta quell'argomento. Entrambe le parti usano nel modo migliore la conoscenza disponibile per sviluppare argomenti atti a contrastare gli argomenti della controparte. Il Proponente riesce a vincere se ha l'ultima parola, proponendo un argomento (possibilmente a difesa di un precedente argomento contestato) contro il quale l'opponente non riesce a replicare.

Recentemente il modello appena menzionato è stato esteso in modo da tener conto dell'onere della prova, la cui allocazione può essa stessa essere sostenuta da ragioni e controragioni. Ne risultano argomentazioni nelle quali i conflitti tra argomenti dotati di pari forza (o comunque tra i quali lo squilibrio non raggiunga lo standard probatorio richiesto), sono decisi contro la parte cui spetta l'onere della prova<sup>18</sup>.

Non posso qui esaminare altri modelli per il ragionamento *de-feasible* sviluppati nell'ambito delle ricerche d'informatica giuridica<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Vedi H. PRAKKEN e G. SARTOR, *Argument-based Extended Logic Programming with Defeasible Priorities*, in «Journal of Applied Non-classical Logics 7» 1997, pp. 25-75 e G. SARTOR, *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, vol. 5, «Treatise on Legal Philosophy and General Jurisprudence», Springer, Berlin 2005.

<sup>18</sup> H. PRAKKEN e G. SARTOR, *Formalising Arguments about the Burden of Persuasion*, in «Proceedings of the 11th international conference on Artificial intelligence and law (ICAIL-2007)», ACM, New York, N.Y. 2007.

Mi basta aver delineato quella che rappresenta a mio parere un'importante linea innovativa nello studio della logica giuridica, che contribuire a ridurre la distanza tra i modelli formali e il ragionamento giuridico. Recentemente è stata avviata un'intensa collaborazione tra studi informatico-giuridici e studi di teoria dell'argomentazione. Segnalo in particolare il contributo di Douglas Walton, uno dei più noti e prolifici studiosi dell'argomentazione che ha collaborato intensamente agli studi d'informatica giuridica. Ciò ha condotto alla rappresentazione formale di numerosi schemi argomentativi, dotati di precisione formale e della capacità d'inserirsi in modelli complessivi del ragionamento giuridico<sup>20</sup>. Sono stati altresì sviluppati sistemi informatici destinati ad aiutare lo sviluppo dell'argomentazione, in particolare consentendo di costruire mappe logiche e grafiche dei possibili argomenti<sup>21</sup>.

Accanto agli schemi argomentativi che attengono all'uso di regole sono stati identificati e formalizzati schemi intesi a riprodurre il ragionamento basato sui casi. Per esempio, il modello sviluppato dagli studiosi statunitensi Kevin Ashley and Edwina Rissland – per effettuare analogie fondate sulle dimensioni e i fattori che hanno determinato decisioni precedenti – ha riscosso un notevole interesse, dando luogo altresì alla definizione di modelli logici corrispondenti<sup>22</sup>.

##### 5. *La dialettica plurisoggettiva del ragionamento giuridico*

Il modello argomentativo appena delineato può essere considerato in una prospettiva monologica, cioè quale rappresentazione del ragionamento che si svolge nella mente del singolo giurista quando questo, nel valutare un caso controverso, esamina gli argomenti pro e contro, riflette sulle possibili alternative decisionali, e organizza la sua

<sup>19</sup> Vedi, ad esempio, T.F. GORDON, *The Pleadings Game. An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*, Kluwer, Dordrecht 1995, R.P. LOUI e J. NORMAN, *Rationales and Argument Moves*, in «Artificial Intelligence and Law 3» 1995, pp. 159-89, R.A. KOWALSKI e F. TONI, *Abstract Argumentation*, in «Artificial Intelligence and Law 4» 1996, pp. 275-96.

<sup>20</sup> D.N. WALTON, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Springer, Berlin 2005; T.F. GORDON, H. PRAKKEN e D.N. WALTON, *The Carneades Model of Argument and Burden of Proof*, in «Artificial Intelligence» 2007.

<sup>21</sup> Vedi ad esempio C. REED e G. ROWE, *Araucaria: Software for Argument Analysis, Diagramming and Representation*, in «International Journal on Artificial Intelligence Tools» (2004), p. 983.

<sup>22</sup> E.L. RISSLAND e K.D. ASHLEY, *A Case-based System for Trade Secrets Law*, in «Proceedings of the First International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL)», a cura di ACM, New York, N.Y. 1987, pp. 60-6.

conoscenza in un'architettura argomentativa. Tuttavia, come abbiamo visto, quel ragionamento può essere visto anche come un dialogo, nel quale il ragionatore gioca simultaneamente due ruoli, quello del proponente e quello dell'opponente.

L'elemento dialogico del ragionamento giuridico diventa esplicitamente plurisoggettivo in altri modelli sviluppati nelle ricerche d'informatica giuridica, modelli che riprendono le acquisizioni nel campo della logica *defeasible*, e vi aggiungono la definizione delle regole che governano gli scambi dialettici tra le parti. Si tratta dei seguenti tipi di regole<sup>23</sup>:

- regole di locuzione, che stabiliscono quali mosse argomentative (atti linguistici da inserire nel gioco degli argomenti) siano disponibili alle parti,
- regole strutturali, che stabiliscono quando possano essere compiute tali mosse;
- regole d'impegno, che stabiliscono quali effetti vincolanti il compimento di certe mosse comporti per l'autore;
- regole di terminazione, che stabiliscono quando il dialogo termina e con quali risultati.

Le elaborazioni di protocolli formali per i dialoghi giuridici, oltre a rifarsi alle teorie dialogiche del diritto (specialmente ai fondamentali contributi in materia di Robert Alexy)<sup>24</sup>, riprendono le teorie formali del dialogo, sviluppate fin dagli anni '70 nell'ambito degli studi logico-filosofici<sup>25</sup>, le teorie formali degli atti linguistici<sup>26</sup>, e gli studi informatici sui protocolli di comunicazione<sup>27</sup>. Quando un dialogo è dotato di un protocollo formale, diventa possibile effettuarne un'a-

<sup>23</sup> D.N. WALTON e E. KRABBE, *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, State University of New York Press, Albany, N.Y. 1995, pp. 46-52.

<sup>24</sup> R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, cit.

<sup>25</sup> Vedi ad esempio C. HAMBLIN, *Mathematical Models of Dialogue*, in «Theoria 37» (1971), pp. 130-55; P. LORENZEN e K. LORENZ, *Dialogische Logik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1978; J.D. MACKENZIE, *Four Dialogue Systems*, in «Studia Logica 44» (1990), pp. 567-83; WALTON e KRABBE, *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*.

<sup>26</sup> Vedi ad esempio J.R. SEARLE e D. VANDERVECKEN, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass. 1985.

<sup>27</sup> Per alcune considerazioni sui modelli formali del dialogo, vedi G. SARTOR, *A Teleological Approach to Legal Dialogues*, in «Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy», Hart, Oxford 2007, pp. 249-74, quali esempi di sistemi dialogici, vedi GORDON, *The Pleadings Game. An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice*; H. PRAKKEN, *Relating Protocols for Dynamic Dispute with Logics for Defeasible Argumentation*, in «Synthese 127» 2001, pp. 187-219.

nalisi precisa. In particolare, diventa possibile studiarlo mediante la teoria dei giochi, e determinare così se una parte abbia una strategia vincente, se le parti tendano a convergere verso certi equilibri, ecc.<sup>28</sup>.

Sulla base degli studi sui sistemi dialogici formali sono stati sviluppati alcuni sistemi informatici tesi a supportare il ragionamento cooperativo, indicando ai dialoganti, in ogni momento della loro interazione, quale sia lo stato di ogni argomento, e quali nuovi argomenti possano essere rilevanti per l'oggetto della discussione. Inoltre tali sistemi mirano a organizzare le informazioni fornite nel corso del dialogo in un'architettura di argomenti e contro-argomenti (ragioni e contro-ragioni), dove ogni argomento sia collegato agli argomenti che sostiene o attacca. Chi entra nella discussione può quindi accedere più facilmente al problema che lo interessa, o rispetto al quale egli voglia fornire un contributo. Tra le applicazioni, la realizzazione di sistemi intesi a promuovere il dialogo democratico su Internet (la discussione di temi politici e amministrativi) o a migliorare le decisioni in ambito aziendale (ad esempio, le persone coinvolte nello sviluppo di un certo prodotto, possono sviluppare ragioni a favore e contro certe scelte progettuali o commerciali). Questi sistemi si scontrano però con la difficoltà di tradurre in strutture logiche uniformi (necessarie affinché il sistema possa organizzare le argomentazioni fornite dalle parti), le molteplici e complesse forme linguistiche in cui si svolge il dibattito pubblico. Più mature invece sono le possibilità di usare strumenti automatici quale aiuto per la visualizzazione e la presentazione di analisi di strutture argomentative, affidando però all'utilizzatore il compito di cogliere il senso dei discorsi delle parti e le relazioni logiche tra di essi<sup>29</sup>.

## 6. *La costruzione di teorie e la verifica della loro coerenza*

L'idea che una cornice argomentativa possa contenere ragioni in conflitto, accanto a criteri per la soluzione dei conflitti, non significa

<sup>28</sup> Vedi, ad esempio, R. RIVERET, H. PRAKKE, A. ROTOLO e G. SARTOR, *Heuristics in Argumentation: A Game-Theoretical Investigation*, in «Computational Models of Argument. Proceedings of COMMA-08», IOS, Amsterdam, 2008.

<sup>29</sup> Su questo tema, vedi T.F. GORDON e N. KARACAPILIDIS, *The Zenon Argumentation Framework*, in «Proceedings of the Sixth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL)», ACM, New York, N.Y. 1997, pp. 10-9; T.F. GORDON e D.N. WALTON, *The Carneades Argumentation Framework – Using Presumptions and Exceptions to Model Critical Questions*, in «Proceedings of the First International Conference on Computational Models of Argument (COMMA-06)», 2006.

che una teoria giuridica (cioè l'insieme delle ragioni che utilizziamo per affrontare problemi giuridici) possa accogliere qualsiasi contenuto. Dato un certo insieme di materiali giuridici e di convinzioni etico-politiche, diverse teorie giuridiche sono possibili, teorie giuridiche che possono condurre a diverse soluzioni dei casi concreti<sup>30</sup>. Di qui il problema dei criteri per costruire teorie giuridiche, per confrontarle, per scegliere la migliore tra di esse (migliore nel senso di più coerente).

Nelle ricerche d'informatica giuridica sono stati ripresi e adattati alcuni modelli computazionali della coerenza, cioè modelli formali per valutare il grado di coerenza di una teoria. In particolare, è stato utilizzato il modello proposto da Paul Thagard, che ha il vantaggio d'incorporare nella coerenza di una teoria la capacità di rendere ragione d'*input* esterni (come le fonti del diritto, in particolare leggi e precedenti, e i fatti empiricamente accertati)<sup>31</sup>. Il tema della coerenza è particolarmente importante nell'ambito delle teorie del ragionamento *defeasible*. Anche se una stessa cornice argomentativa può contenere regole o valori in conflitto, tuttavia non tutte le cornici argomentative sono equivalenti: è possibile valutare, anche con tecniche formali, la coerenza d'insiemi di regole, meta regole, e valori, dove la coerenza non dipende solo dall'assenza di conflitti ma anche dalla capacità di risolvere i conflitti esistenti (così da giungere a conclusioni determinate), della semplicità computazionale (numero d'inferenze necessarie per giungere alle conclusioni giustificabili), dalla sinteticità, dalla capacità di tener conto di tutti gli input (accogliere quante più fonti e spiegare tanti più casi) e delle loro gerarchie d'importanza.

## 7. L'ontologia giuridica

Gli studi d'informatica giuridica hanno affrontato vari temi attinenti all'ontologia giuridica, cioè all'individuazione e alla caratterizzazione degli enti che costituiscono il diritto e delle loro relazioni, o

<sup>30</sup> Per teorie giuridiche intendo in termini molto generali l'insieme delle informazioni o conoscenze (regole, valori, fattori, standard, priorità, ecc.) da utilizzare nella soluzione di problemi giuridici.

<sup>31</sup> Vedi ad esempio, P. THAGARD, *Conceptual Revolutions*, Princeton University Press, Princeton, N.J. 1992, applicato al diritto in T.J.M. BENCH-CAPON e G. SARTOR, *A Model of Legal Reasoning with Cases Incorporating Theories and Values*, in «Artificial Intelligence 150» 2003, pp. 97-142. Il tema della costruzione di teorie, e della loro coerenza, era stato affrontato precedentemente affrontato da L.T. MCCARTY, *A Computational Theory of Eisner v Macomber*, in *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, a cura di C. Ciampi, North Holland, Amsterdam 1982, pp. 329-55.

se si preferisce, alla individuazione e caratterizzazione di concetti e relazioni concettuali mediante cui rappresentare il diritto.

Alcune ricerche d'informatica giuridica hanno costituito il naturale sviluppo degli studi di logica giuridica in tema di concetti giuridici. Queste ricerche hanno condotto in particolare alla caratterizzazione logica delle modalità normative, non solo quelle elementari, ma anche i concetti hohfeldiani, i concetti potestativi, le metanorme, ecc.<sup>32</sup>. Sulla base di tali analisi si sono sviluppate tecniche per rappresentare in forma logica diverse tipologie di norme, non solo quelle che enunciano obblighi e permessi, ma anche quelle che statuiscono effetti giuridici variamente costitutivi<sup>33</sup>, e inoltre per fornire precise ricostruzioni logiche di concetti normativi complessi, come quello di fiducia o responsabilità.

Queste ricerche si caratterizzano non solo per l'impiego di modelli logici formali, ma anche per il passaggio da un atteggiamento meramente analitico o critico, a un atteggiamento costruttivo, direi ingegneristico: esse non mirano tanto a cogliere l'apparato concettuale comunemente adottato nel discorso giuridico, quanto fornire un apparato concettuale adeguato all'informatica giuridica e al giurista, apparato da utilizzare per rappresentare i contenuti giuridici con chiarezza ed efficienza computazionale.

Accanto alla definizione logica dei concetti giuridici fondamentali, l'informatica giuridica ha affrontato l'analisi dei concetti giuridici di più basso livello, quelli propri dei diversi ordinamenti positivi. Le ricerche a questo riguardo si collegano ad un tema di grandissima importanza e attualità, quello delle *ontologie informatiche*, cioè dei modelli formali di determinati ambiti della realtà (degli oggetti che vi

<sup>32</sup> Vedi, ad esempio, L.E. ALLEN, *Towards a Normalized Language to Clarify the Structure of Legal Discourse*, in «Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems», a cura di A.A. Martino, North Holland, Amsterdam 1982, pp. 349-407; M.J. SERGOT, *Normative Positions*, in «Norms, Logics and Information Systems», a cura di P. Mcnamara e H. Prakken, IOS, Amsterdam 1999, pp. 289-308; A.J. JONES e M.J. SERGOT, *A Formal Characterisation of Institutionalised Power*, in «Journal of the IGPL 4» (1996), pp. 429-45; H. HERRESTAD e C. KROGH, *Obligations Directed from Bearers to Counterparties*, in «Proceedings of the 5<sup>th</sup> International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL)», ACM, New York, N.Y. 1995, pp. 210-8; G. SARTOR, *Fundamental Legal Concepts: A Formal and Teleological Characterisation*, in «Artificial Intelligence and Law 21» 2006, pp. 101-42.

<sup>33</sup> Come quelle distinte da Amedeo Conte e Gaetano Carcaterra, vedi A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, in «Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994», Giappichelli, Torino 1995, pp. 265-312, e G. CARCATERRA, *Metodologia giuridica*, in «Corso di studi superiori legislativi», a cura di M.D. D'Antonio, Cedam, Padova 1990, pp. 107-80.



esistono e delle loro relazioni), o se si preferisce, dei modelli formali delle relative concettualizzazioni, modelli destinati ad essere utilizzati da sistemi informatici. Il tema delle ontologie ha acquisito crescente rilevanza in relazione all'esigenza di ampliare la rappresentazione informatica della realtà, svincolarla da particolari applicazioni, e garantire la comunicazione tra sistemi che utilizzano diversi linguaggi: ciò richiede la precisa definizione delle categorie concettuali e dei loro rapporti, quale prerequisito per accordarsi sul loro contenuto e sulla loro rappresentazione linguistica, o per definire procedure automatiche per la conversione dall'uno all'altro schema concettuale. Le ricerche informatiche in materia hanno condotto alla definizione di nuovi modelli logici per la rappresentazione e l'elaborazione dei concetti<sup>34</sup>, e di nuove teorie sui concetti e la loro rappresentazione<sup>35</sup>. L'informatica giuridica finora ha utilizzato le acquisizioni della ricerca informatica sulle ontologie formali solo in misura limitata: i risultati finora ottenuti nel campo delle ontologie giuridiche sono ancora modesti (e spesso criticabili dal punto di vista della teoria del diritto), pur emergendo già alcuni profili di sicuro interesse (per esempio, nella trattazione del multilinguismo)<sup>36</sup>. Credo però che in questo ambito vi siano grandi, e ancora largamente inesplorate, possibilità di sviluppo.

Un settore nel quale le ricerche d'informatica giuridica da tempo si intrecciano con quelle della teoria del diritto è quello della dinamica dei sistemi normativi. Le ricerche che Carlos Alchourrón compì in questo ambito, in collaborazione con David Makinson e Paul Gar-

<sup>34</sup> In particolare, le logiche descrittive. Vedi D. NARDI e R.J. BRATMAN, *An Introduction to Description Logics*, in «Description Logic Handbook», a cura di F. Baader, D. Calvanese, D. McGuinness, D. Nardi e P. Patelschneider, Cambridge University Press, Cambridge, Mass. 2002, pp. 5-44.

<sup>35</sup> Vedi per tutti J.F. SOWA, *Knowledge Representation: Logical, Philosophical, and Computational Foundations*, Brooks Cole, Pacific Grove, Cal. 1999; J.F. SOWA, *Categorization in Cognitive Computer Science*, in «Handbook of Categorization in Cognitive Science», a cura di H. Cohen e C. Lefebvre, Elsevier, Amsterdam 2006, pp. 141-63.

<sup>36</sup> G. AJANI, G. PERUGINELLI, G. SARTOR e D. TISCORNIA (a cura di), *The Multilingual Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, Firenze 2007; G. AJANI, G. BOELLA, L. LESMO, M. MARTIN, A. MAZZEI e P. ROSSI, *A Development Tool For Multilingual Ontology-based Conceptual Dictionaries*, in «Proceedings of 5th International Conference on Language Resources and Evaluation (LREC06)», European Press Academic Publishing, Firenze 2006, pp. 1-6. Come esempi di ontologie giuridiche, vedi J. BREUKER e R. HOEKSTRA, *Core Concepts of Law: Taking Common-Sense Seriously*, in «Proceedings of Formal Ontologies in Information Systems (FOIS-2004)», IOS, Amsterdam 2004, pp. 210-21; A. GANGEMI, M.-T. SAGRI e D. TISCORNIA, *A Constructive Framework for Legal Ontologies*, in «Law and the Semantic Web», a cura di V.R. Benjamins, P. Casanovas, J. Breuker e A. Gangemi, Springer, Berlin 2005, pp. 97-124.

denfors hanno condotto a risultati di grande significato non solo per il diritto ma anche per l'informatica. La «logica del cambiamento delle teorie» rappresenta oggi uno degli indirizzi di ricerca più importanti nel campo della dinamica della conoscenza<sup>37</sup>. Le ricerche d'informatica giuridica hanno sviluppato nuovi modelli formali della dinamica degli ordinamenti e della conoscenza giuridica, riprendendo il modello della revisione delle teorie, o allontanandosi da esso<sup>38</sup>. Anche questo è un settore nel quale vi sono a mio parere notevoli possibilità di ricerche informatico-giuridiche innovative, ricche di risultati sia per la gestione delle basi di dati giuridiche (che dovrebbero acquisire la capacità di offrire la legislazione in vigore nel tempo indicato dall'interrogante), sia per gli studi teorico-giuridici e costituzionalistici.

### 8. *La modellazione delle interazioni giuridiche*

Vorrei ricordare da ultimo come tutte le ricerche sin qui menzionate, quelle sull'argomentazione, quelle sul dialogo, quelle sull'ontologia possano integrarsi nell'ambito della modellazione delle interazioni giuridicamente regolate tra agenti autonomi.

L'evoluzione dell'informatica ha condotto verso architetture sempre più decentrate: i sistemi monolitici del passato (basati sull'integrazione e il coordinamento centralizzato delle elaborazioni) sono stati sostituiti da sistemi costituiti di oggetti distinti, ciascuno dotato di propri dati e di proprie procedure, e poi dai sistemi multiagenti, costituiti mediante l'interazione comunicativa di unità (gli agenti) capaci d'inviare e ricevere messaggi, e caratterizzate ciascuna da propri scopi da perseguire con autonomia, secondo scelte effettuate in base a conoscenze locali. Per coordinare l'attività di tali agenti sono state sperimentate varie soluzioni, tra le quali, in particolare, la soggezione degli agenti stessi a vincoli normativi. Di qui la ricerca sulle *istituzioni elettroniche*, sistemi normativi intesi a governare il funzionamento di agenti informatici, i quali stessi sono chiamati a riconoscere le norme valide (atte a governare l'interazione di tali agenti) e ad uti-

<sup>37</sup> C.E. ALCHOURRON e D. MAKINSON, *Hierarchies of Regulations and Their Logic*, in «New Studies on Deontic Logic», a cura di R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981, pp. 123-48; C.E. ALCHOURRO, P. GAERDENFORS e D. MAKINSON, *On the Logic of Theory Change: Partial Meet Functions for Contractions and Revisions*, in «Journal of Symbolic Logic 50» (1985), pp. 510-30; P. GARDENFORS, *Knowledge in Flux*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1987.

<sup>38</sup> Vedi, ad esempio, G. GOVERNATORI, M. PALMIRANI, A. ROTOLO, R. RIVERET e G. SARTOR, *Norm Modifications in Defeasible Logic*, in «Proceedings of Jurix 2006», IOS, Amsterdam 2006, pp. 13-22.

lizzarle nell'ambito del proprio processo deliberativo, o quali ragioni di cui avvalersi nei dialoghi con altri agenti<sup>39</sup>.

Per la realizzazione d'istituzioni elettroniche si debbono affrontare tutti i principali temi della teoria del diritto: il ragionamento, la dialettica, l'ontologia e la psicologia. Bisogna che le conoscenze giuridiche siano parte del processo raziocinativo degli agenti interessati, bisogna che a esse gli agenti stessi possano far riferimenti nelle loro interazioni (ad esempio, contrattuali), bisogna ovviamente che tali conoscenze siano rappresentate formalmente così da poter essere intese ed elaborate automaticamente, bisogna che l'idea della validità di certe norme entri a far parte del processo motivazionale degli agenti stessi.

Così come lo studio delle istituzioni elettroniche e dei sistemi multiagenti richiede il contributo della filosofia e della teoria del diritto, così gli studi finalizzati alla creazione di tali sistemi possono contribuire allo sviluppo della teoria del diritto, consentendo la definizione e la verifica sperimentale dei modelli delle conoscenze normative, delle teorie del ragionamento e dell'interazione giuridica.

Grazie alla simulazione d'interazioni giuridiche mediante sistemi multiagenti l'informatica giuridica può accostarsi in modi nuovi ai profili sociologici della filosofia del diritto. Non si tratta della mera elaborazione di dati statistici (come avviene nella statistica giudiziaria), ma di trasferire teorie dell'agire giuridico e della normatività in agenti automatici, per poi analizzare (a fini esplicativi, o anche prognostici) le dinamiche sociali che risultano dall'interazione di tali agenti, e le proprietà sistemiche che ne emergono.

## 9. Conclusioni

Il mio esame dei profili teorico-giuridici dell'informatica giuridica è stato estremamente lacunoso (ho mancato di considerare, ad esempio, i tentativi di modellare l'intuizione giuridica mediante reti neurali, l'estrazione automatica di regole da casi, le tecniche per la ricerca d'informazioni concettuali, le tecniche per l'analisi automatica del linguaggio, ecc.). Mi sembra però che da questa mia breve rasse-

<sup>39</sup> Sulle istituzioni elettroniche, vedi F. DIGNUM e C. SIERRA (a cura di), *Agent Mediated Electronic Commerce, The European AgentLink Perspective*, Springer 2001; M. ESTEVA, J.A. RODRÍGUEZ-AGUILAR, C. SIERRA, P. GARCIA e J.L. ARCOS, *On the Formal Specification of Electronic Institutions*, in «Agent Mediated Electronic Commerce, The European AgentLink Perspective», Springer, Berlin 2001, pp. 126-147. Su agenti e norme, vedi R. CONTE, R. FALCONE e G. SARTOR, *Agents and Norms (special issue)*, in «Artificial Intelligence and Law 7» 1999, pp. 1-113.

gna possa emergere con sufficiente chiarezza come l'informatica giuridica abbia saputo accostarsi, in modo innovativo, ad alcuni importanti temi della teoria e della filosofia del diritto. Nel corso della sua breve storia l'informatica giuridica ha appreso molto dalla filosofia del diritto. Io credo sia ora giunto il momento in cui questo flusso unidirezionale diventi un circolo (o, meglio, una spirale) di *feedback* virtuosi: ciascuna delle due discipline recependo i risultati dell'altra può maturare progressi che le consentano di dare all'altra nuovi contributi.

# *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*

di Vito Velluzzi

SOMMARIO: 1. Una tesi (apparentemente) minimalista. – 2. Perché sostenerla e con quale metodo. – 2.1. Il significato degli enunciati, la certezza del diritto come prevedibilità, i caratteri del linguaggio giuridico. – 3. Due esempi.

*Abstract.* Nel saggio si sostiene che l'interpretazione giuridica è attività di scelta, ma si tratta pur sempre di una scelta tra più opzioni delimitate. Questa è la conclusione, bisogna indicare, però, il metodo seguito per arrivarci e le ragioni su cui si fonda. Il nodo cruciale da sciogliere, infatti, è riassumibile nell'interrogativo: sulla scorta di quale criterio può dirsi delimitato l'ambito delle soluzioni interpretative per un determinato enunciato normativo? Nell'articolo si fornisce una risposta mettendo in relazione l'interpretazione con la certezza del diritto come prevedibilità e con le caratteristiche del linguaggio giuridico.

## 1. *Una tesi (apparentemente) minimalista*

Il saggio verte sull'interpretazione giuridica intesa come determinazione del significato degli enunciati normativi<sup>1</sup>. Quella che si propone è una tesi non nuova e minimalista, ma non per questo scarsamente significativa, in tema di interpretazione degli enunciati normativi giuridici.

Ecco la tesi: *tutte* le questioni interpretative sono difficili, poiché comportano una scelta discrezionale dell'interprete: tuttavia proprio

<sup>1</sup> Ci si occupa, cioè, non dell'interpretazione giuridica intesa in senso generico, ossia di una qualsiasi attività giuridica compiuta per individuare una norma generale che offra una soluzione ad un caso, bensì dell'interpretazione giuridica intesa in senso specifico, ossia della determinazione del significato degli enunciati normativi. Si usa la distinzione tra interpretazione in senso generico e in senso specifico nei termini proposti da G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 250-251.

in quanto discrezionale e non arbitraria, la scelta dell'interprete incontra dei limiti. Vista da un altro lato, ossia quello dei cosiddetti *easy cases*, la tesi può essere così completata: *tutte* le questioni interpretative sono, in uno specifico senso, facili<sup>2</sup>. In tal guisa l'interpretazione giuridica è sempre attività di scelta, di decisione, ma si tratta di una scelta, di una decisione tra più soluzioni alternative delimitate. Così ragionando la determinazione del significato degli enunciati normativi giuridici si configura come un esercizio di discrezionalità limitata e non assoluta, o se si preferisce come sottoposto a vincoli e non interamente libero<sup>3</sup>.

Sostenere questa tesi significa collocarsi nell'ambito della teoria scettica, o realista che dir si voglia, dell'interpretazione giuridica connotandola in senso moderato<sup>4</sup>. Lo scetticismo o realismo interpretativo moderato è, però, più che una teoria, un contenitore di teorie. Guardando dentro il contenitore si scopre che le teorie in esso contenute convergono nel sostenere che per ogni enunciato normativo è

<sup>2</sup> La distinzione tra casi facili e difficili risale ad H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, cap. VII, ed ha avuto dopo Hart svariate formulazioni (cfr. E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 242-256). Nel testo si riprende il lessico hartiano con qualche libertà e preferendo il sintagma «questione interpretativa» alla parola «caso».

<sup>3</sup> Sui limiti dell'interpretazione giuridica (giudiziale in specie) v. D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova 2003. Una precisazione: tutte le questioni interpretative sono difficili nel senso che possono esserlo, che hanno sempre la potenzialità di esserlo, pur essendovi molteplici situazioni nelle quali gli interpreti concordano su quale significato convenga ad un enunciato normativo. In questi termini si esprime correttamente M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, terza ed., Giappichelli, Torino 2008, p. 224. D'altronde come ha scritto P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto per un Vademecum giuridico*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2004, p. 114, l'interprete che si conforma all'interpretazione corrente di un enunciato normativo compie comunque una scelta: la scelta di essere conformista.

<sup>4</sup> Scetticismo e realismo sono usati come sinonimi ove accostati all'interpretazione, cfr. O. PFERSMANN e M. TROPER, *Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione*, a cura di V. Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli 2007. È risaputo che esistono varie classificazioni delle teorie dell'interpretazione [per una recente e interessante proposta v. F. COTTONE, *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 103 ss.], la più conosciuta distingue tra formalismo (talvolta denominato cognitivismo), scetticismo (talvolta denominato realismo) e teoria mista o intermedia. Seguendo la tripartizione la tesi esposta nel testo non sarebbe scettica bensì mista o intermedia (sulla varietà delle teorie miste o intermedie dell'interpretazione v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 327 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, cap. II).

determinabile più di un significato<sup>5</sup>, convergono pure nel sostenere che l'ambito dei significati è, per così dire, finito, ma divergono nell'indicazione del criterio capace di delimitarlo<sup>6</sup>. La divergenza da ultimo richiamata è ricca di conseguenze ed in grado di interferire con temi molto importanti<sup>7</sup>. Per ora è necessario, al fine di porre i tasselli essenziali dello scetticismo (realismo) interpretativo moderato prescelto, accollarsi l'onere di indicare qual è il criterio che consente di delimitare le possibili soluzioni interpretative. Orbene, ancora una volta l'impostazione seguita e difesa nelle pagine a seguire non è originale: per ogni enunciato normativo giuridico l'ambito delle soluzioni interpretative possibili è delimitato dall'applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato lo stesso enunciato oggetto di interpretazione.

Tuttavia, chi scrive non si propone di reiterare stancamente posizioni teoriche note, al contrario l'intento è quello di sostenere sì tesi conosciute, ma attraverso un puntuale metodo e spendendo argomenti diversi da quelli di regola adottati. L'auspicio è che gli argomenti spesi e il metodo seguito consentano, congiuntamente e con coerenza, di conferire alla tesi un'aria meno scontata e di metterne in luce la proficuità facendo emergere ragioni di natura non solo semantica e sintattica a favore della tesi stessa.

<sup>5</sup> Tesi di base di qualsiasi scetticismo interpretativo cfr. V. VELLUZZI, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cassazione penale*, 7-8/2004, 2588 ss.

<sup>6</sup> Scrive M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., p. 223: «Per lo scetticismo moderato [...] le disposizioni giuridiche non solo hanno già un significato prima dell'interpretazione, ma ne hanno sempre *più* d'uno: ognuna di esse fornirebbe sempre all'interprete una *cornice* di significati, à la Kelsen, entro i quali scegliere il significato da attribuirle. Lo scetticismo moderato [...] concepisce l'interpretazione [...] come scelta entro dei limiti». Il passo di Kelsen evocato da Barberis è il seguente: «Se per 'interpretazione' si intende la constatazione del senso della norma [...] allora il senso di questo atto può essere soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema. In conseguenza l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi», H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952, pp. 120-121. Il punto è: da che cosa è costituita la cornice?

<sup>7</sup> Si pensi, per menzionarne soltanto due, alla separazione dei poteri e allo stato di diritto, cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 1-21; E. SANTORO, *Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello stato di diritto*, in «Diritto privato 2001-2002», Cedam, Padova 2003, pp. 97-210.

Lo scritto si dipana nei seguenti passaggi. In primo luogo (§ 2 e 2.1) verrà delineato il metodo, ovvero si espliciteranno le assunzioni da cui si muove per affrontare la questione della determinazione del significato degli enunciati normativi giuridici. Questo passaggio comporta la necessità di intrattenersi brevemente sulla costruzione di una teoria dell'interpretazione, sulla distinzione tra problemi fondamentali e centrali della filosofia del diritto, sulle conseguenze che la distinzione ha per l'interpretazione degli enunciati normativi giuridici e per le relazioni tra questa, il linguaggio giuridico e la certezza del diritto come prevedibilità. In secondo luogo (§ 3) si forniranno due esempi per mostrare che l'impostazione seguita non è infruttuosa per la chiarificazione di taluni aspetti del dibattito sull'interpretazione giuridica e per la ricostruzione e la critica dei ragionamenti dei giudici e dei giuristi.

## 2. *Perché sostenerla e con quale metodo*

È bene iniziare dal perché vale la pena intrattenersi sulla tesi proposta. Pure in ambito filosofico giuridico è stato affermato, talvolta, che non serve un granché interrogarsi sulla delimitazione delle interpretazioni possibili e si deve indagare, invece, la questione dell'interpretazione corretta o vera o migliore<sup>8</sup>. È chiaro, tuttavia, che la prima questione è preliminare rispetto alla seconda. L'unica via per poter ritenere inutile una delle due questioni consiste nell'accedere al formalismo e allo scetticismo interpretativo radicali o estremi. Per il primo interpretazione possibile e interpretazione vera o corretta coincidono in quanto per ogni enunciato normativo v'è una sola determinazione di significato possibile sul piano semantico e sintattico, per cui l'unica interpretazione possibile è anche l'unica vera, corretta (e l'interpretazione vera o corretta è anche l'unica possibile). Per il secondo qualsiasi significato può essere il significato di un enunciato normativo, dunque ogni interpretazione è possibile e corretta, vera,

<sup>8</sup> Si rammentino in proposito i notissimi scritti di Ronald Dworkin, la sua *right answer thesis* e il motto *law as integrity*, cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986) trad. it. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989, e per una pregevole sintesi sull'evoluzione del pensiero di Dworkin v. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 51-90. Nel testo si usano in maniera equivalente le locuzioni «interpretazione vera», «interpretazione corretta», «interpretazione migliore»; di recente si è chiesto se si dia ed in quali termini un'interpretazione vera degli enunciati normativi F. DENOZZA, *L'interpretazione delle norme tra scetticismo e «pluralismo cognitivo»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2007, pp. 463-479.



al medesimo tempo. Anzi, così ragionando viene esclusa la rilevanza di entrambe le questioni (della correttezza o verità dell'interpretazione e dei significati possibili di un enunciato normativo) poiché per un enunciato normativo tutte le interpretazioni sono corrette, vere ed anche possibili.

Orbene, se si scartano formalismo e scetticismo interpretativo radicali, da tempo screditati<sup>9</sup>, non solo è difficile eludere il tema dei possibili significati di un enunciato normativo giuridico, ma esso diviene pregiudiziale per sciogliere il nodo dell'interpretazione corretta, vera, migliore: per poter affrontare sensatamente se vi sia e come sia individuabile o come venga individuata la migliore o vera o corretta interpretazione di un enunciato normativo bisogna aver stabilito prima l'ambito delle possibili interpretazioni dell'enunciato<sup>10</sup>. L'interpretazione migliore è tale se comparata ad altre, ma tutte quelle concorrenti compongono un lotto e sapere cosa ne fa parte e cosa ne sta fuori è importante e cruciale.

Riguardo al «come» sostenere la tesi, per scandirne i passaggi, si può muovere da una teoria moderatamente scettica dell'interpretazione in competizione con quella sostenuta in questo scritto. Si è detto che allo scetticismo interpretativo moderato fanno capo, stante l'aspetto condiviso sopra riferito, differenti opinioni riguardo al criterio in grado di tracciare l'ambito dei significati attribuibili ad un enunciato normativo.

Riccardo Guastini, autore di molteplici e autorevoli studi sull'interpretazione giuridica, di recente ha scritto:

Non mi pare che si possa circoscrivere il novero delle interpretazioni possibili a quelle poche che sono consentite dalle regole della lingua [...] In ambito giuridico, il significato degli enunciati normativi è una variabile dipendente, non solo delle regole sintattiche e semantiche della lingua in cui tali enunciati sono formulati, ma anche e soprattutto: a) della particolare tecnica interpretativa impiegata, b) delle tesi dogmatiche presupposte, e in alcuni casi c) dei giudizi di valore formulati o (come spesso accade) sottintesi dall'interprete [...] Per 'interpretazione' deve intendersi non qualsivoglia attribuzione di significato al testo interpretato, ma un'attribuzione di significato che ricada entro i limiti dei significati ammissibili (alla luce delle regole della lingua, delle tecniche interpretative e delle tesi dogmatiche)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> È addirittura dubbio che qualcuno abbia realmente sostenuto tesi tanto radicali, come segnala E. DICIORI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Digips, Working Paper 45, Siena 2004.

<sup>10</sup> E questo vale anche per chi ritiene, come Dworkin ad esempio, che vi sia una sola interpretazione vera, corretta per ogni enunciato normativo senza sposare però il formalismo interpretativo estremo.

<sup>11</sup> R. GUASTINI, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino 2006, p. 82; e nello stesso senso R. GUA-

Ecco, dunque, che interpretare vuol dire determinare il significato degli enunciati normativi restando nei confini tracciati dalle regole semantiche e sintattiche della lingua, dagli argomenti interpretativi usati all'interno della comunità giuridica e dalle tesi dogmatiche. Per capire se un giudice o un giurista abbia interpretato o abbia compiuto un'attività altra dall'interpretazione è necessario conoscere, oltre alle regole di funzionamento della lingua, anche quali siano le tecniche, gli argomenti interpretativi usati e le tesi dogmatiche adottate. In ambito giuridico il significato di un enunciato normativo può essere, quindi, distante da quelli determinabili per mezzo delle regole sintattiche e semantiche della lingua se il significato attribuito è riconducibile ad argomenti interpretativi o tesi dogmatiche. Questo modo di configurare l'interpretazione sarebbe, inoltre l'unica via per proporre una teoria dell'interpretazione «puramente» conoscitiva, conforme al modo in cui di fatto operano i giudici ed i giuristi, e non una teoria normativa o dottrina, o peggio, un'ideologia dell'interpretazione mascherata da teoria, con la quale si propone in maniera subdola come i giudici ed i giuristi dovrebbero attribuire significato agli enunciati normativi<sup>12</sup>.

Tuttavia, pur senza discutere se siffatta opinione catturi l'effettivo modo di operare di giuristi e giudici, si può affermare che il metodo ora riferito non è l'unico esperibile per costruire una teoria e non una dottrina dell'interpretazione. Per spiegare quanto si è appena detto è necessario qualche accenno alla questione della conoscenza del diritto e alla distinzione tra problemi fondamentali e centrali della filosofia del diritto.

Il primo punto (la conoscenza del diritto) è epocale, si forniranno solo alcuni cenni funzionali al discorso che si sta compiendo<sup>13</sup>. In un saggio recente Paolo Comanducci ha sostenuto che:

[...] se non si vuole essere degli empiristi totalmente ingenui, si deve ammettere che la corrispondenza o no delle nostre proposizioni con la realtà risulta mediata dalla previa configurazione dell'oggetto di indagine [...] In ambito giuridico, quindi, si può sostenere che un'epistemologia adeguata, oltre ad essere connessa ai fini della ricerca ed al suo conseguente livello di astrazione, debba dipendere, in primo luogo da che cosa è il diritto [...] Ma ciò che il diritto è dipende a sua volta, in qualche misura, da come confi-

STINI, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, p. 464.

<sup>12</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 468.

<sup>13</sup> Per gli opportuni approfondimenti e riferimenti bibliografici si rinvia a V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999; A. SCHIAVELLO, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1, 2007 ([www.lex.unict.it/tcrs](http://www.lex.unict.it/tcrs)), pp. 1-19.

guriamo il diritto, ossia da che concetto di diritto adoperiamo [...] A seconda del modo in cui si configura il diritto (come insieme di fatti o invece come insieme di norme) varia la metodologia appropriata per conoscerlo. Questa tesi mi sembra banale, ma non sempre da essa si deriva una delle sue conseguenze necessarie: ossia che non può esistere un unico approccio epistemologico per accostarsi al fenomeno giuridico. Vi sono invece vari approcci, tutti, in qualche senso, adeguati<sup>14</sup>.

I contenuti della citazione sono da approvare in pieno e se si considera che conoscere un diritto significa anche, se non principalmente, interpretare testi, documenti normativi<sup>15</sup>, si comprende pure perché costruire una teoria conoscitiva dell'interpretazione giuridica possa comportare l'adozione di un punto di vista valutativo, ovvero la necessità di esplicitare il concetto di diritto che si assume e come tale assunto condizioni lo sviluppo della teoria dell'interpretazione, la quale dovrà essere coerente con il concetto di diritto prescelto. Per essere più espliciti: la presenza di valutazioni non determina, *sic et simpliciter*, l'abdicazione di un punto di vista teorico e scientifico, ed anzi è

Possibile produrre descrizioni di norme giuridiche [...] anche se non possono essere depurate dai valori di vario tipo che contribuiscono a determinare le modalità della descrizione e quindi il risultato. Questi valori [...] consistono di scelte sia epistemologiche e metodologiche, sia etico-politiche. Ritengo insomma che [...] il discorso della scienza che li assume può essere obbiettivo nella misura in cui questi valori siano *esplicitati* tra gli assunti del discorso e siano poi *correttamente applicati* nelle sue istanze [...] Il fondamento dunque della scientificità o almeno della obbiettività della descrizione del diritto, a mio avviso, può solo essere la possibile obbiettività della applicazione coerente di scelte normative esplicite ed esplicitamente condivise, non la mancanza di scelte<sup>16</sup>.

Una volta acquisito che si può essere obbiettivi pur compiendo talune valutazioni e che talvolta ciò è addirittura indispensabile per poter accedere alla conoscenza del proprio oggetto di indagine, diviene imprescindibile per la costruzione di una teoria dell'interpretazione dichiarare il concetto di diritto assunto. Ma l'importanza di questo ultimo aspetto può essere adeguatamente e ulteriormente argomentata, in maniera complementare all'argomento epistemologico

<sup>14</sup> P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, p. 422, pp. 424-425.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>16</sup> Così M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 376-378. Le considerazioni di Mario Jori riguardano lo statuto epistemologico della scienza giuridica, ma si adattano perfettamente al problema della costruzione di una teoria dell'interpretazione.

sopra sviluppato, facendo ricorso alla distinzione tra problemi fondamentali e problemi centrali della filosofia del diritto. I problemi centrali sono quelli con i quali ci si misura inevitabilmente affrontando gli altri problemi «[...] senza che essi siano peraltro il punto di partenza e il fondamento filosofico delle domande e delle risposte: questi punti di partenza sono invece le soluzioni dei problemi fondamentali»<sup>17</sup>. Interrogarsi su un problema centrale significa, quindi, rispondere preliminarmente ad un problema fondamentale. Il problema fondamentale per antonomasia è il concetto di diritto, mentre l'interpretazione giuridica rappresenta un tipico problema centrale, ne consegue che le proposte di soluzione del problema dell'interpretazione giuridica rinviano al concetto di diritto e da questo dipendono.

Riassumendo. La tesi proposta all'inizio del saggio e difesa nel prosieguo<sup>18</sup> può costituire uno strumento fecondo per conoscere che cos'è determinazione di significato di un enunciato normativo giuridico e che cosa non lo è soltanto se si esplicita il concetto di diritto che sta sullo sfondo; proprio la costruzione di una relazione coerente tra nozione di diritto adottata ed esplicitata e interpretazione (ossia tra problema fondamentale e problema centrale interessati) consente di iscrivere la tesi avanzata nel novero delle teorie e non delle mere proposte normative sull'interpretazione giuridica.

### 2.1. *Il significato degli enunciati, la certezza del diritto come prevedibilità, i caratteri del linguaggio giuridico*

Bisogna affrontare il problema fondamentale e indicare il concetto di diritto. Il concetto di diritto assunto è semplicemente questo: il diritto è un insieme di norme coattive rivolte alla guida dei comportamenti<sup>19</sup>. Da ciò discende un corollario: i destinatari delle norme, ossia coloro i cui comportamenti sono regolati, devono essere in grado di prevedere l'intervento e soprattutto il non intervento «[...] di or-

<sup>17</sup> M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 119.

<sup>18</sup> Meglio rammentarla: l'interpretazione giuridica, intesa come determinazione del significato degli enunciati normativi, è sempre attività di scelta, ma si tratta di una scelta tra più soluzioni alternative delimitate dall'applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato l'enunciato oggetto di interpretazione.

<sup>19</sup> Per quanto filosoficamente discutibile, sia nel complesso, sia nei singoli elementi che la compongono, la configurazione del diritto fornita è quella «[...] che si insegna e si studia tradizionalmente, fin dal Medio Evo, nelle facoltà di giurisprudenza, che si produce, ad esempio, nei parlamenti, si applica nei tribunali, si obbedisce o si viola da parte degli individui» (P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, cit., p. 426).

gani con competenza giuridica decisionale o meramente esecutiva in relazione ad una (ciascuna) singola fattispecie concreta»<sup>20</sup>. Entra in gioco, cioè, la certezza del diritto come prevedibilità, in una delle sue accezioni<sup>21</sup>. Alla luce del concetto elementare di diritto delineato la certezza del diritto diviene un obiettivo tendenziale, da perseguire affinché lo stesso concetto di diritto sia sensato. Se si accoglie quel concetto di diritto non si può ritenere irrilevante il perseguimento della certezza giuridica intesa nella maniera appena menzionata. Ed infatti «[...] In questa [...] fondamentale accezione il diritto è certo se ciascuno (se il cittadino) è messo in grado di sapere che cosa dal diritto è autorizzato a fare, e che cosa in base al diritto è libero di fare»<sup>22</sup>.

Orbene, se il diritto è un insieme di norme e le norme sono il frutto dell'interpretazione, grazie alla quale si passa dal testo al suo significato, a quali condizioni il diritto può dirsi in grado di guidare i comportamenti e tendenzialmente certo? La tesi proposta, per cui le questioni interpretative sono tutte difficili, poiché comportano una scelta discrezionale dell'interprete, scelta discrezionale e non arbitraria appunto, in quanto incontra il limite delle regole semantiche e sintattiche della lingua, appare in grado di rispondere con successo. In particolare essa consente di determinare soprattutto il non intervento degli organi decisionali ed esecutivi. Con riguardo ad un enunciato normativo, infatti, si può prevedere che, al di fuori dei signifi-

<sup>20</sup> Così L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), ora in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2008, p. 82.

<sup>21</sup> A quella già descritta si aggiungano: la certezza del diritto come prevedibilità dell'esito dell'eventuale intervento degli organi decisionali; la certezza del diritto come sicurezza dei rapporti giuridici (v. ancora L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., p. 82). Nel testo si usano i sintagmi «certezza del diritto» e «certezza giuridica» come sinonimi. Sul tema v. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>22</sup> *Ibidem*. Si vedano pure B. BAUM LEVENBOOK, *How a Statute Applies*, in *Legal Theory*, 12, 2006, p. 71 e G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 168: «Talvolta i giudici (e i funzionari) mostrano la tendenza a presumere, sin quando è ragionevole, la conformità del linguaggio legislativo al linguaggio comune. Ma come si giustifica tale criterio? A quale principio appare ispirato? A me pare che potrebbe essere lo stesso principio invocato per l'interpretazione del negozio giuridico: ossia il cosiddetto principio dell'*affidamento*. E stupisce che un tale principio sia stato tanto poco richiamato (per non dire nulla) in materia di interpretazione della legge. I destinatari dei precetti legislativi, quanto meno di una parte di essi, sono i cittadini. E la lettura delle disposizioni di legge suscita in loro *aspettative* degne di tutela». Vale la pena ricordare, a sostegno della opinione di Lazzaro, che il linguaggio giuridico «[...] must simultaneously function for professionals [...] and for citizens», F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, 1987, 586, nota 35.

cati ad esso attribuibili per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui esso è formulato, non vi sia spazio alcuno per gli organi competenti di invocarlo. La prevedibilità del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi è possibile pure perché le regole di funzionamento della lingua non sono patrimonio esclusivo del ceto degli esperti del diritto, bensì anche di coloro che non operano professionalmente col diritto.

Da quanto si è venuti dicendo sin qui discende che il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi<sup>23</sup>. Il fatto che negli ordinamenti giuridici contemporanei siano in uso tecniche consolidate di interpretazione e si ricorra a tesi dogmatiche comporta, di solito, un accrescimento dell'ambiguità degli enunciati, non riduce necessariamente la vaghezza dei significati e rende le questioni interpretative sempre potenzialmente difficili, ma da ciò non consegue l'assenza o l'inutilità della cornice. Nemmeno può dirsi che la difficoltà di individuare in taluni casi la cornice per mezzo del criterio proposto in questo scritto, renda il criterio stesso sempre inutile o mai utile: questa conclusione non è in alcun modo inferibile dalla premessa. Il percorso sin qui compiuto ed il metodo seguito consentono di ribadire che fuori dalla cornice non c'è la determinazione del significato di un enunciato normativo, bensì l'individuazione della regola utile alla decisione ottenuta in via non strettamente interpretativa<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> È questo, contrariamente a quanto sostiene il contestualismo radicale, il ruolo corretto da assegnare al contesto nella determinazione del significato di un enunciato (anche normativo), poiché come ha sottolineato F. SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in *New York University Law Review*, 83, 2008, 1120: «Without knowing something about words and sentences and grammar and syntax as general or acontextual rules (or, even better, conventions) we could never hope to understand each other. The full particular context may indeed add something or even a great deal to our understanding, but we will understand virtually nothing at all about 'the cat is on the mat' unless we understand that this sentence carries meaning by drawing on shared acontextual understandings of the facts that the word 'cat' refers to cats, that the word 'mat' refers to mats, and the words 'is on' refer to a certain kind of relationship that differs from the relationship described by phrases such as 'is under', 'is near', or 'is a'». Su questi temi e per conclusioni in parte diverse da quelle qui seguite v. F. POGGI, *Significato letterale: una nozione problematica*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 196 ss.; per indicazioni bibliografiche P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2007, p. 60 nota 14.

<sup>24</sup> Va da sé che non tutti i significati di un enunciato normativo possibili sul piano linguistico sono per ciò solo giuridicamente accettabili, potendo essere l'ambito dei

Le considerazioni appena svolte richiedono un chiarimento relativo alle caratteristiche del linguaggio giuridico, specie affinché la posizione qui sostenuta, per quanto coerente con il concetto di diritto assunto e con il corollario della certezza giuridica come prevedibilità, non sembri esageratamente ingenua o addirittura non praticabile in ragione delle peculiarità comunemente riconosciute al linguaggio giuridico.

È un dato acquisito che gli enunciati normativi giuridici contengono a fianco ai termini del linguaggio ordinario anche termini tecnicizzati e tecnici. Il peso di ciascun tipo di termine varia a seconda dell'ordinamento giuridico considerato e per il medesimo ordinamento può mutare da periodo a periodo. Tuttavia è altrettanto acquisito che il diritto adotta la tecnica del prestito semiotico, ovvero mutua la gran parte dei termini e la struttura sintattica dal linguaggio ordinario, ed il prestito opera, quindi, sia a livello semantico, sia a livello sintattico. Ne segue, per dirla con le parole di Uberto Scarpelli, che:

[...] il giurista che lavora attivamente sui concetti muove dal linguaggio naturale, o dal linguaggio naturale modificato da precedenti ricostruzioni, e rimane in genere nelle aree di significanza già costituite da quel linguaggio; e quand'anche innovi profondamente sotto il profilo semantico, inserisce i nuovi concetti nella preesistente trama di relazioni sintattiche [...] La semiotica ci mette, d'altro canto, in condizione d'intendere in quale maniera l'interprete sia, fino ad un certo punto, vincolato, la 'creazione' interpretativa sia, non già una divina creazione dal nulla, ma un rimodellare e sviluppare qualcosa di preesistente<sup>25</sup>.

Orbene, pure per i termini tecnici e tecnicizzati il prestito semiotico agisce con vigore a livello sintattico, per quanto riduca (anche drasticamente per i termini tecnici) il proprio peso a livello semantico. Ma v'è di più. Il diritto, si è detto, ha come interlocutori sia gli operatori del diritto, sia gli altri cittadini e rispetto a questi ultimi in specie *non può non tendere* alla realizzazione della certezza giuridica

significati giuridicamente accettabili meno ampio dell'insieme dei significati linguisticamente possibili, cfr. V. VELLUZZI, *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in [www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org), 2005, pp. 103-109.

<sup>25</sup> U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 1969, pp. 103-104, 109, ed ancora p. 109: «L'interprete opera, infatti, nel quadro di una struttura linguistica, sia pure a volte molto elastica, e, se intende condurre a compimento una comunicazione linguistica entro tale struttura, deve inserire le sue innovazioni nella struttura, può giocare nei suoi spazi, può magari violentarla, ma non può saltarne fuori del tutto [...] ed anche la direzione delle possibili innovazioni è condizionata dalla struttura». Sulla natura del linguaggio giuridico interessanti considerazioni si trovano in M.J. MORRISON, *Excursions into the Nature of Legal Language*, in *Cleveland State Law Review*, 37, 1989, pp. 271 ss.

come prevedibilità. La presenza di termini tecnici non è incompatibile con questo obiettivo, in quanto si può concepire la loro traducibilità nel linguaggio ordinario<sup>26</sup>. I termini tecnici si inseriscono, infatti, all'interno di enunciati, ossia all'interno di una trama sintattica compiuta che ne influenza la determinazione di significato e sul piano semantico la necessità di renderli intelligibili, anche oltre la cerchia dei professionisti del diritto, fa sì che essi vadano interpretati in termini accessibili per mezzo del linguaggio ordinario.

Non si sostiene che il linguaggio giuridico funziona come il linguaggio ordinario o è ad esso interamente assimilabile<sup>27</sup>, ma che la dimensione pragmatica del diritto, vale a dire del rapporto tra il diritto (quale insieme di enunciati normativi e di significati di questi enunciati rivolti alla guida dei comportamenti) ed i suoi destinatari, conduce a: 1) ritenere il perseguimento della certezza giuridica come prevedibilità dell'intervento e soprattutto del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi un corollario, si potrebbe dire una implicazione, della nozione di diritto considerata; 2) delimitare l'ambito delle interpretazioni possibili di un enunciato normativo sulla base delle regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui l'enunciato è formulato. Così la certezza del diritto è perseguibile e, di conseguenza, il diritto può «comunicare» efficacemente con i soggetti interessati.

### 3. *Due esempi*

Le tesi vanno sempre messe alla prova ed un modo proficuo per farlo è proporre degli esempi. Il primo esempio riguarda una sentenza inglese<sup>28</sup>. Il secondo è ripreso dalla famosa polemica sull'interpretazione tra Herbert Hart e Lon Fuller, polemica della quale si è celebrato il cinquantenario lo scorso anno<sup>29</sup>. Il primo esempio servirà

<sup>26</sup> Il termine «traducibilità» è ripreso da U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, cit., p. 107. Sull'argomento v. anche D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE e F. SANTULLI, *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 25-27; B.M. GARAVELLI, *L'occhiale del linguista su testi notarili*, in «Rivista del notariato», 1, 2006, pp. 13-14. Che il luogo privilegiato della traducibilità sia proprio l'interpretazione è accennato da G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, cit., p. 146.

<sup>27</sup> Il linguaggio giuridico si compone, infatti, sia di contributi, per così dire, ordinari, sia specialistici, ed entrambi si mescolano in una pragmatica peculiare determinata dal concetto di diritto indicato nel testo.

<sup>28</sup> *Corkery vs. Carpenter, King's Bench Division*, 1 KB 102, 1951.

<sup>29</sup> I saggi interessati dalla polemica sono H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629; L.L.



a mettere in luce che le regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo interpretando sono in grado, salvo eccezioni, di delimitare l'ambito dei significati possibili e possono costituire un efficace strumento di valutazione delle operazioni interpretative. Col secondo esempio si intende segnalare l'utilità della tesi difesa per lo studio dei rapporti tra interpretazione e defettibilità (*defeasibility*) delle norme giuridiche<sup>30</sup>.

Nel 1951 una corte inglese condannò a tre mesi di reclusione un uomo che conduceva in stato di ebbrezza una bicicletta sulla pubblica strada, la condanna si fondava sul § 12 del *Licensing Act* del 1872 dal seguente tenore: «Chiunque [...] sia in stato di ebbrezza [...] mentre conduce su qualsiasi strada [...] una carrozza, un cavallo, del bestiame, una macchina a vapore, può essere arrestato, multato o imprigionato». La corte sosteneva in particolare che «la parola 'carrozza' [...] include la bicicletta, se si tratta di una comune bicicletta, o simili, come un triciclo adatto al trasporto di merci». Orbene, se interpretare vuol dire determinare il significato delle parole e degli enunciati è piuttosto chiaro che in questo caso la corte non ha interpretato, ma ha fatto dell'altro. Sulla scorta delle regole semantiche e sintattiche della lingua, infatti, non è possibile, sostenere che le carrozze sono biciclette e viceversa. Le carrozze e le biciclette possono essere sottoposte alla medesima disciplina dettata per una di esse se ricondotte entrambe ad una categoria più ampia, ad esempio i mezzi di trasporto non motorizzati, e argomentando che, nonostante il legislatore si sia riferito solo alle carrozze, la conseguenza giuridica va attribuita, per qualche buona ragione, a tutti i mezzi di trasporto non motorizzati, tra i quali rientrano le biciclette. Tuttavia, il ragionamento non conclude che le carrozze sono biciclette, ma che pur non essendolo meritano il medesimo trattamento. Si tratta di un tipico ragionamento analogico, il quale *presuppone* l'interpretazione come determinazione di significato<sup>31</sup>.

FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 630-672, entrambi tradotti in A. SCHIAVELLO e V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005, rispettivamente pp. 48-79 e pp. 136-170.

<sup>30</sup> In proposito da ultimo P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, pp. 471-506.

<sup>31</sup> Cfr. V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 133-148; per l'ambito penale considerazioni di rilievo si trovano in F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Mari-*

Questo caso mostra che il criterio della cornice è, di regola, in grado di funzionare, di stabilire cosa sta dentro e cosa sta fuori<sup>32</sup> e rispetto a ciò che sta fuori impone di prendere atto che il diritto si esprime in quei termini, può cambiarlo chi ne ha la competenza o può correggerlo chi è autorizzato a farlo con gli strumenti predisposti dallo stesso diritto, ma di certo non scambiando le carrozze per biciclette<sup>33</sup>.

Il secondo esempio riguarda il noto divieto di introdurre veicoli nel parco, ovvero: stante la formulazione normativa «vietato l'ingresso ai veicoli nel parco» è possibile introdurre nel parco medesimo un monumento ai caduti costituito da un carro armato residuo dell'ultimo conflitto mondiale?

Com'è noto sulla base di questo esempio Fuller ha attaccato Hart, sostenendo che una analisi del contesto all'interno del quale si opera e non, per così dire, la mera considerazione delle parole consente di dare la risposta migliore all'interrogativo. Per Fuller se si seguono le orme di Hart dovremmo applicare il divieto di ingresso anche al carro armato monumentale che può essere considerato senza grossi dubbi un veicolo, ma se si analizza il contesto in cui il divieto è chiamato ad operare e la sua finalità dovremmo escludere il carro armato monumentale dall'applicazione del divieto. Probabilmente hanno ragione entrambi, Fuller, però, ha lanciato i suoi strali contro il bersaglio errato. Il punto controverso non è, infatti, se il carro armato sia o non sia un veicolo, ma se pur essendo il carro armato un veicolo esso vada escluso dall'ambito di applicazione del divieto, in assenza di una formulazione normativa che istituisca espressamente una eccezione in tal senso. Si tratta, cioè, di stabilire se e a quali condizioni sia possibile istituire una eccezione implicita al divieto, ossia se il divieto sia defettibile<sup>34</sup>. Tuttavia, interrogarsi sulla possibilità di istituire eccezioni

nucci, Giuffrè, Milano 2006, pp. 515-538; per spunti di riflessione sul divieto di analogia in materia penale v. F. GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio. «L'analogia nella logica del diritto»*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2007, pp. 447-455.

<sup>32</sup> Va da sé che vi sono casi di dubbia collocazione, fuori o dentro la cornice, ma è opportuno ripetere che l'esistenza di situazioni siffatte non esclude l'esistenza di situazioni indubbie di inclusione e di esclusione, come quella esemplificata nel testo.

<sup>33</sup> Insomma se l'analogia o un qualche altro strumento non sono autorizzati o per taluni ambiti sono vietati, il giudice può solo lagnarsi che il legislatore non abbia incluso le biciclette. Non a caso l'avvocato dell'imputato ha usato nella sua difesa, seppur con esito infausto, una canzoncina popolare inglese intitolata *Daisy Bell*: «Non sarà un matrimonio elegante, non posso offrirti una carrozza, ma sarai amabile sul sellino di una bicicletta fatta per due».

<sup>34</sup> Ben diverso è il caso delle eccezioni espresse, per le quali si presenta il problema dell'interpretazione dell'enunciato normativo che prevede le eccezioni e se la fattispecie (concreta) rientri o meno nel suo campo di applicazione. Nulla osta, co-

implicite significa aver già determinato il significato dell'enunciato normativo per poi ridurlo eventualmente al campo di applicazione<sup>35</sup>. Argomentare la defettibilità vuol dire sostenere *che il carro armato è un veicolo ma ...*, non che *il carro armato non è un veicolo*. Riguardo alla defettibilità, il criterio di delimitazione dell'ambito dei significati possibili proposto e difeso in questo scritto, ponendosi come strumento di realizzazione della certezza del diritto come prevedibilità, la quale è a sua volta corollario del diritto inteso come insieme di norme coattive rivolte alla guida dei comportamenti, impone agli interpreti due obblighi deontologici: 1) di non istituire eccezioni implicite semplicemente spacciandole per determinazioni di significato dell'enunciato normativo; 2) di argomentare l'istituzione e la bontà dell'eccezione adducendo ragioni giuridicamente plausibili.

Forse chi si attende dalla filosofia del diritto la soluzione a tutto campo e definitiva dei problemi riterrà il cammino compiuto in questo scritto ed il suo esito modesti, ma tutto sommato poco è pur sempre meglio di niente, e ripensando alle questioni coinvolte (il metodo di costruzione di una teoria dell'interpretazione, la certezza del diritto come prevedibilità, le possibilità di controllo delle operazioni interpretative) viene da chiedersi: è poi così poco?

munque, che si ponga pure la questione della defettibilità delle norme che pongono espressamente eccezioni ad altre norme.

<sup>35</sup> Per dirla con le parole di N. MUFFATO, *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*, ECIG, Genova 2007, pp. 111-112: «i casi oscuri nell'applicazione della regola sono sì dovuti a una vaghezza di termini locuzioni ed enunciati che, nel momento in cui la regola è formulata è soltanto potenziale e perciò imprevedibile; ma molto spesso (non mi spingo a dire: sempre) la vaghezza potenziale del linguaggio è a sua volta dovuta a un dubbio sui fatti, sull'applicazione, riflettendo la circostanza che si possono sempre dare condizioni di applicazione negative a loro volta non previste da chi ha formulato la regola»; si aggiunga F. SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, cit., pp. 1124: «Sometimes language will simply give the wrong answer, and the problem for law is the problem of what, if anything, to do about it».



Quarta seduta plenaria  
Diritto, confini, network society

*Presiede* Alfonso Catania



# *Oltre la frontiera. La filosofia del diritto post-sovrano tra frammentazione e ricomposizione*

di Adalgiso Amendola

SOMMARIO: 1. Tra confini e frontiere. – 2. Il confine come costruzione politica moderna. – 3. Dal confine ai diversi «regimi confinari». – 4. Percorsi teorici oltre la frammentazione.

## 1. *Tra confini e frontiere*

Il termine *confine* è sicuramente polisemico. Volendo schematizzare all'estremo, se ne possono distinguere due usi: quello proprio e quello metaforico. Nel senso proprio – ci spiega un classico della geografia politica come Prescott – i confini sono *linee* che dividono aree soggette a un differente controllo politico o a una differente sovranità. Si differenziano in ciò dalle frontiere propriamente dette, che sono piuttosto le zone appunto «di confine» che si trovano tra due diversi paesi, ma anche tra due diverse aree dello stesso paese: è ben noto, per esempio, l'uso di *frontiera* ad indicare la zona divisoria tra le aree abitate e non abitate, o non ancora abitate, di un paese. Le frontiere hanno una loro ampiezza, un loro territorio; e, spesso, sono mobili. Al contrario, il confine è privo di ogni spessore, privo di un suo territorio: la sua sola dimensione è la lunghezza. Così fissata, la distinzione sembra chiara, netta: e Prescott può appunto affermare con decisione che «non ci sono scusanti per i geografi che usano i termini 'frontiera' (*frontier*) e 'confine' (*boundary*) come sinonimi»<sup>1</sup>. Eppure, la certezza della separazione così proposta tra un confine concepito come figura geometrica astratta e una frontiera dotata di una sua concreta spazialità territoriale, viene meno già alla semplice analisi lessicale: *pace*. Prescott, ha osservato per esempio Malcom Anderson, l'utilizzo come sinonimi di *frontier* e *boundary*, per restare nell'ambito anglosassone, corrisponde all'uso nel linguaggio ordina-

<sup>1</sup> Cfr. J.R.V. PRESCOTT, *Political Frontiers and Boundaries*, Unwin Hyman, London 1987, p. 36.

rio del Regno Unito, mentre è solo negli Stati Uniti – dove, evidentemente, la centralità e la specificità della frontiera fa parte della storia, e della mitologia, nazionale – che è più frequente l'utilizzo specifico di *border* per indicare i confini esterni e di *frontier* per quella distinzione interna tra zone abitate e disabitate, cui si richiama Prescott<sup>2</sup>. Se poi si esce dall'ambito linguistico anglosassone, la questione terminologica diventa ancora più confusa: se l'italiano preferisce effettivamente il confine per indicare la linea divisoria tra entità politiche, e riserva la frontiera a qualcosa di simile all'inglese *frontier* (ma solo tendenzialmente: le frontiere europee sono tradotte come frontiere in italiano anche quando in inglese suonerebbero come *borders*), il francese utilizza – o, meglio, è giunto a utilizzare dopo un lungo percorso – *frontière* con uno spettro semantico così ampio, da renderlo oramai praticamente sinonimo di *confine* e *limite*<sup>3</sup>. Per quanto possa essere interessante, l'analisi lessicale approda perciò a ben poco: solo a relativizzare la sicurezza del geografo politico, che, come abbiamo visto, intendeva non concedere alcuna scusante a chi utilizzasse confine e frontiera come sinonimi. Eppure, il taglio netto definitorio adoperato da Prescott, nel tentativo di affilare gli strumenti della geografia politica, non è senza ragioni, per quanto i contemporanei *border studies* abbiano oramai approntato strumentari concettuali interdisciplinari ben più sofisticati<sup>4</sup>. La distinzione netta tra frontiere e confini serve infatti a Prescott per analizzare il lungo e frastagliato processo attraverso il quale gli Stati tendono a eliminare le ambiguità costituite dalle frontiere esterne ed interne e a sostituirle con la precisione *more geometrico* offerta dalla tracciatura dei confini lineari. Un processo dal quale emerge come l'alternativa frontiera/confine, ben più che a una mera distinzione terminologica, faccia riferimento ad una lunga procedura, che caratterizza tutta la modernità e che appare ancora più che mai in corso in pieno Novecento: il confine si impone sulla frontiera, per continuare ad utilizzare questo schema, come uno dei prodotti di quell'opera di defini-

<sup>2</sup> Cfr. M. ANDERSON, *Frontiers. Territory and State Formation in the Modern World*, Polity Press, Cambridge 1996, p. 10.

<sup>3</sup> E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Meltemi, Roma 2007, pp. 168-169.

<sup>4</sup> Segnalano, per esempio, come l'approccio di Prescott, e più in generale, quello dell'intera geografia politica, sia segnato e fortemente dalla centralità dell'esperienza politica statuale H. DONNAN e T.M. WILSON, *Borders: Frontiers of Identity, Nation and State*, Berg, Oxford-New York 1999, i quali muovono invece da una più complessa prospettiva antropologica. Sui *border studies* letti nell'ambito delle complesse trasformazioni del confine e della cittadinanza, cfr. S. MEZZADRA, *Confini, migrazioni, cittadinanza*, in *Confini. Costruzioni, attraversamenti, rappresentazioni*, a cura di S. Salvatici, Rubettino, Soveria Mannelli 2005, pp. 103-113.



zione dello spazio politico che ruota intorno all'edificazione della statualità moderna. L'imposizione del confine, con la sua linearità geometrica, al di sopra dell'incertezza e della mobilità della frontiera, appare insomma come un frutto non secondario della nascita della modernità giuridica, in quanto opera, weberianamente, di razionalizzazione del comando politico. Lo stesso Prescott, del resto, sottolinea con particolare vigore il nesso tra confine e sovranità: in definitiva, scrive, «la sola funzione del confine è di segnare i limiti della sovranità»<sup>5</sup>. Se una definizione precisa del confine rischia di sfuggire, e ogni tentativo di nomenclatura, compreso quello di Prescott, si rivela necessariamente incompleto e impreciso, resta quindi possibile restringere storicamente la nostra attenzione e prendere atto che il confine lineare, storicamente stabilito attraverso procedure che riguardano essenzialmente gli Stati, e che costituisce, secondo la citatissima espressione di lord Curzon, «la lama di rasoio alla quale stanno sospese le moderne questioni di guerra e di pace»<sup>6</sup>, è un prodotto caratteristico della modernità politica, e solo dentro questo modello, entro, insomma, il sistema di relazioni internazionali europee che ha conosciuto la sua classica sistemazione con la pace di Westphalia, questa concezione del confine ha acquistato il suo senso precipuo.

## 2. Il confine come costruzione politica moderna

Se abbandoniamo il discorso della geografia politica per considerare i testi propriamente filosofico-giuridici, possiamo trovare la conferma di questo stretto nesso tra confine e specifica concezione moderna degli spazi politici, rivolgendoci all'autore che più chiaramente ha cercato di fare dello spazio, e delle sue specifiche modalità di strutturazione, divisione e distribuzione, la chiave fondamentale per l'analisi della giuridicità, e, in modo particolare, della giuridicità moderna. Mi riferisco, ovviamente, a Carl Schmitt, e, in particolare, allo Schmitt del *Nomos der Erde*.

Qui il ruolo del confine, appunto come linea geometrica, astrazione artificiale con la funzione di separare nettamente realtà politiche differenti, è centrale nella descrizione del *nomos* statuale della modernità. Il nuovo ordinamento spaziale, che, alla fine del Medioevo, «in Europa fu creato sulla terraferma grazie allo Stato», trova il suo *specificum* storico – scrive Schmitt – nella secolarizzazione dell'intera

<sup>5</sup> Cfr. J.R.V. PRESCOTT, *Political Frontiers and Boundaries*, cit., p. 80.

<sup>6</sup> LORD CURZON OF KEDLESTON, *Frontiers: The Romanes Lectures*, Oxford University Press, Oxford 1907, p. 7.

vita europea. Questo processo di secolarizzazione, attraverso il quale l'argomentazione giuridica si libera dai fondamenti teologici e l'ambito politico-giuridico conquista la sua moderna autonomia, è interpretato da Schmitt appunto come una trasformazione dell'ordinamento spaziale, o, meglio, come il passaggio dall'ordinamento spaziale della *respublica christiana*, tendenzialmente universalista, a un nuovo ordinamento spaziale completamente differente, che ha al centro l'entità statale e i suoi confini. Questo nuovo ordinamento spaziale compie – scrive Schmitt – una triplice impresa:

In primo luogo, lo Stato crea chiare competenze al proprio interno, in quanto esso sottopone i diritti feudali, territoriali, cetuali ed ecclesiastici alla legislazione, amministrazione e giurisdizione centralizzata di un signore territoriale. In secondo luogo lo Stato supera la guerra civile tra le Chiese e le fazioni confessionali del tempo, e neutralizza la disputa interna allo Stato mediante un'unità politica centralizzata (...). In terzo luogo, infine, rispetto ad altre unità politiche lo Stato forma sulle fondamenta dell'unità politica interna da esso realizzata una superficie territoriale conclusa, delimitata verso l'esterno da confini precisi e capace di regolare i rapporti esterni con altri ordinamenti territoriali similmente organizzati<sup>7</sup>.

I confini caratterizzano, dunque, il nuovo ordinamento spaziale moderno. Rispetto alle formazioni politiche medioevali, la novità rilevante è appunto l'emergere di unità politiche ben delimitate verso l'esterno, e dotate di una propria forte coerenza territoriale. La delimitazione verso l'esterno attraverso confini precisi è appunto il punto di arrivo di quel processo di linearizzazione del confine di cui parlavamo in precedenza, processo che vede l'incertezza, la porosità e la mobilità delle antiche zone di frontiera infine sostituita dal confine moderno, geometricamente tracciato.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che il Medioevo non conoscesse confini e questioni di confine: la storiografia più avvertita, anzi, ha ricostruito attentamente la rilevanza di quelle questioni, attraverso le quali, in modo non certo tranquillamente progressivo, ma solcato da scarti e resistenze, il processo di linearizzazione dei confini si è fatto largo. Ma le questioni di confine – prima dell'affermazione moderna del confine come chiara delimitazione verso l'esterno di una unità politica territorialmente coerente – hanno impegnato il giurista in modo molto diverso. Si trattava di un impegno continuo nella qua-

<sup>7</sup> C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»* (1950), trad. it. a cura di E. Castrucci e F. Volpi, Adelphi, Milano 1991, p. 145.

lificazione giuridica del territorio, di una prudente arte di risoluzione delle controversie in uno spazio solcato da infinite modificazioni interne, da frontiere naturali che acquistavano di volta in volta una diversa valenza sociale, culturale, politica o religiosa. Tutto è il confine medioevale, quindi, tranne che il limite esterno che segna un territorio politicamente omogeneo.

La territorialità medioevale non ha nulla dell'omogeneità interna moderna, legata alla uguale sottomissione allo stesso sovrano degli abitanti di uno stesso luogo: è, come ha ben scritto un lucido storico del confine, «caratterizzata, al contrario, dal fatto di essere percorsa da una trama assai complessa di confini interni, ognuno dei quali si organizza intorno a molteplici forme di privilegi, in positivo e in negativo»<sup>8</sup>.

È vero perciò che il confine moderno è caratterizzato dalla territorialità, ma va sottolineato con forza come la territorialità stessa subisca quel medesimo processo di artificializzazione e astrazione che segna il confine che la circonda e la definisce. La dimensione territoriale del confine moderno si stabilisce all'interno del processo di creazione dell'artificio giuridico dello Stato e dell'organizzazione dello spazio che ne discende. Il territorio è qui creato, plasmato dal diritto, il quale semplifica e razionalizza la complessa e fluida relazione tra giurisprudenza e luoghi, tra giurisprudenza e frontiere, tra giurisprudenza e paesaggio, che segna la territorialità medioevale: il territorio è dapprima uno spazio che il confine politico delimita e racchiude, e che è reso omogeneo dal fatto che su di esso venga esercitata efficacemente la medesima sovranità, diventando poi, sempre più esplicitamente, un semplice prodotto del diritto. Il processo di «denaturalizzazione» del territorio, che comincia proprio all'interno di quei confini geometrici che segnano l'organizzazione spaziale della modernità giuridica, procederà, come molti hanno spesso rilevato, attraverso la considerazione del territorio solo come momento derivato rispetto alla relazione tra potestà statale e cittadino, come in Jellinek; infine, e coerentemente con l'artificialismo che segna tutto il progetto giuridico moderno, il territorio diventerà per Kelsen non altro che un elemento del contenuto normativo di un ordinamento valido. «Come la norma è valida in qualche tempo, così essa è valida in qualche luogo»<sup>9</sup>: con queste parole il territorio appare ormai aver perduto qualsiasi peculiarità qualitativa. Alf Ross esprime con molta forza

<sup>8</sup> P. MARCHETTI, *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Giuffrè, Milano 2001, p. 58.

<sup>9</sup> Cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), trad. it. a cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano 1989, p. 105.

e coerenza questo processo di riduzione del territorio a norma, considerando «territorio» come un concetto non necessario (anche se utile a scopi di semplificazione e di sintesi), che vuol dire solo che una serie di norme che indicano un certo spazio come «territorio» di uno stato sono a loro volta in relazione con altre norme che stabiliscono quali conseguenze giuridiche sono attribuite a tale carattere di territorio<sup>10</sup>. Di tale processo di denaturalizzazione del territorio, dell'affermarsi della funzione costitutiva del diritto sul territorio stesso, ci interessa qui soprattutto sottolineare un aspetto<sup>11</sup>: il trasformarsi del territorio in un contenuto delle norme giuridiche cancella ogni rilevanza autonoma, per la scienza giuridica, del concetto di frontiera. Non sono concepibili frontiere interne, nel monismo normativista kelseniano: semmai possono ancora avere rilevanza i confini esterni, intesi come limiti dell'ambito di validità dell'ordinamento (limiti giuridici, quindi essi stessi contenuto di norme giuridiche), almeno sino a quando si sceglierà di prestare ancora fede al concetto di sovranità esterna nelle relazioni internazionali. Ma il territorio su cui l'ordinamento insiste è un territorio reso omogeneo dalla relazione che si istituisce tra normatività, territorialità ed eguaglianza (un unico ordinamento è egualmente valido sull'intero territorio), traduzione normativista dell'omogeneità moderna ottenuta attraverso la comune sottomissione allo stesso sovrano<sup>12</sup>.

Riassumendo: i confini in senso proprio, intesi come linee di separazione tra entità politiche, sono un prodotto essenzialmente moderno. Dipendono strettamente dall'organizzazione dello spazio incentrata sullo Stato, e racchiudono, al loro interno, un territorio che rileva a sua volta solo come costruzione del diritto, come contenuto

<sup>10</sup> A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965, p. 164. Secondo Di Lucia, il concetto di territorio in Kelsen equivale a quello di *confine* dello Stato, mentre in Ross si tratta di un *figmentum*, di un prodotto di norme giuridiche: entrambi i concetti si differenzerebbero dalla più tradizionale accezione di territorio quale *parte* dello Stato, riscontrabile, ad esempio, in Santi Romano. Si tratta di una classificazione molto interessante, ma qui mi parrebbe da sottolineare come già l'idea kelseniana di territorio come ambito di validità comporti un'idea di artificialità del territorio stesso, in fondo non troppo dissimile dalla 'dissolutoria' idea rossiana. Cfr. P. DI LUCIA, *Territorio dello stato: tre concetti*, in «Sociologia del diritto», XXXIV, 2007, 3, pp. 99-116.

<sup>11</sup> Per una riflessione complessiva sulle dimensioni spaziali del diritto, che valorizza particolarmente la potenza de-territorializzante del pensiero normativistico, cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001.

<sup>12</sup> Cfr., per il nesso tra costruzione dello spazio omogeneo e eguaglianza giuridica, G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera. Tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali tra storia e diritto*, in C. OSSOLA, C. RAFFESTIN e M. RICCIARDI (a cura di), *La frontiera da Stato a nazione. Il caso Piemonte*, Bulzoni, Roma 1987, pp. 385-405.

delle norme giuridiche. Questa concezione razionalizza lo spazio politico moderno, e tendenzialmente esclude ogni rilevanza delle frontiere, interne agli Stati o anche trans-statali, che segnavano e diversificavano, invece, il territorio medioevale.

Ma oltre al significato proprio, c'è almeno uno dei tanti usi metaforici di confine che incrocia perfettamente questo discorso. Se torniamo al passo del *Nomos della Terra* citato in precedenza, si ricorderà che Schmitt amplia il quadro di riferimento, legando la costituzione dell'ordinamento spaziale moderno, quello appunto segnato dagli Stati territoriali e dai loro confini artificiali, al processo di secolarizzazione. Questo ordinamento spaziale, infatti, non comporta semplicemente una nuova geografia politica: la spartizione della terra tra unità politiche indipendenti segna anche un'inedita separazione tra i diversi campi della ragion pratica, una nuova regolazione dei rapporti tra religione, etica, politica e diritto, la conquista dell'autonomia dell'*auctoritas* politico-giuridica dalla *Veritas* teologica.

È questo il secondo senso in cui possiamo affermare che il confine è un prodotto strettamente e tipicamente moderno: è la particolare logica della neutralizzazione moderna a poter essere letta come creazione di confini – artificiali e convenzionali – tra i diversi sistemi normativi. La spazializzazione moderna, cui Schmitt fa riferimento, è, allo stesso tempo, creazione di confini lineari e sicuri tra gli Stati e instaurazione di differenze, ritenute altrettanto nette e precise, tra gli ambiti dell'agire pratico.

Se la lettura schmittiana si sofferma particolarmente sugli aspetti spaziali del Moderno, è la sociologia sistemica luhmanniana a offrire una parallela lettura della nascita del diritto moderno in chiave di differenziazione dei sistemi, e, quindi, di creazione di confini attraverso i quali quanto era tenuto insieme in un unitario concetto di ragion pratica si è andato via via specificando e autonomizzando in una serie di sottosistemi autopoietici<sup>13</sup>. La lettura di Luhmann evidenzia un altro senso per cui la modernità è apposizione di confini: quello per cui alla creazione di linee divisorie geografiche – i confini in senso proprio – si affianca una complessa costruzione di distinzioni, di differenze tra sistemi, che permettono il governo della contingenza e la risoluzione dei conflitti.

Due sensi di confine, quello geografico e quello simbolico, fra i

<sup>13</sup> Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it. a cura di R. de Giorgi e M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna 1990, e, in particolare, per il progressivo differenziarsi del sistema giuridico positivo dall'unitarietà originaria della ragion pratica, il saggio ivi raccolto *La positività del diritto come presupposto di una società moderna*, pp. 103-146.

quali il nesso non è per nulla occasionale, come lo stesso Luhmann chiarisce in un noto intervento dedicato appunto ai *boudaries*<sup>14</sup>. Per Luhmann, gli stessi confini territoriali devono essere compresi come confini sistemici. I confini rivestono infatti un duplice ruolo, almeno nei sistemi dotati di sufficiente complessità: da un lato, servono a differenziare i sistemi tra loro, e fungono così da mezzo di produzione di relazione fra i sistemi; dall'altro, differenziano ciascun sistema dall'ambiente circostante. Come si vede, siamo davanti alla traduzione, in termini sistemici, del nesso stretto tra i due sensi di confine che abbiamo intravisto in precedenza, sulla scorta della lettura schmittiana: i confini permettono di distinguere tra loro le unità politiche, ma, al tempo stesso, garantiscono l'autonomia di ogni sistema normativo, gli permettono di selezionare e gestire la contingenza ambientale secondo i propri codici. L'aspetto territoriale del confine è quindi strettamente legato a quello simbolico, culturale, sociale etc.: la modernità, letta come un processo di differenziazione, è appunto un sistema di confini in entrambi i sensi.

La concezione moderna del diritto si sviluppa, ovviamente, all'interno di questi doppi confini: la sovranità statale si configura come il pilastro dell'intero sistema, limitata, ma, allo stesso tempo, differenziata e resa autonoma, sia dai confini territoriali sia da quelli simbolici, che separano la sua autorità dalle antiche pretese teologiche. È un diritto chiaramente delimitato non solo territorialmente, attraverso confini netti e l'abolizione di ogni frontiera interna, ma anche simbolicamente, concepibile e conoscibile indipendentemente da ogni altro sistema normativo, distinto da religione ed etica da confini simbolici, i quali, proprio come i loro corrispettivi geografici, sono anch'essi geometrici, continui e lineari, senza interruzioni o porosità. A questo diritto corrisponde una scienza giuridica che solo grazie a questi presupposti può costituirsi finalmente come una scienza autenticamente descrittiva, in grado di sviluppare un suo procedere analitico e anch'esso, in qualche modo, geometrico.

<sup>14</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Territorial Borders as System Boundaries*, in R. STRASSOLDO, G. DELLI ZOTTI (a cura di), *Cooperation and Conflict in Border Areas*, Franco Angeli, Milano 1982. Nota però opportunamente Rigo come la lettura sistemica di Luhmann rischi, considerando il confine come generico elemento di differenziazione, di occultare la sua più specifica funzione di demarcazione spaziale, in altri termini, la territorialità del confine (cfr. E. RIGO, *Europa di confine*, cit., pp. 174-175).

### 3. Dal confine ai diversi «regimi confinari»

La complessità e la forza costitutiva, nei confronti della concezione moderna del diritto, di questo gioco di confini, fa sì che la sua modificazione comporti una sorta di smarrimento della scienza giuridica. Come è stato giustamente sostenuto, il superamento del sistema dei confini moderni, lo «sconfinamento» del diritto in seguito ai processi di globalizzazione, non poteva non provocare un salto di paradigma nella scienza giuridica, un autentico *shock* culturale per il giurista, almeno per quello europeo-continentale<sup>15</sup>. Alcuni lavori hanno indagato in modo illuminante questa trasformazione del paradigma giuridico<sup>16</sup>: qui cercheremo di offrire qualche indicazione sulle modalità attraverso le quali la scienza giuridica affronta, o potrebbe affrontare, queste trasformazioni, continuando a seguire la traccia delle evoluzioni e delle trasformazioni del confine. In particolare: cosa ne è, oggi, della concezione artificiale, lineare e geometrica che ha visto, nella modernità, il confine prendere ampiamente il posto della frontiera? Il mondo globalizzato può essere inteso come uno spazio semplicemente «senza confini» – oppure sta emergendo un'altra concezione del confine, con cui la scienza giuridica, e, prima ancora, una filosofia del diritto consapevole della trasformazione radicale del paradigma statualista in cui la storia «maggioritaria» del diritto moderno si è sviluppata, dovrà fare i suoi conti?

Se si ricostruisce, come abbiamo provato a fare, l'invenzione del confine moderno come un processo di graduale astrazione e artificializzazione, che ha imposto la sua spazializzazione rigida e lineare su quella mobile e permeabile, incentrata sulla frontiera, si può forse immaginare che il risultato del superamento di quella concezione dello spazio non sia, come molti spingono a credere, uno spazio globale liscio e ininterrotto, senza più rugosità di alcun tipo. Piuttosto, si può immaginare che l'improseguibilità della differenziazione moderna degli spazi e dei sistemi incentrata sui *boundaries* apra piuttosto la strada a un gioco mobile di linee di altro tipo, meno geometriche e stiliz-

<sup>15</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 31.

<sup>16</sup> Dell'ampio dibattito sviluppatosi intorno a questi temi, posso fare qui riferimento a tre lavori, di impostazione molto differente, ma convergenti nell'accettare la sfida della radicalità della trasformazione del paradigma giuridico statuale: M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; F. VIOLA, *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in *Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity*, a cura di T. Gizbert-Studnicki e J. Stelmach, Oficyna, Warszawa 2007; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008.

zate: in altri termini, la globalizzazione ci fa assistere, più che alla rimozione pura e semplice del confine in nome del mondo unificato, alla resurrezione dell'antica figura della frontiera<sup>17</sup>.

Elementi importanti per un ripensamento del confine nel senso ora indicato, oggi possono essere individuati, per esempio, nei lavori di Saskia Sassen, che da tempo persegue una definizione delle dinamiche della globalizzazione, capace di articolare i diversi livelli, subnazionale, nazionale, internazionale, transnazionale, attraverso i quali i flussi globali, non solo di capitale, ma anche e soprattutto di uomini, sviluppano la propria dinamica, e vengono gestiti, controllati, frenati o potenziati a seconda delle circostanze. Ne è scaturita un'immagine della globalizzazione che riesce a evitare sia ogni residuale, e oramai scientificamente insostenibile attaccamento al paradigma staturalistico tradizionale, sia di precipitare, per contraccolpo, nell'immagine stilizzata del mondo globale come spazio liscio, senza confini né frontiere, oramai unificato dalla forza delocalizzante del mercato. Per la Sassen, il mondo globale è un mondo comprensibile, al contrario, solo se si sanno distinguere gli insiemi di dinamiche che effettivamente si muovono a un livello globale e mettono capo a «formazioni globali nuove e patentemente tali», dai processi che, pur non muovendosi sulla stessa scala globale, e invece «essendo localizzati in ambiti nazionali, e persino subnazionali», appartengono comunque alla globalizzazione per la capacità che mostrano di connettere in rete una molteplicità di attori locali o nazionali e di aggregarli intorno a questioni locali, ma ampiamente ricorrenti in ogni parte del globo<sup>18</sup>.

Questa lettura della globalizzazione, che ne valorizza gli aspetti reticolari e molecolari, è stata recentemente applicata dalla studiosa americana alla questione del confine. Il tentativo è quello di evitare la «semplificazione del confine» prodotta dal fatto che storiografie e geografie degli ultimi due secoli sono state tutte influenzate dalla prospettiva dello Stato-nazione. In tal modo, scrive la Sassen

<sup>17</sup> Ovviamente questa tendenza non esclude che anche nel mondo globalizzato possa rivivere, a certi fini e in certi momenti, il confine tradizionale, con tutto il suo significato di divisione e protezione di spazi chiusi e incomunicanti: è il caso, per esempio, delle politiche migratorie, che, come nota Sandro Mezzadra, tendono a imprimere le logiche del confine, «logiche di dominio connaturate alla dimensione della staturalità», sul corpo dei migranti, «cittadini della frontiera», abitanti cioè di uno spazio di transizione, che mette in relazione soggetti diversi, modificando continuamente, attraverso l'incontro e il conflitto, la loro identità. Cfr. S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, ombre corte, Verona 2001, pp. 82-83.

<sup>18</sup> S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, trad. it. di P. Arlorio, Einaudi, Torino 2008, p. 5.



il confine è stato ridotto in gran parte a questione geografica e all'apparato istituzionale da cui è immediatamente controllato, protetto e, in generale, governato<sup>19</sup>.

Questo prevalere della prospettiva dello Stato nazione, lamentato dalla Sassen, non è stato per la verità ingiustificato: come abbiamo visto, la concezione del confine della modernità è un prodotto specifico di una organizzazione politica dello spazio che sulla sovranità statale è stata incentrata. Ma, come anche abbiamo visto, quella concezione del confine è una concezione che si è data in una precisa circostanza storica, e oltretutto esclusivamente in Europa – dalla quale semmai è stata poi esportata nel processo di colonizzazione, e di lì ha finito per caratterizzare, in ultimo, anche lo stesso processo di decolonizzazione: una concezione senza dubbio importante, ma non sacralizzabile come unico modo possibile di intendere il confine.

Il tentativo della Sassen, perciò, ci sembra utile non tanto per contestare il nesso Stato-confine, che, almeno per la concezione moderna del confine, è un nesso che ha avuto senza dubbio una funzione storica reale, quanto piuttosto per relativizzarlo, e per far emergere, nella situazione dove quel nesso è comunque tramontato, nuovi possibili significati, possibili materiali per concepire un «confine senza lo Stato».

Coerentemente con la sua complessa e stratificata lettura della globalizzazione, la Sassen propone una operazione intellettuale di disaggregazione del confine. Occorre cioè passare dalla sostanzialmente unitaria lettura del confine che la metodologia statualista ha imposto (e che comunque risultava essa stessa da una particolare trasformazione e riaggregazione di altrettanto particolari elementi, ricavati dalle complesse e diversificate concezioni medioevali dei rapporti tra territorio, confini e frontiere<sup>20</sup>), a una nuova interpretazione che sa concepire una molteplicità di diversi regimi confinari.

Si possono allora distinguere regimi confinari comunque imperniati sullo Stato, che non vengono di certo semplicemente cancellati dal processo di globalizzazione, ma semmai conoscono una differenziazione crescente rispetto al tipo di flussi che ciascun regime confinario è predisposto a controllare. I regimi confinari su una varietà di flussi di capitale, servizi e informazioni hanno conosciuto una so-

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 210.

<sup>20</sup> Alla rilettura della storia della formazione dello Stato moderno come «riasmblaggio» di soluzioni istituzionali precedenti, in chiave critica verso la falsa alternativa tra letture continuiste e discontinuiste della nascita della statualità, Saskia Sassen ha dedicato il suo *Territorio, autorità e diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, trad. it. Bruno Mondadori, Milano 2008.

stanziale limitazione dei controlli, mentre altri regimi confinari, per esempio quelli sui lavoratori migranti, sono continuamente e progressivamente inaspriti. Orbene, questi regimi confinari continuano a vedere nello Stato almeno un loro «sito di applicazione», e in qualche modo, continuano a tenere in vita un regime di confini interstatuali.

Questi confini, per quanto siano ancora confini statuali, hanno però ampiamente trasformato la loro natura: non si tratta più di linee che hanno la funzione di demarcare chiaramente l'interno dall'esterno di una formazione politica, di fissare il territorio sul quale si potrà esercitare la stessa sovranità, ma sono piuttosto momenti di regolazione dei flussi, filtri modulabili che collegano il «dentro» con il «fuori» delle formazioni politiche con modalità estremamente variabili a seconda dei bersagli su cui tale controllo viene esercitato. Potremmo generalizzare l'analisi della Sassen, descrivendo questi confini come ancora confini nazionali e statuali, ma nondimeno «post-sovrani», nel senso che la loro funzione appare molto più adatta a modalità *governamentali* di controllo dei flussi globale, rispetto alle rigide modalità di separazione esterno/interno dei tradizionali confini moderni<sup>21</sup>.

Altre tipologie di regimi confinari varcano invece decisamente la soglia dello statale: per poterli concepire occorre «estrarre il confine dalle sue guaine nazionali». Qui troviamo la nascita di sistemi giuridici parziali, ma ad estensione globale: alcuni si occupano di questioni prevalentemente pubbliche (per esempio, i tribunali dei diritti umani), altri invece sono regimi giuridici settoriali di tipo privato che hanno conosciuto una forte transnazionalizzazione. Non si pensi solo alla generale *lex mercatoria*, ma anche a regimi molto più settoriali, e che comunque sviluppano un regime confinario globale: un esempio significativo riportato dalla Sassen è quello della *lex constructio-nis*, l'insieme delle norme e dei contratti standard per la realizzazione di progetti edilizi transconfinari. La dinamica di questi regimi confinari globali è tale da spiazzare completamente quell'ordinata logica di differenziazione insieme territoriale e sistemica che caratterizzava la modernità statale. Questi sistemi mostrano con chiarezza come le dinamiche di parcellizzazione estrema non solo non contrastano, ma anzi sono il motore di pretese di validità globale. Sistemi giuri-

<sup>21</sup> Il concetto di governamentalità, intesa come modalità di esercizio del potere incentrata sulla gestione e il controllo delle popolazioni, si deve, com'è noto, a Michel Foucault. Per la sua applicazione allo studio delle relazioni internazionali e, in generale, alle nuove configurazioni post-sovrane, si veda, a titolo d'esempio, *Global Governmentality. Governing International Spaces*, a cura di W. Larner e W. Walters, Routledge, London-New York 2004.

dici estremamente parziali, privati, si sganciano da ogni confinamento statale e danno vita a spazi giuridici transazionali potenzialmente globali: un'accelerazione sia della dinamica di frammentazione, sia, però, al tempo stesso, di quella di ricostruzione dei sistemi giuridici. Una dinamica, comunque, assolutamente incomprensibile se si resta ancorati ai termini della differenziazione giuridica e contemporaneamente spaziale che caratterizzava il sistema degli Stati.

Un terzo livello di regimi confinari è poi costituito da quello, molto meno formalizzato, formato dai domini digitali interattivi globali, nonché da quell'insieme di reti locali e globali che costituiscono la possibile base per «una politica globale costituita da attori localizzati»<sup>22</sup>. Forme reticolari e fluide di organizzazione, che intrecciano in modo diverso differenti livelli spaziali, attraversando tutte le dimensioni, dal subnazionale al globale.

Il quadro sociologico fornito da queste indicazioni, che qui ho riassunto brevemente, senza sfiorare neppure la complessità e l'ampiezza del discorso della Sassen, ci permette di misurare tutta la distanza tra il nuovo modello di confine e quello classico-statale: un confine in cui i due significati, quello geografico e quello simbolico, risultano oramai difficilmente distinguibili.

Alla linearità e continuità del confine geografico «moderno», alla sua geometrica certezza, si sostituisce una dinamica di continua evoluzione e intersezione di linee confinarie di diverso tipo e natura: alla differenziazione tra sistemi assicurata dal confine simbolico, si sostituisce invece la porosità del confine post-statale, la sua funzione di continuo governo dei flussi, in cui le frontiere tra economico, giuridico, etico e politico, lungi dall'essere fissate una volta per tutte, sono oggetto di continua re-inscrizione e rinegoziazione.

#### 4. *Percorsi teorici oltre la frammentazione*

Davanti a queste nuove dimensioni del confine, quali possono essere, infine, le forme di reazione di una teoria giuridica che, entro la vecchia spazializzazione moderna, aveva comunque costruito gran parte della sua stessa autocomprensione come scienza autonoma, oltre che gran parte del suo canone di temi e autori fondamentali?

Mi sembra che la teoria giuridica oggi si trovi davanti ad un problema bifronte, esattamente corrispondente a quell'ambivalenza tra processi di frammentazione e ricomposizione che abbiamo visto ca-

<sup>22</sup> S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit., p. 208.

ratterizzare le dinamiche dello «sconfinamento» post-sovrano e della contemporanea ricostruzione di regimi confinari di tipo inedito. La teoria giuridica deve rispondere a questa doppia sfida: rendere conto della porosità e della mobilità delle nuove frontiere, e, allo stesso tempo, descrivere le nuove pratiche di governo dei conflitti, nonché le pretese di validità avanzate dai nuovi sistemi giuridici transazionali e reticolari che attraversano queste frontiere, dando vita a inedite ricombinazioni normative.

Quali tradizioni della filosofia giuridica possono offrire, se non le soluzioni, quanto meno i materiali per ricostruire una griglia di comprensione del diritto post-sovrano, che non si appiattisca sulla mera ricognizione della frammentazione contemporanea, ma sappia individuare anche le potenzialità ricostruttive che la riscrittura dei confini, materiali e simbolici, continuamente ripropone?

Senza nessuna pretesa di completezza, ma solo per indicare alcuni «cantieri aperti» entro i quali l'identità plurale della filosofia del diritto può trovare, oggi, almeno un'indicazione per un programma di ricerca all'altezza delle sfide del diritto post-sovrano, indicherei nelle linee di tendenza che si stanno sviluppando all'interno delle tradizioni del pluralismo giuridico e della sociologia dei sistemi le agende più promettenti, quantomeno per l'individuazione dei problemi che abbiamo davanti e dei termini chiave su cui lavorare. In ambedue le tradizioni, infatti, appare oggi un interessante movimento: pur avendo da tempo insistito sugli aspetti di estrema diversificazione e di frammentazione che l'evoluzione contemporanea del diritto presenta, entrambe sembrano oggi avvertire l'insufficienza di una rappresentazione in questi termini, e si muovono piuttosto verso l'indagine delle forme di relazione che intercorrono tra i diversi sistemi normativi, e tra i diversi livelli spaziali (subnazionale, nazionale, transazionale) ai quali tali sistemi si sviluppano. Sia il pluralismo giuridico, sia la sociologia sistemica, sembrano muoversi, oggi, alla ricerca degli strumenti concettuali per superare la descrizione della pluralità degli ordinamenti o della differenziazione tra sistemi in termini di astratta separazione o di mera autoreferenzialità, e tendono a concentrare l'attenzione proprio sulla porosità delle frontiere tra i sistemi, sui momenti di attraversamento reciproco e di interrelazione.

Si consideri ad esempio il modo in cui Boaventura de Sousa Santos, uno dei più innovativi interpreti del pluralismo contemporaneo, descrive il tentativo di elaborare una nuova «cartografia giuridica»<sup>23</sup>. Perfettamente consapevole del fatto che nessuna mappatura può ri-

<sup>23</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Butterworths, London 2002, p. 436.

dursi ad una rappresentazione fotografica dell'esistente, comportando sempre scelte di scala, di proiezione e di simbolizzazione, Sousa Santos cerca di costruire una immagine cartografica del diritto contemporaneo che sia capace di rendere la compresenza di differenti spazi giuridici e la loro continua intersecazione. Per riuscire in questo intento, sottolinea Sousa Santos, occorre sì dotarsi di una concezione ispirata al pluralismo giuridico, ma

non il pluralismo giuridico della tradizionale antropologia giuridica, per il quale i differenti ordinamenti giuridici sono concepiti come entità separate coesistenti nello stesso spazio politico, ma, piuttosto, di una concezione dei diversi spazi giuridici come sovrapposti, interpenetrati e frammisti nelle nostre menti, così come nelle nostre azioni (...). Viviamo in tempi di giuridicità porosa o di porosità giuridica, molteplici *networks* di sistemi giuridici ci costringono a costanti transiti ed attraversamenti<sup>24</sup>.

Per affrontare questa situazione così apparentemente frammentata, senza cedere all'apologia della frammentazione stessa, occorre, quindi, superare la parte più caduca della tradizione del pluralismo giuridico. Una tradizione che, sin dall'inizio del Novecento, ha saputo mettere a fuoco, a partire dal saggio di Santi Romano su *Lo Stato moderno e la sua crisi*<sup>25</sup>, le sfide post-statali che attendevano la scienza giuridica, ma è poi spesso ricaduta in rappresentazioni essenzialiste della pluralità stessa, appunto quella rappresentazione delle entità giuridiche come astrattamente separate qui denunciata da Sousa Santos. Il nuovo pluralismo, al contrario, piuttosto che rinchiudere il pluralismo giuridico in concetti nuovamente formalizzanti, come quello di istituzione, preferisce lavorare sui confini più incerti della giuridicità, sulla soglia tra pluralismo giuridico e pluralismo sociale. Il concetto centrale per elaborare una nuova rappresentazione, pluralista ma dinamica, del *multiversum* giuridico è rintracciato da Sousa Santos in quello di *interlegalità*. Pensare in termini di interlegalità significa pensare in termini di reti di sistemi normativi, a volte interconnessi, altre volte distinti, altre volte ancora antagonisti, di «combinazioni instabili di codici giuridici»<sup>26</sup>, all'interno delle quali la decisione giuridica, di volta in volta, senza poter più pretendere alcun fondamento in un superiore ed unificante ordinamento normativo, dimostra la ca-

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 437.

<sup>25</sup> S. ROMANO, (1909), *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, a cura di A.E. Cammarata, Giuffrè, Milano 1969, pp. 3-25.

<sup>26</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, cit., p. 437.

pacità di risolvere effettivamente i conflitti<sup>27</sup>. Ma interlegalità significa appunto anche intravedere la possibilità di superare l'astrattezza della frammentazione. L'interlegalità chiama, infatti, anche la filosofia del diritto ad uno sforzo continuo di traduzione da un codice normativo all'altro: ed è tale attività di traduzione che può indicare la sottile striscia di terra da percorrere tra la resa alla mera descrizione di un processo di frammentazione infinita e l'improbabile e nostalgico sogno di qualche nuovo monismo normativo risolutore dei nostri problemi. Non è certo, beninteso, quello di interlegalità un concetto chiaro e ben definito: ma di sicuro testimonia di una certa direzione all'interno della tradizione pluralista, della consapevolezza che muoversi sul tema dell'inter-relazione è essenziale per evitare le trappole delle chiusure organiciste o staticamente istituzionaliste cui quella tradizione è per sua natura esposta.

Anche da parte della sociologia dei sistemi, come si diceva, sembra essere in corso un processo che tende a superare la mera descrizione della differenziazione come continua creazione di sottosistemi autopoietici, che cercano, differenziandosi, di resistere alla crescente complessità ambientale. Nei lavori di Gunther Teubner sulla globalizzazione giuridica, lavori che qui citiamo solo come sintomo di una tendenza, senza poterne neanche sfiorare la ricchezza e la complessità, il lavoro di decostruzione degli classici dogmi della teoria giuridica, dalla gerarchia delle fonti alla classica distinzione pubblico/privato, dalla differenza diritto/politica alla costituzionalizzazione attraverso la politica, viene condotto con il massimo rigore, direi quasi con spietatezza<sup>28</sup>. Il diritto globale è un diritto non gerarchico, policontesurale, che non riconosce alcuna delle finzioni operative che hanno permesso alla modernità giuridico-politica di costruire il proprio ordine, a partire, ovviamente, dalla finzione operativa per eccellenza che è stata costituita tradizionalmente dallo Stato, concepito come vertice della piramide normativa e fondamento della legittimazione politica<sup>29</sup>. Rispetto all'architettura moderna, ai suoi confini netti e alle sue distinzioni, il diritto della globalizzazione costituisce davvero una decisiva rottura strutturale.

Ma Teubner dubita fortemente dell'interpretazione *standard* dei

<sup>27</sup> Così legge il concetto di interlegalità D. ZOLO, *Globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 104.

<sup>28</sup> Cfr., ad esempio, i saggi raccolti in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, tr. it. a cura di R. Prandini, Armando, Roma 2005.

<sup>29</sup> Cfr., sull'irrimediabile esaurirsi della piramide normativa e delle sue funzioni di chiusura, G. TEUBNER, *La «Bukowina Globale»: il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in «Sociologia e politiche sociali», II, 2, 1999, pp. 44-79.

processi di globalizzazione, secondo la quale questi condurrebbero al mero primato dell'economico, con il diritto semmai semplicemente ridotto ad un ruolo di notaio dello spostamento di potere dagli attori politici a quelli economici: anzi, il fatto caratterizzante la globalizzazione giuridica è proprio l'enorme fabbisogno normativo che i sottosistemi sociali diversi dalla politica istituzionale (l'economia, certo, ma anche la tecnologia, i mass media, la sanità, i trasporti, e così via) dimostrano nella loro corsa verso la globalizzazione. Questo fabbisogno

lungi dal venire soddisfatto da istituzioni nazionali o inter-nazionali trova un'immediata risposta giuridica già all'interno di queste sfere. I regimi privati globali stanno sempre più producendo un diritto che fa a meno dello Stato, della legislazione nazionale o dei trattati internazionali (...). Le richieste che la società globale pone a questo diritto autopoiotico, non riguardano fondamentalmente il controllo politico dei processi sociali: originano piuttosto da bisogni originali di sicurezza delle aspettative e di necessità di risolvere i conflitti<sup>30</sup>.

I sottosistemi sociali, dunque, producono diritto, e producono sistemi di diritto globali – quei regimi confinari globali che abbiamo già incontrato nell'analisi della Sassen. Di certo, però, nessuna mediazione politica tradizionale funziona da fonte di legittimazione di questi sistemi.

Ma anche, qui, seppure problematicamente, Teubner intravede la possibilità che si sviluppi un rapporto tra le forme di autonomia sociale, che si liberano nella globalizzazione dalle limitazioni che le politiche statuali hanno loro imposto, e le sfere organizzate cui tali sottosistemi sociali danno vita, proprio attraverso la produzione di diritto globale. Non è detto, in altri termini, che all'interno della *governance* globale, attraversata continuamente da attori privati, organizzazioni nazionali e transnazionali, movimenti sociali, non si possa affermare un processo di costituzionalizzazione, radicalmente diverso da quello tradizionale, ma non per questo potenzialmente meno in grado di affermare effettivamente un certo grado di autonomia del diritto dalle altre sfere. Possono cioè svilupparsi quelle che Teubner definisce «costituzioni civili», che, pur essendo radicalmente post-statali, hanno potenzialmente la capacità di formarsi a partire dalla riflessività interna dei sottosistemi giuridici globali<sup>31</sup>. Pensare un costi-

<sup>30</sup> G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 60.

<sup>31</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costitu-*

tuzionalismo senza Stato è per Teubner possibile perché risponde a una tendenza concreta che va affermandosi nella società-mondo: si tratta di un processo di costituzionalizzazione strisciante che non si produce né a partire dalle sole istituzioni rappresentative della politica internazionale, né, tantomeno, dall'utopica edificazione di una costituzione globale unitaria. Piuttosto, si tratta di una costituzionalizzazione immanente ai singoli settori sociali, che non produce alcuna sintesi superiore globale: in altri termini, i sottosistemi giuridici globali possono sviluppare la capacità di ridisegnare continuamente i propri confini, e di difendere così, almeno parzialmente, una propria autonomia, evitando che il diritto venga divorato da altri sistemi, quali la politica o l'economia, pur senza che questa autonomia debba dipendere da unico ordinamento giuridico globale costituzionalizzato secondo il modello tradizionale. Un processo, quello del costituzionalismo civile, o meglio una serie di processi, che, insiste Teubner, sono già in atto: ad esempio, una parziale istituzionalizzazione della sfera dei diritti umani si è di certo già realizzata. Se essa non riesce ad essere considerata un vero processo di costituzionalizzazione, è solo perché pensiamo ancora ai processi di costituzionalizzazione riferendoci esclusivamente al modello statale tramandatoci dalla tradizione, un modello che mirava a coprire l'intera società civile, e che distingueva nettamente tra sfera pubblica e sfera privata, e non riusciamo così ad accettare l'esistenza di costituzioni settoriali, che si pongono come *tertium* «societario» oltre la distinzione pubblico/privato.

Non c'è di certo, in Teubner, la speranza di un superamento della frammentazione nella direzione di uno spazio giuridico globale, tradizionalmente cosmopolita: ma, come del resto nelle indicazioni della Sassen, si scorge l'apertura di una possibilità per il diritto di eccedere la mera frammentazione, in direzione di una inedita esperienza di

*zionale stato-centrica*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, cit., p. Il concetto di costituzionalismo societario è ripreso dai lavori di D. Sciulli. Cfr. D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1992 e ID., *Corporate Power in Civil Society: an Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York 2001. Anche A. Negri legge Teubner e Sciulli nel senso di un tentativo di interrogare la frammentazione attraverso l'idea di costituzionalismo societario: per Negri, però, il costituzionalismo societario non riuscirebbe a spingersi oltre la pur importante ammissione che la frammentazione non è più contenibile in un quadro sistemico, con conseguente esito «scettico» – sembra di capire insuperabile – della tradizione sistemica. Se la frammentazione post-sovrana è superabile, lo è allora solo in chiave di un'eccedenza biopolitica costituente, che rompa completamente il quadro sistemico (cfr. A. NEGRI, *La filosofia del diritto contro le sovranità: nuove eccedenze, vecchie frammentazioni*, in «European Journal of Legal Studies», I, 3, 2008, pp. 1-10).



giuridificazione plurale e reticolare. Processi che animano il nostro presente, ma che rischiano di essere gravemente sottovalutati – e su questo Teubner riesce ad essere pienamente convincente – se non ci si convince una buona volta che «le costituzioni civili non verranno prodotte da un qualche big bang, da un atto rivoluzionario spettacolare di una Assemblea costituente sull'esempio degli Stati Uniti o della Francia»<sup>32</sup>. Piuttosto bisogna guardare a «processi sotterranei di lungo periodo», durante i quali i singoli regimi globali (dell'economia, della ricerca, della salute etc.) producono norme costituzionali, anche se ben lontane dall'assomigliare ai testi costituzionali generali della tradizione giuridica statale.

È la prospettiva di una conquista di una forma nuova, sicuramente post-statale, probabilmente post-moderna, di autonomia del giuridico: una prospettiva incerta, di cui Teubner non nasconde i rischi, anche drammatici. È un discorso, però, che dimostra come è possibile muoversi lungo una strada che, pur consapevole delle dinamiche di dispersione e di frammentazione che il mondo post-statale dispiega, non rinuncia a ragionare sulle potenzialità ricostruttive e persino emancipative che il ridisegnarsi contemporaneo dei confini porta con sé.

Attraverso concetti come quelli di interlegalità, di riflessività, di costituzione civile, la filosofia del diritto potrebbe svolgere un suo compito: non si trova, in fondo, ad essere semplice osservatrice, ma, come disciplina tradizionalmente di confine, può trovarsi nella difficile, ma affascinante posizione, di chi assume un ruolo di traduzione. Di traduzione tra i diversi codici giuridici che vanno affermandosi, di traduzione tra il diritto globale spontaneo e le sue forme di istituzionalizzazione, di traduzione attraverso la porosità delle nuove frontiere.

<sup>32</sup> G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario*, cit., p. 123.



# Confini senza Stato

di Damiano Canale

SOMMARIO: 1. Tre tesi a confronto. - 1.1. Globalismo. - 1.2. Cosmopolitismo. - 1.3. Post-globalismo. - 2. Un ritorno al passato?. - 3. Confine, status, limes. - 4. Il muro come nuova forma di confine. - 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Tre tesi a confronto

È opinione diffusa che la nozione di confine pubblico sia da tempo in crisi. Nell'epoca della globalizzazione, dell'illimitato flusso di merci, capitali, servizi, informazioni e persone, il termine 'confine' ha infatti perso un contenuto chiaro e univoco nel discorso giuspubblicistico, internazionalistico, politologico: esso denota fatti e funzioni apparentemente privi di caratteristiche comuni e spesso non riducibili alle prerogative degli Stati. Ciò imporrebbe, ad opinione dei più, una presa di congedo dalla concezione dei confini pubblici sviluppata in età moderna e fissata in termini canonici dalla giuspubblicistica ottocentesca. Questa li concepiva infatti come mere linee di demarcazione istituzionale la cui funzione consiste nel delimitare il territorio sul quale si costituisce l'unità dello Stato<sup>1</sup>. Se questa concezione non è ritenuta in grado di catturare le caratteristiche dei confini nell'epoca della globalizzazione, essa non di meno non sembra ancora aver trovato un degno sostituto<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin 1900. Per un'analisi di questa definizione vedi, per tutti, C.-E. BÄRSCH, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen*, Duncker & Humblot, Berlin 1974, pp. 34 ss.

<sup>2</sup> È il caso di sottolineare, a titolo preliminare, che l'indeterminatezza semantica del termine 'confine', perlomeno negli ambiti discorsivi qui considerati, ha una duplice natura: concettuale e fattuale. Dal punto di vista concettuale, la nozione di globalizzazione presuppone infatti un indebolimento dei confini statali come parte della sua stessa definizione. Ne segue che qualora si riconosca a tale nozione la capacità di catturare gli aspetti distintivi della realtà sociale odierna, la crisi dei confini venga data per scontata, indipendentemente da un'attenta indagine sulle loro reali caratte-

La letteratura sulla globalizzazione ne è testimone in modo emblematico. Per dar conto delle trasformazioni in atto sulla scena politica e giuridica globale, frequente è l'utilizzo di termini come 'superamento', 'estinzione', 'metamorfofi' dei confini pubblici, oppure il ricorso a metafore nelle quali questi ultimi appaiono 'porosi', 'permeabili', 'flessibili', 'portatili', 'fluttuanti'<sup>3</sup>, vale a dire dotati di proprietà che non sono compatibili con la natura e le funzioni tradizionalmente attribuite loro. Questi termini, tuttavia, aprono il campo a spiegazioni diverse, tra loro alternative, delle trasformazioni subite dai vecchi confini dello Stato. Le indicazioni lessicali appena richiamate, in particolare, si lasciano ricondurre a tre famiglie fondamentali, che certo non esauriscono la complessità del dibattito sul tema, ma che consentono, non di meno, di procedere ad una sua analisi preliminare. Queste famiglie di usi linguistici fanno rispettivamente capo a tre tesi fondamentali, che sottendono altrettante concezioni generali della globalizzazione giuridica e politica:

- (1) I processi di globalizzazione si sostanziano nel progressivo venir meno dei confini pubblici e, con essi, dello Stato moderno.
- (2) I processi di globalizzazione attribuiscono ai confini pubblici un ruolo nuovo, sia nel contesto del diritto interno sia nel contesto del diritto transnazionale, internazionale e sovranazionale.
- (3) I processi di globalizzazione generano nuovi tipi di confine, qualitativamente diversi dai vecchi confini pubblici.

Proviamo a delineare, per quanto in modo sommario, le posizioni teoriche che fanno da sfondo a queste tesi.

### 1.1. *Globalismo*

Sostengono la prima tesi le posizioni teoriche che potremmo definire, in senso lato, *globaliste*.

ristiche e funzioni attuali. Dal punto di vista fattuale, per converso, l'indeterminatezza semantica del termine costituisce un dato difficilmente negabile, che comunque segnala rilevanti trasformazioni in seno alla realtà istituzionale contemporanea. E ciò indipendentemente dal fatto che la nozione di globalizzazione riesca a connotare tali trasformazioni in modo soddisfacente.

<sup>3</sup> Cfr. P. CUTTITA, *Segnali di confine. Il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis, Milano 2007; M. FOUCHER, *L'obsession des frontières*, Perrin, Paris 2007; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna 2001, pp. 133 ss.; P. ZANINI, *Significati del confine. I limiti naturali, storici, mentali*, Bruno Mondadori, Milano 1997; S. TAGLIAGAMBE, *Epistemologia del confine*, Il Saggiatore, Milano 1997.

Tali posizioni avanzano innanzitutto una pretesa esplicativa: si propongono di rappresentare le trasformazioni del diritto in atto nel mondo contemporaneo, di individuare le cause di tali trasformazioni e di prevedere quali saranno le loro conseguenze future. Sotto questo profilo, le teorie globaliste spiegano la crisi dei confini pubblici con il progressivo trasferimento delle funzioni dello Stato moderno alle dinamiche del mercato globalizzato, da un lato, e alle istituzioni sovranazionali, dall'altro. Questo trasferimento di funzioni, realizzatosi storicamente per tappe successive, avrebbe provocato il tendenziale venir meno di qualsiasi delimitazione spaziale della sovranità e delle sue forme di esercizio. Le tutele costituzionali, i poteri di imperio, l'attuazione di *policies* pubbliche, l'amministrazione dei processi sociali, e, più in generale, la funzione direttiva svolta dalle norme giuridiche verrebbero rese indipendenti tanto dai vecchi apparati dello Stato nazione, quanto dalla determinazione dei loro rispettivi ambiti di esercizio. La delimitazione territoriale di tali ambiti, detto altrimenti, non costituirebbe più una condizione necessaria del loro funzionamento e della loro efficacia. Ciò svuoterebbe di senso i termini 'territorio' e 'confine', i quali sembrerebbero destinati ad entrare nel museo della storia: il diritto e la politica contemporanei risulterebbero oramai compiutamente deterritorializzati e sconfinati, e qualsiasi resoconto attendibile di questi aspetti della realtà sociale dovrebbe muovere da questa presa d'atto fondamentale<sup>4</sup>.

Questa spiegazione viene utilizzata dai globalisti non soltanto per fornire una rappresentazione della realtà giuridica e politica odierna che avanza la pretesa di essere vera, attendibile, affidabile. Il quadro appena delineato è di solito funzionale alla valutazione delle trasformazioni in corso e al loro orientamento futuro. Sotto questo secondo profilo, a carattere prescrittivo, la dottrina globalista si differenzia tuttavia notevolmente al suo interno.

Una prima versione del globalismo, che potremmo definire *monista*, sostiene l'opportunità di dar vita a una repubblica mondiale o ad un *central guidance system* internazionale, mediante i quali esten-

<sup>4</sup> Cfr., per quanto riguarda la recezione di questo dibattito da parte della scienza giuridica, U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari 2007; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Laterza, Roma-Bari 2006; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003. Il termine 'detterritorializzazione' si presta tuttavia ad assumere anche significati ulteriori, qualora venga riferito non «a una situazione in cui spazio e territorio non giocano più alcun ruolo nell'operare dei confini, ma piuttosto a una situazione in cui quest'ultimo non può essere ridotto ad un luogo dato, ovvero al limite territoriale di una unità politica» (S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica del presente globale*, ombre corte, Verona 2007, p. 84).

dere su scala planetaria le funzioni e le prestazioni tipiche della sovranità moderna<sup>5</sup>. Si tratta di funzioni e prestazioni che fanno capo, rispettivamente, alla tutela delle garanzie costituzionali, ai meccanismi di legittimazione democratica, al principio di legalità, in breve: ai dispositivi di salvaguardia delle libertà civili e politiche. In questa prospettiva, la globalizzazione dei confini pubblici non condurrebbe, in senso stretto, alla loro estinzione. Il territorio delimitato dal confine si estenderebbe semplicemente all'intero globo terracqueo, conservando buona parte delle caratteristiche istituzionali che già lo contraddistinguevano nella prospettiva dello Stato moderno.

Una seconda versione del globalismo, che potremmo denominare *societaria*, vagheggia invece la nascita di una società civile globalizzata, imperniata sulla tutela universale dei diritti umani ovvero sull'assunzione da parte di soggetti privati, inseriti nel sistema globalizzato delle relazioni socio-economiche, di funzioni di garanzia, governo, composizione delle controversie e promozione delle condizioni di vita<sup>6</sup>. Nella prospettiva di questa versione del progetto globalista, una delle condizioni fondamentali per realizzare una società civile planetaria consisterebbe proprio nello svuotamento delle funzioni tradizionalmente attribuite ai confini territoriali, così da decretarne la definitiva estinzione. Solo il venir meno del radicamento spaziale della politica e del diritto, infatti, consentirebbe una piena garanzia dei diritti, il riemergere delle capacità di autogoverno dei soggetti privati, ovvero l'avvento di un nuovo costituzionalismo sociale su scala globale<sup>7</sup>.

Una terza versione della dottrina globalista, che potremmo denominare *movimentista*, traduce invece il quadro esplicativo delineato in precedenza in una istanza di lotta e sovvertimento sociale. Un'analisi accurata dei processi di globalizzazione, oltre a segnalare la crisi

<sup>5</sup> Paradigmatiche in tal senso le posizioni di O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 1999 e R. FALK, *A Study of Future Worlds*, Free Press, New York 1975. Per una discussione della prospettiva del repubblicanesimo mondiale vedi D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995, pp. 49 ss., come pure i saggi raccolti nella sezione monografica della rivista «Ragion pratica», 11, 2001, pp. 111-160.

<sup>6</sup> Per una ricostruzione dei significati oggi attribuiti in letteratura alla nozione di «global civil society», e alla loro genesi storica, vedi G. FRANKENBERG, *National, Supranational, and Global: Ambivalence in the Practice of Civil Society*, «Law Critique», 19, 2008, pp. 275-296. Su questo punto vedi anche C. MARGIOTTA, *Il diritto internazionale in bilico fra stati, comunità internazionale e società civile globale*, «Toria politica», 24 (2), 2008, pp. 41-61.

<sup>7</sup> Cfr. D. SCIULLI, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York 2001; G. TEUBNER (ed.), *Global Bukowina: Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth 1997.

dei confini pubblici dello Stato-nazione, condurrebbe infatti a evidenziare le nuove forme di esercizio del potere che si nascondono dietro questa crisi. Si tratta di un potere sovrano a carattere «imperiale» compiutamente delocalizzato<sup>8</sup>, che organizza le proprie modalità di dominio sulla base della nuova ontologia sociale generata dalla globalizzazione. La crisi dei confini territoriali, tuttavia, offrirebbe allo stesso tempo «enormi possibilità creative e di liberazione»<sup>9</sup>: l'opportunità di sperimentare nuove forme di soggettività politica (le multitudini), di partecipazione comunitaria (i movimenti transnazionali), di cooperazione sociale. L'eclissi dei vecchi confini pubblici, al pari del nuovo ordine imperiale, vengono dunque interpretati dal globalismo movimentista come una semplice fase di passaggio nella dialettica storica che conduce a nuove forme di emancipazione.

## 1.2. Cosmopolitismo

Sostengono invece la seconda tesi richiamata in apertura le posizioni teoriche che potremmo definire, in senso lato, *cosmopolitiche*.

Sotto il profilo descrittivo, queste posizioni continuano a riconoscere allo Stato una funzione chiave sia nel contesto del diritto interno, con particolare riferimento all'organizzazione della comunità politica e delle sue forme deliberative, sia nel contesto del diritto internazionale, accanto ad altri soggetti giuridici emergenti. La globalizzazione non svuoterebbe dunque lo Stato delle sue originarie funzioni ma si limiterebbe a *modificarle*, inserendole in un contesto più ampio<sup>10</sup>. Al monismo del potere degli Stati subentrerebbe il pluralismo di una *governance* globale articolata a più livelli, alla quale cor-

<sup>8</sup> Cfr. M. HARDT e A. NEGRI, *Empire*, Harvard College, Cambridge (Mass.) 2000, trad. it. *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano 2002, *passim*. Sui molteplici usi del termine «impero» nella letteratura filosofico-politica, politologica e internazionalistica contemporanea vedi D. ZOLO, *L'impero e la guerra*, in ID., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 109-126.

<sup>9</sup> HARDT-NEGRI, *Impero*, cit., p. 208.

<sup>10</sup> Secondo David Held, la globalizzazione «[has] altered the nature and form of political power. But it has not simply eroded or undermined the power of the states. Rather it has reshaped and reconfigured it ... States remain the primary actors in world affairs...and world order is still shaped decisively by powerful states» (D. HELD, *Global Covenant: The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Polity Press, Cambridge 2004, p. 6). Vedi anche A. COLOMBO, *L'interminabile tramonto del sistema degli stati. Tra cosmopolitismo, guerra globale e Impero. Verso la fine della politica interstatale*, «Quaderni di relazioni internazionali», 6, 2007, pp. 15-27.

rispondono tipi diversi di confine, in rapporto alla *funzione* che una determinata istanza di governo svolge sul piano territoriale<sup>11</sup>.

Sul versante prescrittivo, parallelamente, il cosmopolitismo si propone di convertire i vecchi confini territoriali in strumenti per sottrarre all'indistinzione globale i diversi «mondi vitali e di esperienze», senza per questo alimentare le forme di neo-localismo che potrebbero derivare dal riconoscimento di prerogative politiche e giuridiche su base territoriale<sup>12</sup>. All'interno dei diversi livelli di governance, i confini dovrebbero garantire piuttosto l'effettività dei processi decisionali democratici e impedire gravi asimmetrie nella produzione e distribuzione delle opportunità di vita. Sotto questo profilo, il confine viene concepito dalla prospettiva cosmopolitica come uno strumento per porre in relazione e non per separare: da un lato esso si configura come limite tra ambiti disomogenei, dall'altro lato come principio di coappartenenza tra questi ambiti, che garantisce comunicazione e coordinamento tra di essi senza pregiudicare la loro rispettiva identità.

### 1.3. *Post-globalismo*

Difendono infine la terza tesi formulata in apertura le posizioni che potremmo definire *post-globaliste*.

Queste posizioni segnalano l'affermarsi su scala globale di nuovi tipi di confine, di volta in volta definiti come «sovra-territoriali», «immateriali», «dinamici»<sup>13</sup>, confini dunque di tipo sociale, culturale, et-

<sup>11</sup> L'esempio maggiormente significativo di questo processo è costituito dall'Unione Europea, e dalla funzione peculiare attribuita ai confini territoriali dell'Unione rispetto a quella dei confini degli Stati membri. Vedi in particolare Rigo, *Europa di confine*, cit., pp. 117 ss.; É. BALIBAR, *Europe Constitution Frontière*, Éditions du Passant, Bègles 2005. U. BECK e E. GRAND, *Das kosmopolitische Europa*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2004, pp. 112 ss. Per una critica a questo approccio descrittivo vedi L. ZAGATO, *La governance: una sfida per il diritto internazionale?*, «European Journal of Legal Studies», 1 (3), 2008, pp. 1-21.

<sup>12</sup> A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004, *passim*.

<sup>13</sup> Secondo questa tesi, nel mondo contemporaneo i confini «si moltiplicano, ripresentandosi sotto nuove forme e tipologie, con caratteristiche diverse e rinnovate modalità di intervento, incrociandosi vicendevolmente, sovrapponendosi l'uno all'altro, abbracciando e delimitando, includendo ed escludendo ambiti, territori e dimensioni qualitativamente e quantitativamente differenti» (CUTTITTA, *Segnali di confine*, cit., p. 7). Ne segue dunque che «la globalizzazione non [è] certo contraddistinta dalla fine dei confini, ma piuttosto dalla crisi di quella connessione di Stato e territorio che [costituisce] il presupposto concettuale della definizione 'classica' del confine» (S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Ombre Corte, Verona, 2001, p. 176).



nico, religioso, che di fatto mobilitano e ridislocano i confini territoriali «fisici» del vecchio *ius publicum eaurpeaum* schmittiano.

Questi approcci si sottraggono in senso critico alla distinzione tra discorso descrittivo e discorso prescrittivo, giudicandola una forma di riduzionismo ideologico. Ne costituirebbe una prova evidente la stessa letteratura sulla globalizzazione, la cui «descrizione» delle trasformazioni in corso su scala globale appare fortemente viziata dalla centralità attribuita alla storia e alle esigenze del mondo occidentale, che influenzano la selezione dei fenomeni osservati e la spiegazione che ne viene fornita. Questi vizi finirebbero, inevitabilmente, col coinvolgere anche le aspirazioni e le proposte di globalismo e cosmopolitismo: l'aspirazione all'emancipazione individuale, alla democratizzazione dei processi politici, al miglioramento delle condizioni di vita, ed i mezzi che si considerano adeguati per la loro realizzazione, finiscono per trasformarsi, anche contro le migliori intenzioni, in nuove strategie di oppressione di una parte della popolazione mondiale.

Da qui il ricorso, sotto il profilo metodologico, da un lato dell'apporto interdisciplinare dei *border studies*<sup>14</sup> e degli studi post-coloniali, che aprono la nozione di confine pubblico al lessico della sociologia, dell'antropologia, della politologia, e dall'altro lato dallo strumentario filosofico post-strutturalista, che conduce a comprendere le nuove forme di confinamento, e i «regimi confinari» che esse definiscono, come una riallocazione della dialettica interno/esterno a livello dei corpi, della produzione dei saperi, delle dinamiche sociali ed economiche, delle istituzioni politiche e giuridiche. Una dialettica che non conduce, né può in alcun modo condurre, a una sintesi concettuale o storica quale quella immaginata dal globalismo, ma che concepisce tale sintesi come iterazione e valorizzazione della differenza.

## 2. *Un ritorno al passato?*

Non è mia intenzione, in questa sede, procedere a un confronto critico tra le concezioni dei confini odierni fin qui abbozzate. Concentrerò invece l'attenzione su un fenomeno apparentemente eccentrico rispetto ai processi di globalizzazione, un fenomeno che sembra mettere in crisi la «retorica della crisi» fin qui delineata, perlomeno complicare il quadro comprensivo da essa offerto.

<sup>14</sup> Cfr. in particolare, con riferimento alle trasformazioni dei confini pubblici, N. PAPASTERGIADIS, *The Turbulence of Migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge 2000; R. BAUBÖCK e J. RUNDELL, (eds.), *Blurred Boundaries. Migration, Ethnicity, Citizenship*, Ashgate, Aldershot 1998.

Si tratta del fenomeno dei cosiddetti muri di confine, vale a dire dell'edificazione di barriere murate tra Israele e Palestina, India e Pakistan, Arabia Saudita e Yemen, Stati Uniti e Messico, Botswana e Zimbabwe, Uzbekistan e Kirgizstan, come pure dei nuovi muri in via di realizzazione nel deserto del Sinai, nel sud della Thailandia, a ridosso delle frontiere tra Emirati Arabi e Oman, tra Kuwait e Iraq, nei territori tribali dell'Afghanistan<sup>15</sup>. Questo fenomeno sembra da un lato costituire un semplice *revival* dei vecchi confini territoriali statali, in grado di giustificare un'interpretazione realista della globalizzazione giuridica proprio in un momento di grave emparse per la retorica della globalizzazione, alimentata dalla crisi economica e finanziaria in atto e dalle istanze neo-stataliste che ad essa stanno facendo seguito.

Per altro verso, tuttavia, i muri di confine sembrano possedere caratteristiche del tutto peculiari: spesso non coincidono coi confini politici dello Stato ma vengono edificati all'interno dello Stato o a cavallo tra il territorio di più Stati. Sono inoltre dotati di una immediata consistenza materiale che sembra determinare una cesura rispetto alla natura e alle funzioni dei confini pubblici moderni. Se anche in età moderna i confini fortificati costituivano uno strumento diffusamente utilizzato per la difesa del territorio dello Stato, senza che ciò influenzasse in alcun modo la natura istituzionale del confine pubblico, nei casi cui si è appena fatto cenno è la natura e la funzione del confine a mutare, non semplicemente il suo aspetto esteriore. Quelli richiamati in precedenza, detto altrimenti, non sono semplici «confini murati» ma di veri e propri «muri di confine», in rapporto ai quali la consistenza materiale del muro si fa veicolo di una diversa realtà istituzionale.

Sorgono allora spontanei i seguenti quesiti: la proliferazione dei muri di confine segnala un semplice colpo di coda dello Stato moderno o costituisce invece un fenomeno dotato di caratteristiche diverse? La comprensione di tale fenomeno richiede l'uso di concetti nuovi, o addirittura nuove forme di concettualizzazione? E ancora, i paradigmi richiamati in precedenza sono in grado di dar conto di questo fenomeno, oppure esso sfugge alla loro capacità esplicativa, mostrandone i limiti?

Sotto il profilo filosofico generale, tali quesiti sottendono una tesi di fondo che vale la pena delineare brevemente. La sua formulazione potrebbe essere la seguente: il contenuto dei concetti giuridici e po-

<sup>15</sup> Per una ricognizione e un'analisi critica del fenomeno vedi W. BROWN, *Porous Sovereignty, Walled Democracy*, relazione tenuta in occasione della giornata di studi «Sovranità Confini Vulnerabilità», Università di Roma Tre, 27 marzo 2008.

litici è suscettibile di essere modificato dai fatti empirici e dell'esperienza che ne fanno gli individui. Si tratta di una tesi che prende le distanze da uno dei temi ricorrenti nella retorica della globalizzazione, vale a dire dall'idea che nell'epoca della *network-society*, della comunicazione illimitata e della virtualizzazione del reale, le forme simboliche e comunicative guidino i processi politici e sociali, tanto da modificarne la natura, determinarne l'esito ultimo, fissare le condizioni della loro comprensione.

Questo quadro rischia tuttavia di risultare parziale se non addirittura fuorviante. La nostra epoca appare infatti caratterizzata da fatti ed eventi dei quali non abbiamo esperienza e memoria, e che non siamo dunque in grado di nominare. Questi fatti ed eventi si impongono alla nostra percezione spesso in modo traumatico, senza trovare parole per essere spiegati e condizionando, non di meno, la vita e i destini degli uomini. Di essi la filosofia politica e giuridica è chiamata ad occuparsi prima di ogni altra cosa, al fine di coniare termini per nominarli ed elaborare concetti per comprenderli, senza con ciò ridurli a schemi concettuali predeterminati o identificarli, in modo sbrigativo, con le esperienze del passato.

Per rispondere agli interrogativi formulati in precedenza, pertanto, sembra opportuno precisare, in primo luogo, i contenuti del concetto di confine pubblico moderno. Ciò consentirà di rendere più evidente come i muri di confine costituiscano un fenomeno eccentrico non soltanto rispetto ai vecchi confini pubblici ma anche alle diverse rappresentazioni della globalizzazione illustrate nei paragrafi precedenti.

### 3. *Confine, status, limes*

Uno degli aspetti distintivi dei confini pubblici è il loro carattere inclusivo e centripeto. In età moderna, tracciare un confine pubblico significa generare una relazione tra due ambiti spaziali, lo Stato e il suo «esterno». Si tratta, ad ogni modo, di una relazione del tutto peculiare<sup>16</sup>. Tracciando i propri confini, infatti, lo Stato per un verso si determina in quanto Stato, acquistando consistenza territoriale ed esistenza istituzionale, per altro verso relativizza a sé ciò che consente questa determinazione – il suo «esterno» – rendendolo funzionale alla sua stessa sussistenza. Ciò che sta oltre il confine diviene, di volta in volta, *res nullius* da occupare, territorio nemico da conquistare, al-

<sup>16</sup> Sulla struttura concettuale della relazione di confine, tradizionalmente espressa dal concetto di limite, mi permetto di rinviare a D. CANALE, *Figura del limite nell'interpretazione giudiziale*, CEDAM, Padova 2003, cap. II.

leato con cui stringere patti, in una battuta, frammento di una fattispecie del diritto pubblico esterno, che trova la propria origine nella relazione di confinamento medesima e non in un principio d'ordine terzo rispetto ad essa.

Sebbene il carattere centripeto e inclusivo dei confini pubblici moderni sia ampiamente noto e discusso in letteratura, esso viene sovente confuso con la nozione di Stato-nazione, in rapporto alla quale il confine, e le sue funzioni, assumono una connotazione sociale, linguistica, etnica, religiosa. Tracciare un confine pubblico condurrebbe cioè non solo a determinare il rapporto tra ciò che sta dentro lo Stato e ciò che sta fuori, ma anche a garantire l'identità della nazione, che di tale rapporto costituirebbe la giustificazione ultima sotto il profilo materiale. Il predicare l'identità tra confine statale e confine nazionale – un'identità, detto per inciso, che non è concettuale ma che denota una corrispondenza fattuale meramente contingente – corre tuttavia il rischio di far perdere di vista una ulteriore caratteristica dei confini pubblici moderni, strettamente legata a quanto fin qui osservato. Nella prospettiva dello Stato, il confine pubblico è una realtà istituzionale le cui proprietà prescindono dalle caratteristiche di popolazioni, etnie, religioni, lingue, tradizioni, e in generale da ogni differenza di status<sup>17</sup>. Il confine pubblico delimita l'ambito all'interno del quale lo Stato esercita la propria sovranità e gli individui sono tra loro uguali, in quanto ugualmente sottoposti ai poteri sovrani di imperio. Come ancora sottolineava Jellinek, il confine attribuisce estensione spaziale alla sovranità e non alla nazione, configurandosi come un dispositivo di inclusione formale e non di identificazione sociale. In concreto, esso implica l'irrelevanza per il diritto delle differenze di status che non siano estendibili, in via di principio, a tutti gli individui presenti sul territorio. Nel caso le differenze religiose, etiche e linguistiche fossero per se stesse fonte di diritti e obblighi, infatti, il criterio di imputazione di questi ultimi non sarebbe costituito dalla volontà dell'individuo astrattamente inteso, che sta alla base della sovranità, ma da caratteristiche contingenti, e spesso fungibili, degli uomini in carne e ossa. Tali caratteristiche possono certo giustificare, dal punto di vista politico, una differenziazione dei consociati *nello* Stato, ma soltanto sulla scorta

<sup>17</sup> Sulle trasformazioni subite in età moderna dal concetto di status vedi D. CANALE, *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 28 (1), 1998, pp. 139-194; P. CAPPELLINI, «Status» *accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di «capacità giuridica» e «sistema di diritto romano attuale»*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Nuova serie. Sezione V: Scienze giuridiche*, Università degli Studi di Ferrara, Ferrara 1987, I, pp. 29-97. Cfr. anche M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, Giuffrè, Milano 2008.

della volontà sovrana, che è quella imputabile a tutti gli individui astrattamente intesi. Allo stesso modo, nella prospettiva del diritto internazionale moderno assume rilevanza giuridica la cittadinanza di un individuo ma non, ad esempio, il suo status di migrante. Tale status costituisce un titolo valido per rivendicare diritti se questi ultimi sono imputati a un cittadino dalle fonti del diritto internazionale o sovrastatale: la mera sussistenza impersonale di condizioni di vita qualsivoglia non ha, in quanto tale, alcuna rilevanza.

Queste considerazioni consentono di precisare la relazione tra interno ed esterno istituita dal confine pubblico moderno. L'omologazione dello spazio interno che segue alla determinazione del confine territoriale, grazie alla quale ciascun individuo diviene formalmente uguale a ciascun altro, si accompagna alla parallela omologazione dello spazio esterno. Ciò che sta oltre il confine dello Stato esiste per il diritto, ovvero sia è dotato di una forma di soggettività pubblica, nella misura in cui riconosce il confine territoriale e viene parimenti riconosciuto dallo Stato che lo traccia. Contrariamente a quanto saremmo tentati di pensare, in altri termini, lo Stato moderno non conosce in senso stretto alcun «fuori» ma soltanto un «dentro» che si replica all'infinito: ciò che sta oltre il confine è dotato di una propria soggettività istituzionale se, e soltanto se, è formalmente identico a ciò che dal confine è delimitato, vale a dire costituisce a sua volta una entità statale. Richiamando la metafora leibniziana dello stagno e dei pesci<sup>18</sup>, potremmo dire che nello spazio globale vi sono certo Stati grandi e piccoli, forti e deboli, bellicosi e pacifici, ma ciò che conta è che vi siano Stati dappertutto.

Quanto detto consente di chiarire in che senso il confine pubblico non sia soltanto una linea di demarcazione ma anche una forma della relazione, ovvero sia un luogo e strumento di transito. L'omologazione dello spazio esterno consente infatti il mutuo riconoscimento dei soggetti del diritto internazionale e sovra-nazionale, favorisce le relazioni tra di essi e cementa la loro fiducia reciproca, poiché li rende tra loro omogenei. Ciò consente di qualificare il passaggio del confine come una relazione di tipo giuridico tra i soggetti istituzionali confinanti. Il confine pubblico non *impedisce* il transito dello straniero ma lo *garantisce* giuridicamente: esso genera obbligazioni reciproche in capo agli Stati, obbligazioni condizionate dal loro reciproco riconoscimento e dai contenuti che quest'ultimo assume.

Se questa caratterizzazione dei confini pubblici moderni può apparire per certi versi scontata, o addirittura ovvia, non va tuttavia di-

<sup>18</sup> G.W. LEIBNIZ, *Lettera a Arnaud, settembre 1687*, in ID., *Saggi filosofici e lettere*, Laterza, Bari 1963, p. 205.

menticato che essa ha una storia relativamente breve: nasce concettualmente col giusnaturalismo moderno, si consolida con l'affermarsi degli Stati nazionali europei, per entrare in crisi nel Novecento. Antecedentemente a questo arco temporale, il concetto di confine territoriale pubblico appena delineato non esisteva<sup>19</sup>. Basti pensare, a titolo d'esempio, alla concezione del confine nel mondo antico, di cui rimangono tracce evidenti nelle fonti del diritto romano. Quest'ultimo non conosceva infatti il «confine pubblico» inteso come linea di demarcazione territoriale, riconosciuta da due o più *civitates*, che istituisce vincoli reciproci tra queste ultime disciplinati da un comune *ius gentium*. Nell'antichità classica e nel diritto romano il superamento del confine esterno conduce al nulla, al totalmente altro, al punto tale che erano concepibili soltanto confini interni, a carattere privatistico e dunque funzionali alla distinzione del *proprium* di ciascuno<sup>20</sup>. Oltre il *limes* della *civitas* non vi sono altre *civitates* e i loro membri, siano essi amici o nemici, ma soltanto la non-civiltà, il non-cittadino, il non-uomo, vale a dire il negativo e l'indeterminato.

#### 4. *Il muro come nuova forma di confine*

Alla luce di queste considerazioni, come si presta ad essere spiegato il fenomeno dei muri di confine? Sotto quale profilo questo fenomeno non è riconducibile alla nozione moderna di confine pubblico?

<sup>19</sup> Cfr. M. SCATTOLA, *Die Grenze der Neuzeit. Ihr Begriff in der juristischen und politischen Literatur der Antike und Frühmoderne*, in M. BAUER e T. RAHN (hg.), *Die Grenze. Begriff und Inszenierung*, Akademie, Berlin 1997, pp. 37-72.

<sup>20</sup> Cfr. Inst. 4,17,6; D. 17,1,5 (*Paulus*); D. 20,1,24 (*Modestinus*); Cod. 8,44,45,10. Va sottolineato come né il *Corpus iuris civilis* né il *Corpus agrimensorum Romano-rum* delineino alcuna dottrina dei confini esterni o «pubblici», nell'accezione moderna del termine, ma soltanto un'articolata dottrina dei confini interni o «privati». Cfr. M. SCATTOLA, «*De finibus imperii Germanici.*» *Die frühneuzeitliche Diskussion über die Grenzen des Heiligen Römischen Reiches*, «Mitteilunge. Institut für Europäische Kulturgeschichte», 11, 2003, pp. 9-70. All'inizio del terzo secolo, Ulpiano distingue certo i «fines privati» dai «fines publici»; quest'ultimo termine non viene riferito, tuttavia, ai confini dello Stato ma a quelli che separano la proprietà pubblica dalla proprietà privata: cfr. D. 50,10,5,1. Allo stesso modo Ermogeniano, nel descrivere il contenuto dello *ius gentium* (D. 1,1,5), non attribuisce ai confini alcun ruolo nella formazione dei popoli o nella fondazione del regno. Anche qui i confini (*termini*) assumono una rilevanza meramente privatistica, legata alla delimitazione della proprietà della terra da parte dei *cives*. Ne è conferma il fatto che l'*ager arcifinius*, vale a dire il territorio di frontiera, è privo di confini fintantoché perdura l'ostilità col nemico. Come osserva Siculo Flacco, una volta che le ostilità sono terminate e l'occupazione di terra si è compiuta, la terra occupata diventa pubblica e i confini vengono tracciati non per delimitarla dall'esterno ma per regolare la sua ulteriore occupazione da parte dei privati: cfr. Sic. Flacc. *grom. p.* 138.3-10 Lachmann = p. 2.12-14 Thulin.

Due sono gli aspetti fondamentali sui quali vale la pena concentrare l'attenzione per rispondere a questi interrogativi. In primo luogo, il fenomeno dei muri di confine segnala il riemergere, sotto il profilo della loro rilevanza per il diritto, delle differenze etniche, religiose, linguistiche, ovvero delle distinzioni di *status* che lo Stato moderno aveva neutralizzato. Il muro di confine è concepito, di volta in volta, come mezzo per il governo delle popolazioni, per gestire i flussi migratori, per impedire commistioni di tipo etnico o religioso, per combattere la criminalità organizzata, per sconfinare il terrorismo internazionale, per limitare la diffusione di malattie endemiche<sup>21</sup>. Il confine non delimita lo spazio in cui lo Stato esercita la propria sovranità mediante l'omologazione delle differenze di status, ma lo spazio in cui questi stessi status *hanno* oppure *trovano* rispettivamente luogo. Si tratta di due modalità di confinamento distinte, che richiedono alcune precisazioni.

La prima modalità ha per oggetto agli status che possiedono *ab origine* una dislocazione territoriale, spesso oggetto di rivendicazioni sociali e politiche, rivendicazioni che vengono gestite, sotto il profilo amministrativo e dell'ordine pubblico, mediante la costruzione dei muri di confine. Ne costituisce un esempio emblematico il muro costruito dallo Stato israeliano all'interno dei territori occupati palestinesi, la cui funzione esplicita non consiste nel rafforzare un confine pubblico tra due Stati sovrani, dal momento che è proprio la soggettività pubblica di ciò che sta oltre il muro ad essere negata, quanto piuttosto nel confinare spazialmente e gestire militarmente uno status etnico, religioso, linguistico, culturale<sup>22</sup>.

La seconda modalità di confinamento murato ha invece per oggetto quegli status che non possiedono una connotazione spaziale determinata ma che mediante i muri di confine vengono surrettiziamente territorializzati, vale a dire localizzati formalmente e confinati sotto il profilo materiale. I confini murati realizzano, in questo caso,

<sup>21</sup> Cfr. BROWN, *Porous Sovereignty, Walled Democracy*, cit. Assai istruttive risultano, sotto questo profilo, le osservazioni della Corte di giustizia internazionale delle Nazioni unite in merito al muro tra Israele e Palestina: cfr. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion, I.C.J. Report 2004, par. 136 ss.

<sup>22</sup> Per una ricostruzione del processo di costruzione del muro israeliano-palestinese, iniziata il 14 aprile 2002, e le sue conseguenze sotto il profilo politico, economico e giuridico, vedi V. KATTAN, *The Wall, Obbligazione erga omnes and Human Rights: the Case for Withdrawing the European Community's Terms of Preferential Trade with Israel*, «The Palestinian Yearbook of International Law», 13, 2004-05, pp. 72-89; M. HIRSH, *The Impact of the Advisory Opinion on Israel's Future Policy: International Relations Perspective*, «Journal of International Law & International Relations», 1, 2005, pp. 319-344.

una duplice prestazione funzionale di natura pubblicistica: consentono di ascrivere uno status sotto il profilo soggettivo, vale a dire di imputarlo ad un gruppo determinato di individui (quelli che vengono collocati o trasferiti in un certo spazio) e di garantire un pieno controllo su di essi. È questo il caso dei muri di confine che delimitano spazialmente entità istituzionali come quella del «campo» (campo di detenzione, campo profughi, centro di accoglienza temporanea<sup>23</sup>): il trasferimento entro il territorio del campo comporta da un lato l'ascrizione di uno status, quello di clandestino, profugo, rifugiato, terrorista, ecc., con i diritti e gli obblighi che di volta in volta ne derivano. Dall'altro lato, il muro impedisce sconfinamenti e dunque la delocalizzazione perniciosa di uno status personale trattato, dal punto di vista politico, come un problema da risolvere.

Vi è poi una seconda caratteristica dei muri di confine che non consente di connotarli come confini pubblici in senso moderno. Essi inibiscono infatti una delle funzioni fondamentali svolte da questi ultimi: quella di garantire il transito transfrontaliero di beni e persone sotto l'egida del diritto. I muri di confine hanno innanzitutto la funzione di impedire o contingentare il transito, non di regolarlo sulla base della previsione di obblighi reciproci in capo agli Stati. Come già osservato in precedenza, infatti, i muri di confine vengono di fatto edificati anche all'interno di una medesima entità statale o addirittura a cavallo tra due Stati. L'insistere sui confini politici dello Stato non costituisce dunque una condizione necessaria della loro esistenza. Inoltre la loro funzione consiste nel circoscrivere e isolare spazialmente uno status personale, non nel garantire il trasferimento da uno Stato all'altro di chi possiede tale status o dei suoi beni. Il passaggio del muro è infatti una circostanza residuale, sottoposta a forti limitazioni, e giustificata soltanto dalla temporanea o definitiva perdita dello status oggetto di confinamento. Ne segue che i muri di confine rendono superflua non solo la regolazione giuridica che faceva capo ai vecchi confini territoriali moderni, ma anche la loro stessa esistenza: il muro rimuove infatti le condizioni materiali che rendono possibili le condotte oggetto di regolazione da parte dei confini pubblici tradizionali.

Alla luce di osservazioni fin qui condotte, in conclusione, è giustificato sostenere che i muri di confine non costituiscono un mero rafforzamento dei confini dello Stato ma mostrano una differenza qualitativa rispetto ad essi. Sulla base della funzione istituzionale loro

<sup>23</sup> Sulle caratteristiche ontologico-sociali del «campo» vedi G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995, pp. 185 ss. Cfr. anche CUTTITA, *Segnali di confine*, cit., pp. 140 ss.



attribuita, si configurano come strumenti amministrativi a carattere puramente emergenziale, il cui uso si impone nella prassi, a prescindere dal principio di legalità, dal circuito della legittimazione democratica e dai vincoli imposti dall'ordinamento costituzionale. Si tratta anzi di strumenti che evidenziano l'incapacità delle istituzioni politiche di trovare una mediazione tra gli interessi in gioco nei conflitti globali, come pure l'impossibilità da parte del diritto statale di risolvere tali conflitti<sup>24</sup>.

##### 5. Considerazioni conclusive

Quali sono le implicazioni del quadro appena abbozzato per il dibattito odierno sulla crisi dei confini? Proviamo a riconsiderare brevemente i paradigmi ai quali abbiamo fatto cenno in precedenza.

Per quanto riguarda il *globalismo*, il fenomeno dei muri di confine contribuisce ad evidenziare il deficit descrittivo di questa prospettiva teorica. Tanto le istituzioni dello Stato quanto il radicamento territoriale della politica, del diritto, dell'economia e dei legami sociali, risultano oggi tutt'altro che estinti. E ciò a prescindere dal fatto che le diverse versioni del progetto globalista, per quanto riguarda il loro versante prescrittivo, vengano considerate più o meno auspiciabili. Resta infatti il sospetto che il globalismo politico e giuridico sia comunque destinato a sfociare in una amplificazione, su scala planetaria, delle tensioni latenti del vecchio dispositivo dello Stato territoriale moderno. Ciò con riguardo sia al problema della legittimazione politica e della tutela dei diritti, sia per quanto concerne il governo delle differenze e l'aspirazione degli individui ad una effettiva emancipazione sociale.

Per quanto riguarda invece la prospettiva del *cosmopolitismo*, questa sembra offrire una spiegazione convincente del fenomeno qui considerato. L'uso dei muri di confine per il governo delle popolazioni si presta infatti ad essere descritto come una funzione della *governance* globale, affidata agli Stati in virtù della loro immediata capacità operativa sul territorio, ma strettamente connessa ai livelli di governo trans- e sovra-nazionali. Non di meno, sul piano prescrittivo, si impone prepotentemente il dubbio che la territorializzazione del governo delle popolazioni, e la conseguente localizzazione degli sta-

<sup>24</sup> «This landscape of flows and barriers together signify the ungovernability by law and politics of many powers unleashed by globalization, and a resort to policing and blockading in the face of this ungovernability» (BROWN, *Porous Sovereignty, Walled Democracy*, cit., p. 6).

tus personali, non costituiscano affatto una soluzione auspicabile ai problemi pressanti dei flussi migratori, dei conflitti inter-etnici e inter-religiosi, o del terrorismo globale. L'ancorare questi conflitti alla dimensione spaziale finisce infatti con l'intensificarli, mostrando al contempo come il sistema della *governance* globale, e i suoi meccanismi tecnocratici, rischino di aggravare le asimmetrie nelle distribuzione delle opportunità di vita e di acuire il deficit democratico che affligge i processi decisionali su scala globale.

Per quanto riguarda infine la prospettiva *post-globalista*, questa si configura come una sorta di grande laboratorio intellettuale in grado di sviluppare concetti e matrici logiche certo utili per accostarsi al fenomeno che stiamo considerando, in modo da non ricondurlo a forme ed esperienze del passato. Assumendo questo angolo visuale, i muri di confine non testimoniano il definitivo tramonto dello Stato-nazione o la scomparsa dei confini pubblici tradizionali, né tanto la loro subitanea rinascita. Uno dei tratti distintivi della globalizzazione consisterebbe piuttosto nel dissociare le diverse funzioni istituzionali che i confini pubblici concentravano in sé stessi in età moderna, ascrivendole a tipi di confine qualitativamente diversi e non necessariamente coincidenti sotto il profilo spaziale<sup>25</sup>. Se considerata a prescindere da altri tipi di approccio, tuttavia, questa prospettiva si sottrae ad ogni onere descrittivo e progettuale, finendo col legittimare, implicitamente, la deregolamentazione dei confini vecchi e nuovi, a tutto vantaggio di un loro uso politico indiscriminato. La preoccupazione che sembra assillare i post-globalisti, in altri termini, è essenzialmente di natura teoretica: concerne gli aspetti epistemologici della ricerca sociale e gli impegni ontologici a questa sottesi<sup>26</sup>. Non va tuttavia dimenticato che qualsiasi indagine teoretica sulla politica e sul diritto ha una intrinseca valenza pratica, che impone allo studioso sia un confronto serrato coi fenomeni empirici sia l'assunzione di un rischio: quello della proposta e della progettualità attiva.

In senso più generale, mi sembra che la filosofia politica e giuridica contemporanea abbia sviluppato un apparato concettuale molto sofisticato per analizzare da un lato il proprio statuto disciplinare,

<sup>25</sup> Saskia Sassen ha denominato questo fenomeno «differenziazione dei regimi confinari»: cfr. S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino 2008, pp. 212 ss.

<sup>26</sup> La stessa Sassen, punto di riferimento del post-globalista nello studio dei confini, sottolinea che il tipo di discorso sviluppato dalla sua ricerca non è né descrittivo né prescrittivo: «il mio sforzo è di natura teoretica» (S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton 2006, trad. it. *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Bruno Mondadori, Milano 2008, p. 11).

dall'altro lato i fini e i principi che starebbero alla base delle condotte sociali, consentendo la loro giustificazione. Resta ancora molto da fare, invece, sul versante della costruzione di un repertorio di ciò che c'è, della concettualizzazione dei fatti e degli eventi che non hanno storia e che sono dunque estranei alla nostra esperienza. Quegli stessi fatti con i quali i nostri fini e i nostri principi pretendono di entrare in relazione per governare le condotte sociali, spesso senza riuscire a cogliere la loro vera natura e quindi smarrendo qualsiasi capacità direttiva.



## *Con la società del network siamo usciti dalla modernità?*

di Luigi Pannarale

In questo mio contributo cercherò di evidenziare alcuni elementi di continuità e di discontinuità tra la società moderna e la società del *network*, al fine di stabilire se, con la società attuale, siamo effettivamente usciti dalla modernità o se piuttosto i fenomeni, ai quali assistiamo, non costituiscano il correlato della sua ulteriore, sia pur diversa realizzazione; per non venir meno al compito che mi è stato affidato, cercherò inoltre d'individuare le conseguenze che tali fenomeni hanno avuto sul sistema del diritto.

Procederò in un modo rigorosamente scientifico: cioè dapprima definirò due concetti, che considero essenziali per la mia analisi e cioè quelli di società e di interazione; poi passerò all'analisi del problema già preannunciato nel titolo della mia relazione, per formulare alcune ipotesi; quindi mi occuperò più specificamente del sistema giuridico, per quanto mi sarà consentito dal limitato spazio a mia disposizione.

I concetti «interazione» e «società» costituiscono, almeno nell'approccio a me più congeniale della teoria sistemica, due diversi tipi di sistema sociale. Per «interazione» intendo un sistema sociale che si costituisce tra presenti, che comprende soltanto i presenti e che è mantenuto in vita attraverso la loro comunicazione. Per «società», invece, intendo un sistema sociale comprensivo di tutta la comunicazione che in assoluto sia realizzabile da tutti gli uomini o tra tutti gli esseri capaci di comunicare.

Questi due concetti non si escludono reciprocamente: nessuna società può essere costituita senza interazione; non si costituirebbe nessuna società se gli uomini non potessero mai vedersi, non potessero mai incontrarsi, per quanto nel corso del tempo si siano affermate anche forme di comunicazione scritta, per radio, per televisione e da ultimo per internet.

E lo stesso vale all'inverso: anche un'interazione è sempre una realizzazione di società, ogni sistema d'interazione è sempre un contributo al verificarsi ed al riprodursi delle possibilità di comunicazione sociale o, eventualmente, all'introduzione di nuove possibilità.

Siamo, dunque, già pervenuti al punto cruciale di questa nostra premessa: il rapporto tra interazione e società non può essere inteso semplicemente come il rapporto tra un sistema e il suo ambiente; anche se noi ci poniamo in un sistema d'interazione, realizziamo sempre e contemporaneamente pure una società e non possiamo agire come se la società fosse solo all'esterno, in qualche altro luogo, e come se fossimo liberi di fare tutto ciò che vogliamo. Piuttosto ogni sistema d'interazione non soltanto deve regolare se stesso come sistema, ma deve anche percepire e considerare la propria socialità, l'appartenenza dell'interazione ad una società. Questo significa che non è affatto possibile considerare il tema della differenziazione tra interazione e società nel senso di una semplice separazione, ma dobbiamo piuttosto chiederci come sia possibile che, all'interno della società, si raggiunga una certa autonomia per un sistema d'interazione; come si può liberare almeno un poco l'interazione tra presenti dai vincoli sociali.

Questa è la prima variabile del mio modello teorico: la differenziazione relativa dell'interazione *nella* società e non *al di fuori* di essa. La seconda e la terza variabile si fondano sulla mia supposizione che questo processo di differenziazione dell'interazione sia in stretta connessione in primo luogo con la possibilità di comunicazione scritta, in particolare con la scoperta del libro stampato, e in secondo luogo con il passaggio da un tipo di società stratificato – ovvero da una società aristocratica – ad una società orientata in senso funzionale.

La rilevanza del libro stampato deriva dal fatto che, dalla scoperta della stampa, la società può anche fondarsi su una forma di comunicazione libera dall'interazione, in grado di svolgersi in modo eterarchico<sup>1</sup> e senza che sia più necessaria la presenza fisica dei suoi *partners*<sup>2</sup>. Rispetto alla scrittura questo *medium* è in grado di diversificare gli scopi della comunicazione e di raggiungere un maggior numero di destinatari (potenzialmente tutti quelli che sono in grado di leggere)<sup>3</sup>, così che già nel XVIII secolo è possibile osservare la for-

<sup>1</sup> E.L. EISENSTEIN, *The Printing Press as an Agent of Social Change: Communications and Cultural Transformations in Early-Modern Europe*, 2 voll., Cambridge 1979, trad. it. *La rivoluzione inavvertita: la stampa come fattore di mutamento*, Il Mulino, Bologna 1985.

<sup>2</sup> N. LUHMANN, *The Evolutionary Differentiation between Society and Interaction*, in J.C. ALEXANDER et al. (ed.), *The Micro-Macro Link*, University of California Press, Berkeley 1987, pp. 112-131.

<sup>3</sup> L'importanza della scrittura nel passaggio dalle società arcaiche alle culture avanzate è stata analizzata da differenti prospettive e da numerose discipline, un classico può ormai essere considerato il libro di M. McLUHAN, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of Toronto Press, 1962, trad. it. *La galas-*

mazione di un'«opinione pubblica»<sup>4</sup>. La società si fonda su due differenti forme di comunicazione: quella scritta e quella orale. Non vi è dubbio che entrambe queste forme possano essere formulate e utilizzate meglio nelle loro caratteristiche, se sono tenute distinte, ancorché in alcuni casi una comunicazione scritta è possibile, in quanto vi sia già stata in precedenza una qualche forma di comunicazione orale e viceversa.

Dobbiamo, tuttavia, aggiungere qualche ulteriore specificazione per chiarire meglio il significato del processo di differenziazione dei sistemi sociali.

Le società stratificate, ovvero le società aristocratiche, conoscono due forme fondamentali d'interazione e di comunicazione, le quali vengono entrambe regolate dalla stratificazione: da una parte vi è la comunicazione tra disuguali, che ha luogo generalmente nell'ambito domestico o all'interno dei sistemi di clientela e che si dirige dall'alto verso il basso; dall'altro vi è la comunicazione tra uguali o tra nobili, che sono differenziati solo dal cerimoniale, dal rango di appartenenza o da qualcosa di analogo. Questo secondo tipo di comunicazione ha regole affatto diverse ed è possibile anche al di fuori della condizione domestica. Nelle società stratificate vi sono regole che portano alla distinzione di queste due forme di comunicazione, che sono valide per l'intera società.

Quando si passa ad una differenziazione funzionale, è necessario che l'interazione sia possibile in condizioni diverse. Vi sono da una a due grandi specie o tipi d'interazione. In alcuni casi la posizione delle sue regole e condizioni si articola attraverso i nuovi sistemi funzionali (come la politica, l'economia e la scienza) e, particolarmente attraverso le organizzazioni di questi sistemi, ovvero i ruoli professionali (insegnanti, giuristi e simili). In altri casi l'interazione viene resa disponibile attraverso se stessa, cioè attraverso nuove forme di autonomia *ad hoc* nella situazione. Queste due forme di eterocondizionamento e di autocondizionamento possono anche coesistere.

La mia ipotesi si fonda su questo quadro teorico. Quando lentamente si affermano la diffusione del libro stampato da un lato e la differenziazione funzionale dall'altro, quando un numero crescente di

sia *Gutenberg: nascita dell'uomo tipografico*, Armando, Roma 1976; cfr. W.J. ONG, *Orality and Literacy. The Technologizing of the World*, Methuen, London-New York 1982, trad. it. *Oralità e scrittura: le tecnologie della parola*, Il Mulino, Bologna 1986; E. HAVELOCH, *Preface to Plato*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1963, trad. it. *Cultura orale e civiltà della scrittura: da Omero a Platone*, Laterza, Roma-Bari 1973.

<sup>4</sup> N. LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1996, trad. it. *La realtà dei mass media*, Angeli, Milano 2000.

sistemi sociali diviene autonomo da un assetto sociale ancora stratificato, cambia anche il modo in cui, all'interno dei processi d'interazione, è considerata la società.

Potrei tradurre tutto questo in una formula molto semplice: in tutte le società tradizionali, all'interno dell'interazione, bisogna prendere innanzitutto in considerazione gli altri ruoli specifici di coloro che partecipano all'interazione. Proprio questo è più o meno illegittimo nelle società moderne, orientate in modo funzionale; nel senso che, nei loro sistemi d'interazione, è possibile prescindere completamente dagli altri ruoli dei partecipanti, cioè per uno studente non è importante sapere se il proprio insegnante sia sposato, quale religione pratici, per quale partito politico voti, come abbia trascorso la sua vita; così come per l'imputato non dovrebbe essere importante saperlo del proprio avvocato e neanche del proprio giudice. Questa liberazione dalla necessità di considerare gli altri ruoli è necessaria sia per l'eterocondizionamento attraverso l'organizzazione, sia per l'autocondizionamento attraverso l'interazione specifica del momento, cioè della situazione particolare in cui ci si trova.

Se, allora, realmente si è verificata una frattura così consistente nelle modalità di realizzazione delle interazioni sociali, è dato di chiedersi come tutto questo si sia prodotto. Vorrei fare riferimento ad alcuni avvenimenti e ad alcuni dati storici, per cercare di dimostrare che una tale fondamentale trasformazione è stata storicamente possibile. Devo svolgere questa argomentazione a due livelli: da un lato devo considerare il fatto che (e perché) la società sia diventata sempre più indipendente dai livelli d'interazione; dall'altro il fatto che anche l'interazione sia diventata sempre più indipendente dal contesto sociale, nella misura in cui essa non è regolamentata in modo specifico.

Se si considerano le teorie sociali della tradizione europea, si riscontra che il concetto generale di *societas* vale tanto per l'interazione (tra amanti o tra amici, per esempio), quanto anche per la società politica e per le altre aggregazioni di maggiore dimensione. Nell'età moderna politica ed economia non sono invece più legati alla peculiarità di un'interazione tra presenti.

Vorrei fare, a questo proposito, un paio di osservazioni riguardo alla teoria economica ed allo sviluppo dell'economia. Nel modello veteroeuropeo l'economia era essenzialmente qualcosa che aveva luogo nella propria casa, era – per così dire – un'economia domestica, e il commercio riguardava solo il superfluo, cose più o meno necessarie, oggetti di lusso che non servivano in casa e che erano barattati in cambio di qualcos'altro. Nel corso del XVI e soprattutto del XVII secolo vi è stata una trasformazione di questa situazione nell'economia europea. Una causa importante fu la massiccia importazione di



oro e argento dall'America, che produsse enormi effetti anche sulle monete europee, provocando l'inflazione. Per indursi allo scambio non ci si poteva più limitare a considerare la sua contingente vantaggiosità o la bontà della merce, occorreva prendere in considerazione scenari più complessi.

Nel XVII secolo si verificano molti nuovi fenomeni. Uno è, ad esempio, il miracolo dell'economia olandese. L'Olanda, sovrappopolata e senza materie prime, diviene, nonostante tutto, molto ricca. Gli inglesi, di contro, hanno problemi di organizzazione del lavoro; eppure la loro crisi non dipende dalla qualità dei tessuti che producono, è piuttosto una questione di prezzi, di concorrenza, un problema connesso all'intero contesto dello scambio, che si ripercuote sulla produzione e sul lavoro, senza che si possa imputare ad incapacità del venditore o del produttore.

Un altro ambito di osservazione della ormai acquisita indipendenza della società dall'interazione è la Rivoluzione francese. È qui che si è realizzato un passo decisivo: ci si ostina a rappresentare il nuovo ordine politico nella forma di modelli d'interazione, dunque particolarmente nelle feste della rivoluzione, dove si formano circoli, ci si può vedere, si fanno cerimonie comuni, o anche nel teatro politico. Si pensi proprio allo sviluppo molto interessante che ha avuto il teatro durante la Rivoluzione francese, laddove si cercava innanzitutto di rappresentare il nuovo ordine sul palcoscenico, finché non ci si accorse che la rappresentazione scenica non era in grado di dare una sufficiente contezza delle nuove idee, che la ispiravano. Intanto l'intera Europa assisteva a questa rivoluzione e trovava queste feste semplicemente ridicole, ma allo stesso tempo osservava che, ai livelli dell'interazione, un'atrocità seguiva all'altra e che, ciononostante, l'idea politica – l'idea di una costituzione – si dimostrava vincente, addirittura inarrestabile e apriva scenari nuovi verso il futuro.

Quello che abbiamo sinteticamente fin qui rappresentato riguarda la società. Ora dovremo cercare i corrispondenti sviluppi al livello dell'interazione, quelle trasformazioni cioè che le hanno consentito di raggiungere una maggiore autonomia ed indipendenza.

Mentre per il livello della società disponiamo di una letteratura molto consistente e di buon livello (anche redazioni del tardo diritto naturale dal punto di vista della storia delle idee), ne manca – e forse non a caso – una corrispondente per il livello dell'interazione. Perciò sarò costretto ad essere un po' più dettagliato, anche se mi limiterò ad offrire solo un paio di spunti.

Il primo è, per dirlo lapidariamente, il «sospetto del motivo» o la «ricerca del motivo». Nelle società stratificate sembra che fosse del tutto irrilevante la conoscenza dei reali motivi, che inducevano gli al-

tri a comportarsi in un certo modo. Quest'irrelevanza era molto probabilmente da collegare all'intimità dei legami domestici ed alla rigida regolamentazione delle sue relazioni fondate sulla stratificazione sociale. Nel XVII secolo, invece, in diversi ambiti e per cause diverse cresce un consistente interesse verso i motivi degli altri, riconducibile per un verso ai conflitti di religione, per un altro alla struttura dell'interazione a corte, dell'agire strategico e di quello politico.

Lo sviluppo di quest'interesse verso i motivi è correlato ad un secondo aspetto, che possiamo definire «riflessività sociale». È necessario tenere conto degli effetti che i propri comportamenti e le proprie comunicazioni producono, come pure dell'immagine che gli altri si formano di chi agisce o comunica. Da un lato quest'attenzione ha una componente strategica, dall'altro ha una sua rilevanza nei dibattiti sull'egoismo e sull'altruismo e si traduce anche in comuni regole di buona condotta: nella conversazione, ad esempio, bisogna dare all'altro la possibilità di esprimersi e non è corretto cercare di dominarlo; occorre considerare anche il suo punto di vista, altrimenti si rischia una brusca interruzione dell'interazione, tanto più che ormai ci si muove in una società di «uguali».

Ma proprio in questa specifica forma d'interazione costituita dalla conversazione si finisce per fare un'altra scoperta affatto innovativa, che vorrei definire come «incomunicabilità» e che consiste nell'impossibilità di dire agli altri in modo efficace determinate cose su se stessi. Per esempio, non si può dire «io sono una persona onesta» oppure «di me ti puoi fidare», perché, in questo caso, s'indurrebbe l'altro a porre delle domande: «se è vero, perché lo dici?». Non si può neanche dire «sei l'unica persona che amo veramente»: tanto più lo si dice, tanto più crescono i dubbi a riguardo. Neppure si può affermare: «io sono singolare, sono diverso da tutti gli altri»; perché nel momento in cui lo si afferma, vuol dire che ci si paragona agli altri. Così la donna: quanto più nega di voler essere sedotta, tanto più è come se dicesse di avervi interesse. Qualcosa di analogo accade nella moderna pubblicità. Quanto più si esaltano le qualità eccezionali di un prodotto, tanto più sorgono sospetti su tale affermazione e si insinua il dubbio della menzogna. Solo che per la pubblicità ci muoviamo nell'ambito della società e non dell'interazione e, quindi, anche i messaggi più azzardati e meno provati hanno *chances* di trovare un numero maggiore o minore di persone disposte a fidarsi.

Questo fenomeno dell'incomunicabilità diventa oggetto del romanzo, della letteratura. Per esempio l'*Adolphe* di Benjamin Constant ha per oggetto questo tema. C'è una segreta relazione con la nuova teoria del soggetto; la comunicazione non può estendersi completamente a se stessi, perché ogni soggetto determina autonomamente

i propri criteri di preferenza, sottraendoli ad ogni possibilità di comunicazione.

C'è poi un altro aspetto dell'interazione, che possiamo definire «rafforzamento dei temi» o «controllo dei temi»: in altri termini occorre controllare le retroazioni sull'interazione degli argomenti di cui si parla. Questo vale innanzitutto e soprattutto per la religione. Nell'interazione non si può parlare apertamente di temi religiosi, senza correre il rischio che i soggetti dell'interazione incomincino immediatamente a bisticciare, distruggendo il contesto sociale dell'interazione.

Lo stesso vale per la scienza e per ogni forma di sapere legato all'istruzione. La discussione scientifica non può essere portata nell'interazione, perché, nel momento in cui questo si verificasse, colui che la porta deve dimostrare la propria superiorità scientifica rispetto all'altro e allo stesso tempo trattare il proprio *partner* come ignorante e cercare d'istruirlo. Peraltro anche la diversità dei ruoli di due soggetti in ambito scientifico o accademico, rende estremamente improbabile che essi possano interagire correttamente in altre sfere, senza che la loro interazione risulti in qualche modo inquinata e possa, per converso, essere inquinata anche la loro comunicazione scientifica: insomma non tutti hanno sufficiente onestà o distacco per poter affermare «*amicus Plato, sed magis amica veritas*»!

Queste brevi considerazioni potrebbero servire a comprendere che, proprio nel XVII e nel XVIII secolo, si realizza una radicale trasformazione tanto nel sistema dell'interazione, quanto in quello della società. Gli esempi riportati fanno riferimento a fenomeni affatto diversi (l'amore, l'intrigo di corte, il commercio internazionale, la Rivoluzione francese); essi sono però tutti frammenti di una nuova struttura della società, che lentamente si costituisce, senza che nessuno possa rendersene conto nell'immediato.

Ci troviamo, perciò, a fare i conti con un problema cruciale della teoria dell'evoluzione: come mai grandi trasformazioni nella struttura, come quelle alle quali abbiamo accennato, sono in assoluto possibili? Sarebbe tuttavia fuorviante limitare la nostra descrizione dell'evoluzione, facendo riferimento ad uno solo di questi fattori. Sarebbe sbagliato parlare soltanto della diffusione del libro stampato, altrettanto sarebbe scorretto ridurre tutto all'economia finanziaria o alla scienza e designare un fattore causale decisivo, il quale, sulla base di una legge naturale o dialettica, dovrebbe essere la causa fondamentale del passaggio alla società moderna.

Se, invece, da sociologi si vuol guardare con occhio realistico al contributo che ci viene offerto dalla ricerca storica<sup>5</sup>, è necessario te-

<sup>5</sup> Il rapporto tra storiografia e sociologia è un rapporto sempre problematico, ma

ner presente come sia necessaria una pluralità d'innovazioni, di piccoli passi, perché si realizzino grandi trasformazioni (*exploration versus exploitation*).

Un'ultima considerazione vorrei fare sulle conseguenze di questo forte separarsi d'interazione e società. Ciò che ne segue è soprattutto che, nell'interazione, in ciò che noi giorno per giorno viviamo insieme, non possiamo più percepire la società. Mi sembra che un insieme di temi di moda, di cui si parla a partire dal XIX secolo (come ad esempio la perdita dell'esperienza, la perdita del senso, il sospetto della manipolazione o anche il fascino che si ha per la complessità) siano provocati proprio dall'impossibilità di vedere la società nell'interazione.

Un'altra conseguenza è il crescente ricorso a schemi riduttivi estremamente semplici, a contrapposizioni semplificate nel nostro tentativo di orientarci nella complessità della società moderna. D'altronde si potrebbe dire che la stessa sociologia, come riflessione sulla società, deve la sua origine proprio a questa novità. Se nel Medio Evo aveste chiesto ad un uomo, se conoscesse la società nella quale viveva, egli avrebbe sicuramente risposto in modo affermativo, perché egli poteva senz'altro realizzare le sue attività quotidiane con il suo sapere. Persino la sociologia sembra, dunque, dovere la sua esistenza alla separazione tra l'interazione e la società.

Rispetto al quadro sin qui delineato è possibile affermare che lo sviluppo di nuovi *media* della comunicazione abbia avuto conseguenze sulla forma strutturale della società, quali quelle che abbiamo appena descritto con riferimento al passaggio dalle società stratificate alla società moderna?

A me sembra piuttosto che i moderni *media* elettronici rappresentino il punto di arrivo dell'evoluzione sopra descritta; essi sono un ulteriore acquisizione evolutiva che tende a rafforzare, più che mutare, le caratteristiche della società moderna, che è subentrata alle società stratificate premoderne.

I nuovi mezzi di comunicazione elettronici operano in modo eterarchico in una società strutturata anch'essa in modo eterarchico, così da consentire un accesso generalizzato alla conoscenza senza limiti e il superamento delle gerarchie tematiche. La *computer technology* ed il *web* (Internet) rappresentano l'espressione più avanzata e più compiuta di un processo già in atto nella società moderna, tanto da consentire la trasformazione della comunicazione scientifica in direzione dell'*open access*: la comunità degli *hackers*, ad esempio, rivendica un

uso non convenzionale del computer e ritiene che il suo accesso debba essere illimitato e completo, che l'informazione debba essere libera, dubitare dell'autorità e promuovere il decentramento<sup>6</sup>. Inoltre, se osserviamo come sono nati Internet e il web, ne ricaviamo l'immagine di un *medium* finalizzato ad una comunicazione e ad uno scambio liberi e gratuiti, almeno sotto questo aspetto antitetico rispetto alla *information technology*. Esso costituisce, piuttosto, un'eccezione alla regola che vede estendere la tutela proprietaria, ad esempio attraverso la brevettabilità del *software*, a nuovi beni.

Giddens individua nella rivoluzione tecnologica e informatica il più importante fattore di trasformazione della rappresentazione sociale delle distanze, che ha costretto a ridisegnare i confini del mondo: se, ad esempio, facessimo una mappa del mondo sulla base del tempo necessario a spostarsi da un posto all'altro e della frequenza dei collegamenti, Londra diverrebbe quasi confinante con New York e molto più distante da Madrid o Varsavia. Il risultato sarebbe la modernità globale<sup>7</sup>. Anche Giddens, insomma, nonostante l'enfasi della sua analisi, si limita ad osservare un ampliamento dei confini della modernità, ma non ancora un suo definitivo superamento. Mutano la natura dei rapporti spazio-temporali, le forme di vita e di comunicazione, le appartenenze e le identità, che possono essere continuamente ridefinite, a volte attraverso un semplice cambio di indirizzo di posta elettronica; perde di centralità la vita urbana.

Ciononostante le nuove tecnologie della comunicazione non sostituiscono i *media* esistenti; piuttosto l'accrescimento delle potenzialità comunicative è frutto della somma di vecchi e nuovi *media*, che diversificano i propri contesti e rendono possibile un'inedita diffusione della comunicazione. Anche le ultime esperienze di rete, quali *Facebook* e *My Space*, confermano questa generale tendenza. È vero, infatti, che questi siti sono utilizzati prevalentemente (ma non esclusivamente) dai più giovani, i quali tendono per questo tramite a idealizzare la propria identità e a cercare di individuare, tra gli altri, le personalità emergenti; è vero pure che, in questi siti di *social network*,

<sup>6</sup> Una ricca ed informata analisi su tali aspetti si può trovare in S. POIER, *Escape Ways. Hackers and the redefinition of concepts of property*, in on-line journal «Lo Squaderno» (<http://www.losquaderno.net>), nr. 5, Settembre 2007; cfr. anche S. POIER, *Black Beard's Mouse. From Pirates to Hackers*, in M. VERGA (ed.), *Quaderno dei lavori 2007. Proceedings del Terzo Seminario Nazionale di Sociologia del Diritto (AIS-Sezione di Sociologia del Diritto), Serie «Working Paper» n. 19*, Messina: C.I.R.S.D.I.G – Centro Interuniversitario per le ricerche sulla Sociologia del Diritto e delle Istituzioni Giuridiche, 2007.

<sup>7</sup> A. GIDDENS, *The consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge 1990, trad. it. *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna 1994, p. 71.

gli iscritti mostrano il loro profilo migliore con foto, video e informazioni selezionate e che forte è il rischio della superficialità: avere mille amici *online* può far perdere il senso delle relazioni *vis-à-vis* e far considerare l'amicizia una specie di *performance* da palcoscenico<sup>8</sup>. Ma è altrettanto vero che lo strumento come sempre è neutro e che, oltre a rischi, produce anche nuove possibilità ed occasioni di incontro, il modo per ritrovare vecchi amici, per dialogare con chi non si avrebbe il tempo o il modo di contattare altrimenti, per creare contatti tra generazioni che nel mondo reale si ignorano. Non vi è, quindi, solo la creazione di un'alternativa tra mondo reale e mondo virtuale, ma anche la possibilità di una loro virtuosa integrazione.

Da un lato, quindi, osserviamo il permanere di un ordine sociale eterarchico, tipico – come abbiamo visto – della modernità; dall'altro i nuovi *media* elettronici della comunicazione rendono ancor più omogenea l'eterarchia della comunicazione a quella della struttura sociale. Per comunicare la società moderna non dipende più (o dipende sempre meno) dal tempo e dallo spazio, può (ma non deve) fare a meno dell'interazione, diventa ancor più marcata la differenziazione di interazione e società.

I *media* della comunicazione globale (Internet soprattutto) sono moderni anche per un altro motivo: essi riproducono l'inclusività tipica della società contemporanea. Ma, allo stesso modo che per le forme precedenti della società moderna, si accresce anche il rischio dell'esclusione: possiamo ormai riconoscere forme di esclusione che sono specifiche della società caratterizzata da mezzi di comunicazione di massa digitali e che sono dovute all'espansione delle c.d. ICT (*information and communication technologies*), cioè alla diffusione disuguale dell'uso di internet ed al conseguente *digital divide*. Inoltre la proclamata universalità subisce continui aggiustamenti attraverso la creazione di reti particolari (*networks*), che rimodellano lo spazio ed il tempo, avvicinando alcuni ed allontanando altri.

Insomma l'evoluzione della struttura sociale non coincide necessariamente con quella dei mezzi di comunicazione della società, così come entrambe non coincidono con l'evoluzione del suo patrimonio concettuale. La stampa – come abbiamo cercato di dimostrare – ha indubbiamente rappresentato uno dei presupposti fondamentali per l'evoluzione della struttura sociale e per l'evoluzione delle idee verso la modernità; ma, almeno per ora, non mi sembra di poter dire altrettanto con riferimento alle tecnologie informatiche. La novità sem-

<sup>8</sup> K. SUBRAHMANYAM e P.M. GREENFIELD (ed.), *Social Networking on the Internet – Developmental Implications*, in «Journal of Applied Developmental Psychology», volume 29, *issue* 6, novembre-dicembre 2008, pp. 415-474.

bra circoscritta all'accelerazione dei processi di integrazione del mondo, peraltro già in atto almeno in Occidente dall'epoca della rivoluzione industriale; i mezzi di comunicazione di ultima generazione hanno approfondito la differenziazione tra interazione e società, moltiplicando i contesti possibili per la comunicazione ed hanno rafforzato una comunicazione che viene pianificata sulla base di un'esclusione dell'interazione. Non mancano tuttavia casi in cui una tale esclusione non può essere definitiva: la comunicazione informatica, ad esempio, rende possibili processi di interazione tra persone che altrimenti avrebbero avuto molte più difficoltà a conoscersi e ad incontrarsi; la comunicazione tra assenti in tanto è possibile e in tanto si diffonde, non in quanto esclude, ma in quanto rafforza anche le possibilità o almeno la speranza di una comunicazione tra presenti. In ogni caso, la comunicazione dei moderni *media* è indipendente dai luoghi, ma è possibile ancora solo nel presente.

E il diritto?

L'Ottocento raccolse e organizzò le acquisizioni riflessive e quelle evolutive appena descritte e ne trasse le conseguenze più radicali anche nella costruzione di un ordine giuridico e politico, che si era affermato attraverso la realizzazione degli stati-nazione. I singoli erano cittadini e, in quanto tali, erano tutti uguali: ecco il motivo per cui il diritto può differenziarsi in riferimento alla sua specifica funzione e disinteressarsi delle differenze materiali tuttora esistenti tra gli uomini e delle loro interazioni. Gli uomini, inoltre, abitavano il mondo in quanto cittadini, perciò non direttamente, ma come appartenenti alla popolazione dei singoli stati. Dunque l'ordine del mondo era l'ordine degli stati e la loro capacità di coesistere. Ciò che accadeva al loro interno era una questione che non riguardava il mondo. Era questa la società dei cittadini del mondo di cui aveva parlato Kant nel 1784.

Poi gli individui, la cui individualità è tuttavia sempre più massificata, hanno cominciato a muoversi per il mondo, ad attraversare le regioni e prima e ancor più degli uomini si sono mosse le merci. La politica ed il diritto restano gli unici sistemi ad avere ancora una dimensione prevalentemente (anche se non esclusivamente) regionale. Ma le differenze regionali divengono sempre più implausibili per tutta una serie di altre dimensioni della vita: «non si può più partire da una convergenza regionale dei confini di tutti i sistemi di funzione»<sup>9</sup>. I confini degli stati non sono confini del sistema dell'economia, i confini del sistema della scienza o quelli del sistema dei mass-media, che

<sup>9</sup> N. LUHMANN, *Jenseits von Barbarei*, in M. MILLER e H. SÖFFNER (Hrsg.), *Modernität und Barbarei. Soziologische Zeitdiagnose am Ende des 20. Jahrhunderts*, Suhrkamp, Frankfurt 1996, p. 141.

sono ormai concepiti comunque come mondiali. Essi valgono solo rispetto all'ambito politico e giuridico e, per di più, solo per quei sottosistemi particolari rappresentati dagli stati come organizzazioni del sistema politico e dai loro ordinamenti giuridici particolari.

Il fatto che sia possibile riferire ai confini degli stati sia una politica che un diritto nazionali non può portare tuttavia ad affermare che questi confini separino società distinte, al più si tratta di sub confini interni di «sistemi mondiali», come è stato detto con grande lungimiranza da Niklas Luhmann<sup>10</sup>, del quale quest'anno ricorre il decimo anniversario della morte.

Resta fondamentale la determinazione statale delle regioni, la loro specificazione nazionale, l'integrazione politico-amministrativa dei singoli attraverso le prestazioni dell'organizzazione statale della politica, ma ciò può avvenire solo a condizione che si liberalizzino gli spazi delle prestazioni sociali attraverso il ricorso sempre più frequente alla semantica dell'autoregolamentazione. Il modello dell'autoregolazione è, però, disegnato dal mercato, che è un'organizzazione dell'economia. È per questo che il sistema economico, caratterizzato come «mercato globale», è costretto a generare un diritto anch'esso sovranazionale, il quale deve a sua volta generare, regolamentare e proteggere il medesimo mercato globale che lo ha generato: la paradosalità insita in un simile percorso deve, tuttavia, poter restare invisibile grazie alla differenziazione ed alla conseguente autonomia del sistema economico da quello giuridico. Per l'economia il concetto di mercato è strettamente collegato con quello di profitto; nel mercato globale si crea una dissimmetria tra la ricerca di espansione dei mercati, connessa alle esigenze del profitto, e le pretese di regolamentazione e di sicurezza dei mercati stessi: non è reperibile alcuna soluzione al problema della regolamentazione e della sicurezza, che si ponga all'interno del sistema economico. Esso è costretto ad utilizzare il diritto per risolvere i propri problemi di autoreferenzialità.

La *lex mercatoria*, che costituisce uno dei prodotti più tipici di quest'evoluzione, al contrario di quanto possa apparire non serve a differenziare il diritto dall'economia, rappresenta piuttosto una risposta alla totale separazione di questi sistemi ed al conseguente bisogno di un loro ricongiungimento. La *lex mercatoria* rende possibile ad un tempo una soluzione *giuridica* del problema dell'autoreferenzialità del sistema *economico* ed una soluzione *economica* del problema dell'autoreferenzialità del sistema *giuridico*.

Come il mercato organizza la libertà della comunità del mondo

<sup>10</sup> D. BÄCKER e N. LUHMANN, *Wege und Umwege deutscher Soziologie*, in «Rechtstheorie», 21 (1990), pp. 209-216.



in uno spazio che si estende a tutta la terra, così la politica cerca di organizzare la democrazia. E poiché l'espansione e la velocità raggiunta dai media della comunicazione rendono ormai esperibile la simultaneità dell'accadere e dell'apprendere in tutte le regioni della terra, si è coniato il termine «globalizzazione». Un termine che ci illude di poter descrivere il mondo, senza che però si riesca più a controllare la sua indeterminabile complessità, che sfugge alla vecchia immagine di organizzazioni uguali e liberamente ordinate secondo giustizia e diritto.

Si tenta ciononostante di costruire nuovi schemi d'ordine, che prevedono organizzazioni sopranazionali, sovranità sopranazionali, polizie internazionali, tribunali universali e innumerevoli carte dei diritti: insomma si aggiorna il vecchio repertorio delle fondazioni ultime, così da poter giustificare la «tolleranza zero», le politiche di sicurezza, le guerre umanitarie. Ma soprattutto si verifica uno spostamento della centralità dalle strutture normative verso strutture cognitive di organizzazione dell'esperienza possibile: persino il diritto, come diritto positivo, presenta sempre più la prevalenza dei caratteri cognitivi. La giustificazione di questo spostamento sta nel fatto che gli ordini normativi avevano reso possibile la calcolabilità del futuro in base all'esclusione; mentre la società moderna opera in base all'universale inclusione e, quindi, ha bisogno di fare continuamente ricorso a possibili forme di apprendimento.

Che la globalizzazione dei mercati abbia prodotto un effetto sconvolgente sugli assetti giuridici e politici degli stati, appare ormai una circostanza che non ha bisogno di analitiche dimostrazioni<sup>11</sup>; che, però, l'esito tecnocratico, per ora prevalente, sia l'unico esito possibile appare, nonostante tutto, assai più problematico. Sono, infatti, troppo numerose le aspettative che il nuovo ordine non è in grado di considerare e che cercano altrimenti di essere riconosciute e soddisfatte; è percepibile un dissenso, anzi una molteplicità di modalità di dissenso, che non riguarda più soltanto i soggetti esclusi e le loro forme alternative, acefale e spontanee di *lotta per i diritti* nella sfera transnazionale, ma riguarda anche gli stati, che a loro volta iniziano ad autorappresentarsi non più *uti singuli, superiorem non recognoscentes*, bensì *uti socii*, come membri di organizzazioni internazionali capaci di governare i mercati globali, rispetto alle quali cresce l'at-

<sup>11</sup> S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari 2002; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto pubblico globale per figure di composizione. L'analisi di Sabino Cassese*, «Sociologia del diritto», 2, 2003, pp. 147-151.

tenzione dell'opinione pubblica e, quindi, anche la capacità di controllo democratico diretto o indiretto.

In secondo luogo la crisi della statualità non implica affatto che la sovranità degli stati abbia perso ormai ogni capacità d'influenza e che tutto possa essere deciso a livello globale. Vi sono ancora numerose situazioni in cui le scelte nazionali e il diritto statale riescono a sottrarsi alle pressioni di un ordine globalizzato ed a rivendicare una propria autonomia, nonostante che spesso tali scelte abbiano ripercussioni allarmanti ben oltre i confini dello stato che le ha operate (si pensi, ad esempio, alle operazioni di massiccia deforestazione in atto in Amazzonia ed in altre parti del pianeta oppure alla mancata sottoscrizione di alcuni protocolli internazionali in materia di tutela ambientale proprio da parte di quegli stati che risultano essere maggiormente responsabili dei problemi d'inquinamento); così come gli stati mostrano una maggiore o minore capacità di resistenza e d'iniziativa rispetto alla semplice omologazione alle decisioni assunte in ambiti sovranazionali (si pensi, per esempio, ai diversi statuti nazionali in materia di Ogm, oppure in materia di sperimentazione scientifica e di clonazione)<sup>12</sup>.

Infine (e soprattutto) il sistema dei diritti della globalizzazione non può limitarsi alle merci ed ai capitali, ignorando altri aspetti essenziali della convivenza tra gli uomini e tra i popoli: tutti possono comprare le azioni quotate in NASDAQ, ma non a tutti è permesso di andare a New York. La Wto, ad esempio, vigila con rigorose commissioni di arbitrato e con la minaccia di sanzioni sulla libera circolazione delle cose, mentre non esiste ancora un sistema di norme, né alcuna istituzione che tuteli il diritto degli uomini a muoversi liberamente sul globo ed a insediarsi laddove ritengano esservi migliori condizioni di vita o possibilità di sopravvivenza<sup>13</sup>; anzi, si potrebbe aggiungere, si continuano a stipulare convenzioni e accordi internazionali che vanno esattamente nella direzione opposta. Persino all'interno dell'Unione Europea i cittadini dei paesi ammessi nel 2004, fino a qualche tempo fa non potevano lavorare nei paesi della vecchia Europa (con l'eccezione di Regno Unito, Svezia e Irlanda), mentre non vi era alcuna limitazione per i capitali. Una tale contraddi-

<sup>12</sup> Anche Maria Rosaria Ferrarese ci ha evidenziato la «pluralità» e le «nuove forme di complessità» degli statuti giuridici dei mercati, anche se nella sua analisi viene sottolineato soprattutto il ruolo che esercitano a riguardo la privatizzazione dei meccanismi di produzione giuridica e il peso di fattori di natura informale: cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.; ID.,  *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, «Politica del diritto», 3, 1998, pp. 407-440.

<sup>13</sup> P. MARCONI, *I diritti nella globalizzazione*, «Sociologia del diritto», 1, 2002, (pp. 17-35) p. 33.

zione incrementa forme di risentimento e reciproci sensi di colpa e di ostilità, fondati sulla considerazione che l'economia della globalizzazione genera uno sviluppo non equamente e universalmente distribuito e, anzi, alcune innovazioni tecnologiche e scientifiche aggravano, almeno nell'immediato, il sottosviluppo<sup>14</sup>.

Dobbiamo ormai ed anche molto rapidamente tirare le fila di questo nostro discorso, per cercare di fornire una definitiva risposta al nostro quesito iniziale. Non vi è dubbio che in questi ultimi decenni si siano realizzate alcune rilevanti trasformazioni soprattutto in riferimento all'ampliamento delle possibilità offerte dai *media* della comunicazione e che anche alcuni specifici sottosistemi, tra i quali quello giuridico, abbiano modificato in profondità alcune proprie caratteristiche, ciononostante la struttura essenziale della società moderna, consistente nella contestuale esistenza di modelli di interazione e di modelli di società, tra loro autonomi e differenziati, appare tutt'altro che superata. Certo non possiamo escludere che il sommarsi di ulteriori trasformazioni a quelle già in atto possa portare a conseguenze evolutive anche nella struttura sociale, ma finora si tratta di mere supposizioni, che non possono formare oggetto di osservazione da parte delle scienze sociali. Siamo, dunque, ancor sempre nella modernità: ad alcuni questa continuità potrà sembrare rassicurante, ad altri potrà suscitare qualche senso d'insofferenza. Accantonando per un attimo il distacco dell'osservazione scientifica, mi permetto di esprimere qualche personale allarme rispetto ad esiti per fortuna niente affatto scontati di questo processo di trasformazione, che vadano verso una progressiva spersonalizzazione dei rapporti sociali. Finora il moltiplicarsi delle occasioni di comunicazione tra assenti è stato dai più salutato con soddisfazione, come un'indiscutibile manifestazione di progresso; ma questo progresso era tanto più reale, in quanto crescevano contemporaneamente anche le possibilità dell'interazione. Nel momento in cui, anziché un incremento reciproco delle due forme possibili di comunicazione, l'una dovesse fagocitare progressivamente l'altra (ed è plausibile ritenere che siano le interazioni a mostrare un più fragile destino), il sapere tecnologico diverrebbe determinante e rischierebbe di riproporre su basi diverse le gerarchie e le differenze, che la società moderna ha cercato di abbattere sia pure con mille fatiche e contraddizioni nel corso del suo cammino. Ma a quel punto anche il sistema del diritto e quello della politica dovranno compiere delle scelte.

<sup>14</sup> J. RIFKIN, *The end of work: the decline of the global labor force and the dawn of the post-market era*, G.P. Putnam's sons, New York 1996, trad. it. di P. Canton, *La fine del lavoro: il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini & Castoldi, Milano 2000, p. 207.



Quinta seduta plenaria  
Tavola rotonda  
Deontologia giuridica  
*Presiede* Luigi Ferrajoli



# *La professione legale tra etica e deontologia*

di Giovanni Così

SOMMARIO: 1. Deontologia, etica, morale. – 2. Universi morali semplificati. – 3. Conoscenza e potere. – 4. Potere, identità, controllo. – 5. Deontologia o ideologia? – 6. Avvocati e identità professionale.

«Why did the scientist substitute lawyers for laboratory rats in experiments?  
Because it's too easy to get emotionally attached to rats.  
Because lawyers reproduce faster.  
Because there are some things rats just won't do.»

DAVID LUBAN, *The Ethics of Lawyers*, p. XI

## 1. *Deontologia, etica, morale*

Con «deontologia» s'intende oggi normalmente fare riferimento all'insieme delle regole di comportamento relative alle facoltà, ai doveri e alle responsabilità connessi agli *status* professionali<sup>1</sup>. La deontologia professionale (in inglese, *professional ethics*) può essere infatti descritta come «il complesso delle regole e dei principi che disciplinano particolari comportamenti non di carattere tecnico del professionista, attuati o comunque ricollegati all'esercizio della professione

<sup>1</sup> Con un significato notevolmente diverso il termine era apparso per la prima volta nel pensiero utilitaristico di Bentham, che mirava a costituire in una «sana morale» l'omogeneità dell'interesse e del dovere, in vista della maggior somma possibile di felicità conseguibile dal maggior numero di persone: «La base della deontologia è quindi il principio di utilità, cioè in altri termini, il principio che un'azione è buona o cattiva, degna o indegna, meritevole di approvazione o di biasimo, in proporzione della sua tendenza ad accrescere o a diminuire la somma della felicità pubblica» (J. BENTHAM, *Deontology or Science of Morality*, parte I, cc. 1 e 2; tr. it., Torino 1935). In questo senso la scienza deontologica doveva consistere soprattutto nel saper valutare preliminarmente le conseguenze di un'azione in modo da poter stabilire, in base alla somma di piacere o dolore che ne poteva derivare, se essa era moralmente da compiersi o meno.

e all'appartenenza al gruppo professionale»<sup>2</sup>. Attraverso la deontologia le professioni esibiscono le proprie credenziali alla società in cui operano, adottando forme di autodisciplina che vanno dal semplice giuramento fino al codice vero e proprio. L'insieme delle regole che dovrebbero informare la condotta del professionista e qualificare il gruppo organizzato cui appartiene, costituiscono un'*etica secondo il ruolo* che assolve essenzialmente due funzioni: dal punto di vista esterno, rappresenta un indicatore dei particolari doveri e privilegi che nel corso del tempo sono stati socialmente e istituzionalmente attribuiti alla sua attività; sul piano interno, consiste in un complesso di direttive orientato a risolvere i problemi pratici e i dilemmi etici inerenti all'esercizio della professione.

La deontologia professionale serve insomma a delineare un'identità per mezzo di un'etica; a sostenere «il processo di costruzione di un'immagine, più o meno corrispondente alla realtà, mediante il quale ogni professione tenta di rendere socialmente accettabile il godimento di certi privilegi auto-obbligandosi all'espletamento di certi doveri sociali e al superamento degli egoismi dei singoli professionisti»<sup>3</sup>. Essa fondamentalmente s'incarica del compito di armonizzare con la normalità sociale lo stato d'eccezione rappresentato dall'etica secondo il ruolo professionale; e di arginare in forma autodisciplinare la possibilità degli eccessi nell'esercizio del proprio potere tecnico da parte dei professionisti, i quali risulterebbero altrimenti incontrollabili da parte dei profani mediante strumenti di tipo consensualistico o in senso lato democratico.

Più o meno articolate, più o meno codificate, all'interno delle diverse professioni le deontologie si somigliano un po' tutte tra loro, legate come sono più alle specificità operative che ai contesti di tempo e di luogo in cui sono situate: non fa molta differenza se un medico o un ingegnere sono tedeschi o americani. Lo stesso vale in buona misura anche per gli avvocati. Nell'ambito della professione legale si riscontrano invece notevoli differenze tra il livello dei principi deontologici e il modo in cui questi si traducono sul piano dell'etica pratica, cioè del concreto operare: si potrebbe dire che le 'etologie' degli avvocati sono molto più diversificate delle loro deontologie. Tra l'etica pratica di un *Anwalt* tedesco e quella di un *lawyer* americano c'è una distanza molto maggiore di quella che esprimono le rispettive deontologie. Le peculiarità storiche, culturali, di ordinamento giu-

<sup>2</sup> Così C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano 1975, p. 1.

<sup>3</sup> A. FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come progetto professionale*, in «Sociologia del diritto», n. 3/1985, p. 13.



ridico, di formazione, fanno sì che quella di avvocato sia la meno direttamente esportabile tra le professioni moderne<sup>4</sup>.

Un altro piano ancora – il più difficile da trattare – è poi quello *morale*. Nel corso della propria attività tutti i professionisti – e i giuristi in particolare, dato che il loro ‘prodotto finale’ dovrebbe dopotutto avere a che fare col tentativo di perseguire degli obbiettivi come la ‘giustizia’ e la ‘verità’ nel caso concreto – si trovano a dover affrontare spesso delle difficili decisioni morali; decisioni cioè relative non a questioni soltanto tecnico-fattuali, ma a problemi normativi e a giudizi di valore, da un lato coinvolgenti i diritti e il benessere di altri soggetti, dall’altro influenti sulla definizione della figura e della personalità complessive dello stesso professionista<sup>5</sup>. Inoltre le questioni morali che sorgono nel contesto dell’etica secondo il ruolo assumono quasi sempre i connotati del *dilemma*. Si ha un dilemma morale ogni volta che la situazione non consente di sottrarsi alla decisione: quando decidere e non decidere sono entrambi scelte eticamente rilevanti, perché il fare e il non-fare implicano entrambi conseguenze pratiche di cui l’agente morale è direttamente responsabile. Ogni dilemma morale consiste sempre in un conflitto tra valori che si ritengono, almeno, meritevoli di rispetto, e di cui l’uno deve essere sacrificato in nome dell’altro: la lealtà verso il cliente, contro gli interessi della giustizia; il dovere di riservatezza, contro il dovere di verità; la tutela dei diritti dell’assistito, contro la tutela dei diritti dei soggetti terzi. Tali scelte potranno imporsi a seguito di conflitti tra valori interni al ruolo, oppure tra questi e le istanze etiche diffuse nel mondo ‘profano’ esterno: in ogni caso, si tratterà sempre di dover definire i diritti e i doveri del professionista, in quanto *agente morale*, nella relazione con altri soggetti che si presentano come *pa-zienti morali* della sua attività<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. G.C. HAZARD e A. DONDI, *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, trad. it. Bologna 2005; cfr. anche il mio *La responsabilità del giurista: etica e professione legale*, Torino 1998, soprattutto Parte II.

<sup>5</sup> JOHN L. AUSTIN (*Come fare cose con le parole*, trad. it. Genova 1987) sostiene che il giurista ha, come nessun altro professionista, il potere di fare cose con le parole: cose che riguardano la libertà, i beni, la qualità della vita (se non la vita stessa) degli individui. Il giurista detiene quindi un potere tecnico che, in quanto tale, genera responsabilità.

<sup>6</sup> Così un esempio ‘classico’ di scuola americana: «Sei un penalista che sta difendendo un cliente processato per omicidio. Sei abbastanza sicuro che non sia colpevole. Il processo sta volgendo in suo favore e le probabilità di assoluzione sono molto alte. Hai instaurato un buon rapporto col tuo cliente e costui, rinfrancato dalla prospettiva dell’assoluzione, ti comunica che sebbene non sia responsabile di questo delitto, ha commesso un altro omicidio alcuni anni prima. Un’altra persona con molti precedenti penali fu condannata per questo omicidio e sta scontando una

## 2. *Universi morali semplificati*

Nel 1973, durante l'indagine della Commissione d'inchiesta del Senato americano sul caso Watergate, che di lì a poco si sarebbe conclusa con l'*impeachment* e le dimissioni del Presidente Nixon, John Dean, uno dei principali testimoni d'accusa, fu interrogato circa il significato degli asterischi che aveva apposto accanto a molti tra i nomi dei partecipanti al complotto iscritti in una lista in suo possesso. Dean rispose che gli asterischi avevano soltanto lo scopo di evidenziare gli avvocati implicati nella vicenda: era semplicemente rimasto colpito dal fatto che così tanti professionisti avessero partecipato alle attività illegali di spionaggio e di copertura del Watergate, e si era chiesto se poteva esistere una qualche spiegazione non puramente contingente del fenomeno.

Due anni più tardi, in riferimento all'episodio, Richard Wasserstrom affermava di ritenere altamente improbabile che la presenza di tanti avvocati in quella lista potesse essere casuale. A suo avviso, il fine oggettivamente illegale del comportamento di quei professionisti sarebbe stato da essi solo in parte soggettivamente percepito come tale, poiché era da ascrivere piuttosto a una sorta di 'deformazione professionale': in altre parole, costoro avrebbero trovato per così dire 'normale' agire in quel modo proprio *in quanto avvocati*<sup>7</sup>.

condanna a vita. Cerchi di convincerlo a confessare il delitto, ma egli rifiuta decisamente. Ha avuto molti problemi con la legge e si tratta di un criminale intelligente ed eccezionalmente ben informato: quando lo minacci di ritirarti dalla sua difesa, ti ricorda che il tuo abbandono in questa fase del processo recherebbe un grave pregiudizio alla sua situazione, e che perciò non è consentito dalle *Model Rules of Professional Conduct* dell'American Bar Association. Inoltre, ti ricorda che le stesse *Model Rules* impongono un rapporto strettamente confidenziale tra avvocato e cliente, consentendo la violazione del segreto solo in alcune circostanze chiaramente definite, nessuna delle quali ricorre in questo caso».

Se l'avvocato di questo esempio deciderà di non agire, avrà ottemperato ai dettami dell'etica secondo il ruolo cui appartiene: salvaguarderà la confidenzialità e la segretezza del rapporto professionista/cliente, tutelerà il benessere del suo assistito, e avrà in definitiva tenuto un comportamento largamente accettato dagli *standards* professionali americani. Sarà insomma sicuro di non venire accusato di *malpractice*, di cattivo esercizio della professione. Ma se sceglierà di proteggere questi valori, ciò avverrà a costo della libertà e della vita di qualcuno che viene duramente punito per un crimine che non ha commesso.

Il caso è ripreso, con qualche adattamento, da M.E. PIRSIG e K.F. KIRWIN (eds.), *Professional Responsibility: Cases and Materials*, St. Paul MN, 1976: pp. 331-34. Le *Model Rules* di riferimento sono la 1.16 (b) e la 1.6 (cfr. American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Washington DC, 1983).

<sup>7</sup> Cfr. R.A. WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in «Human Rights» 5: 1 (1975), pp. 1-24. In Italia lo scritto di Wasserstrom appare tra-

L'apparente paradosso di un soggetto che, essendo un tecnico del diritto, si lascia coinvolgere attivamente in un'impresa della quale conosce perfettamente la natura illegale, veniva risolto da Wasserstrom tentando di dimostrare come l'avvocato, a seguito della sua scelta professionale, si trovi ad abitare in un *universo morale semplificato*. Le caratteristiche e i confini di questo mondo particolare risulterebbero determinate e delineati dal fatto che i professionisti in generale, e quelli legali in particolare, sono degli agenti il cui comportamento etico viene *differenziato in base a un ruolo*. Il ruolo è quello che emerge dal rapporto avvocato-cliente: all'esterno, esso rende il professionista «sistematicamente amorale verso il resto del genere umano»; al suo interno, si struttura intorno a un discutibile predominio tecnico-paternalistico dell'avvocato sul cliente.

Sono esempi di comportamento differenziato in base al ruolo, quello del genitore nei confronti dei propri figli e quello dello scienziato nei confronti dei prodotti della propria ricerca. Qualsiasi genitore tenderà ad anteporre gli interessi dei propri bambini a quelli degli altri, allocando presso di questi dei beni in eccesso, pur nella consapevolezza dell'esistenza di altri soggetti che potrebbero avere sostanzialmente più urgenza e autentico bisogno di quegli stessi beni: qui il ruolo altera il concetto di 'necessario', consentendo l'instaurarsi di un particolare tipo di giustizia distributiva. La maggior parte degli scienziati coinvolti nelle ricerche teoriche da cui avrebbero avuto origine lo sviluppo e la produzione di armi atomiche, affermavano che il loro unico scopo era quello di ampliare le conoscenze umane e di rendere accessibile una nuova fonte di energia, e che comunque la decisione intorno alle forme di utilizzazione di quest'ultima non li riguardava in quanto scienziati: qui il ruolo permette di ignorare il problema del 'lecito', per concentrarsi su quello del solo 'possibile'.

Wasserstrom ritiene che l'onere della prova gravi sempre su chi considera normali – o addirittura desiderabili – questi tipi di comportamento. Logica (e giustizia) vorrebbero che, in assenza di eccezionali ragioni, tutti i bambini venissero trattati allo stesso modo; mentre la diffusa propensione a dare per scontato (se non per moralmente giustificato) il sistematico favoritismo dei genitori nei confronti dei propri figli, altro non è in realtà se non un caso di fallacia naturalistica<sup>8</sup>. La sua tesi è infatti che l'universo morale di chi

dotto, con un mio commento («La professione legale tra etica e deontologia»), in *Etica degli affari e delle professioni*, IV, 3/1991, pp. 5-38.

<sup>8</sup> Cioè di logicamente illecita derivazione del 'dover-essere' dall' 'essere', del normativo dal fattuale, dell' 'ought' dall' 'is': dal mero *fatto* che la maggioranza dei ge-

svolge un ruolo professionale si trasforma in un modo analogo a quello descritto negli esempi: al pari del genitore, il professionista antepone in vario modo gli interessi del cliente o paziente a quelli degli altri individui in generale; al pari dello scienziato, tende a concentrarsi esclusivamente sul problema 'tecnico', e a considerare irrilevanti le questioni etiche ad esso connesse. Il risultato è che il suo ruolo, col relativo corteo di peculiari diritti e doveri, emerge in primo piano, e diviene protagonista di una vicenda in cui i soggetti terzi, con i loro 'normali' diritti e doveri, sono inevitabilmente relegati sullo sfondo.

Il passaggio, per così dire, dall'uomo al ruolo, e dall'etica comune all'etica professionale (o deontologia), avviene grosso modo in questi termini: l'uomo-avvocato non ha alcun obbligo di acconsentire a rappresentare un cliente; ma una volta che ha deciso positivamente, diviene un avvocato-avvocato (l'uomo sparisce dietro al ruolo), per il quale non c'è niente di sbagliato nel rappresentare un cliente i cui fini possono risultare totalmente immorali. Quando poi è entrato nell'ambito del comportamento in base al ruolo, gli è consentito, e spesso deve, compiere azioni che per una persona comune non sarebbero né necessarie né doverose. È un po' come per una partita di poker: nessuno è obbligato a parteciparvi, ma una volta che si decide di giocare è permesso (e per vincere, spesso è necessario) ricorrere a strumenti come il *bluff*, che nel mondo 'normale' risulterebbero eticamente almeno discutibili.

L'ingresso nell'etica secondo il ruolo produrrebbe insomma una situazione paradossale – raramente riconosciuta come tale – di questo tipo: puoi non farlo se pensi che sia male farlo; ma se poi decidi di farlo non c'è niente di male nel farlo. La morale deontologica rappresenta una sorta di *stato d'eccezione* rispetto alla morale 'comune'; e come tale è vincente<sup>9</sup>. Quest'ultima tenta (problematicamente) di dire: «sì», «no»; «tu devi», «tu non devi». La deontologia dice invece semplicemente che puoi non agire (per motivi etici, o altro); ma se poi agisci, l'eventuale problema etico scompare subito dietro le nuove regole del gioco che vengono a instaurarsi. In quanto avvocato, non sei chiamato ad approvare o disapprovare le qualità morali del tuo

nitori tende a favorire i propri bambini a scapito degli altri, non consegue minimamente che ciò sia giusto, lecito, o tanto meno doveroso.

<sup>9</sup> Rovesciando la prospettiva, si potrebbe anche dire che la morale 'comune' assume rispetto alla deontologia la scomoda posizione di un'istanza meta-positiva 'di controllo', in qualche modo analoga a quella in cui si porrebbe il diritto naturale nei confronti del diritto storico-vigente: in esso sono contenute molte cose teoricamente giuste, belle e buone, ma è poi quest'ultimo a doversi fare carico della pratica gestione dell'esistente.

cliente, lo scopo per cui egli cerca la tua assistenza o gli strumenti che il diritto mette a disposizione per perseguirlo: sei soltanto tenuto a fornirgli la competenza tecnica che gli manca e a difendere i suoi interessi al meglio delle tue capacità. Potranno talvolta esservi clienti che non si vorrebbe rappresentare, o norme che si vorrebbe non dover utilizzare; ma di solito il mondo morale di un avvocato risulterà meno complicato e ambiguo del mondo morale della vita quotidiana. Il comportamento differenziato in base al ruolo, sosteneva Wasserstrom, è attraente e rassicurante proprio perché pone vincoli e delimitazioni a un mondo morale altrimenti intrattabile e sconcertante: è un po' come se il mondo 'semplice' del bambino, fatto di regole da rispettare, riprendesse il sopravvento sul mondo complesso dell'adulto, fatto di decisioni da prendere.

Wasserstrom riteneva probabile che, una volta fuori dalla peculiare situazione di difensore nel processo penale, la amoralità differenziata in base al ruolo dell'avvocato fosse da considerarsi eccessiva se non impropria. Si domandava se lo *stato di fatto* di un simile 'privilegio' etico professionale *dovesse essere* necessario; se fosse giusto che i professionisti, e specialmente quelli legali, potessero facilmente mettere da parte degli altrimenti difficili problemi, affermando che in quanto tali non li riguardavano e non dovevano riguardarli. Ma soprattutto si domandava quali costi e quali benefici potessero derivare a un sistema sociale dall'esistenza di professionisti che abitano in simili universi morali semplificati; e concludeva affermando che «forse abbiamo bisogno di meno e non di più professionismo, nella nostra società in generale e tra gli avvocati in particolare»<sup>10</sup>.

### 3. Conoscenza e potere

La capacità di sviluppare, conservare e tramandare un patrimonio di conoscenza, è sicuramente la caratteristica distintiva fondamentale della cultura umana<sup>11</sup>. In prima approssimazione, 'conoscere' signi-

<sup>10</sup> Gli oltre trent'anni che ormai ci separano dallo scritto di Wasserstrom non hanno certo visto realizzarsi il suo auspicio, in particolare per la professione legale. Anzi, specie per quanto riguarda gli Stati Uniti, i problemi dell'etica in base al ruolo si sono se mai moltiplicati, in concomitanza con il patologico incremento del numero di avvocati in rapporto alla popolazione. Rinvio in proposito di nuovo al mio *La responsabilità del giurista*, cit., soprattutto pp. 245 ss.

<sup>11</sup> Essa determina infatti l'esistenza del «Mondo 3» di cui parla K.R. Popper ne *L'io e il suo cervello* (trad. it. Roma 1981, soprattutto vol. I). La realtà sarebbe, secondo Popper, divisa in tre Mondi: un Mondo 1, luogo degli oggetti, eventi e stati fisici presenti in natura; un Mondo 2, consistente nell'insieme delle rappresentazioni

fica soprattutto acquisire consapevolezza degli eventi che si ritiene compongono il mondo; elaborare i comportamenti adeguati a confrontarsi con essi e i metodi adatti ad affrontarli in funzione di uno scopo; e formulare delle teorie che diano senso agli eventi, ai metodi e ai comportamenti, spiegandoli e legittimandoli. Da questa prospettiva, qualunque essere umano, a qualsiasi tempo e luogo appartenga, può essere detto possedere una qualche forma di conoscenza.

Non tutti gli esseri umani posseggono però, in quantità e in qualità, la stessa conoscenza. Le differenze si riscontrano non solo 'orizzontalmente', tra appartenenti a culture diverse, ma anche 'verticalmente': all'interno di ogni singola cultura, non importa quanto complessa e diffusa, vi sarà sempre un sottofondo di conoscenze *di base*, da tutti condiviso; e una conoscenza specializzata *di vertice*, patrimonio di una minoranza. La moderna divisione sociale del lavoro ha organizzato in un sistema di relazioni funzionali l'insieme di attività prodotte dai nuclei di conoscenza specialistici; anche per questo non ci è possibile confondere il 'minimo comun denominatore' della conoscenza quotidiana condivisa da ogni adulto medio-normale, con le prestazioni effettuate sulla base di *standards* particolari da ristretti gruppi di specialisti.

Sia nelle antiche come nelle moderne civiltà, emergono poi delle ulteriori differenze qualitative: vi sono conoscenze 'sacre' e conoscenze 'profane', conoscenze teoretiche e conoscenze pratiche; conoscenze elitarie, oppure di massa; di vertice e di base, appunto. Queste ultime facilmente distinguibili, specie nelle culture antiche, ricorrendo alle categorie di classificazione dell'*esoterico* e dell'*essoterico*. Nella cultura occidentale, la conoscenza di livello elevato ha coinciso essenzialmente con la *formalizzazione* teorica: con il tentativo sistematico di produrre una spiegazione-giustificazione razionale dei fatti, fenomeni ed eventi che si ritiene costituiscano il mondo<sup>12</sup>. La moderna conoscenza superiore è dunque formale soprattutto in virtù del suo *metodo*, che la separa nettamente sia dalla conoscenza di senso comune, sia dalla conoscenza specialistica non-formalizzata<sup>13</sup>: non è

mentali – dalla semplice immagine al concetto vero e proprio – che le specie viventi sviluppano a partire dal Mondo 1; un Mondo 3, dove si generano, si raccolgono e si tramandano gli 'oggetti' *culturali* – dalle opere d'arte alle teorie scientifiche – prodotti dall'interazione del Mondo 2 col Mondo 1. Quest'ultimo sarebbe l'unico peculiarmente ed esclusivamente *umano*.

<sup>12</sup> La differenza forse fondamentale tra cultura occidentale e cultura orientale (e tra modo 'moderno' e modo 'antico' di conoscere), consiste infatti proprio nell'aver spostato il fulcro dell'indagine dall'essenza al fenomeno. E nell'aver sviluppato il metodo fisico-matematico come l'*unico* adatto a indagarlo.

<sup>13</sup> Come ad esempio quella di un buon artigiano, che si basa sull'induzione dalla pratica e l'esperienza; non sulla deduzione da modelli teorici.

tanto il *che cosa* si vuole conoscere, ma il *come* si conosce, che fa la differenza. Dal punto di vista del profano, non è però cambiato molto tra antico e moderno: se originariamente la conoscenza di tipo elevato consisteva in un sapere arcano ed esoterico tramandato quasi segretamente da iniziato a iniziato, oggi si trova formulata e discussa in linguaggi tecnici che di per sé la rendono inaccessibile ai più<sup>14</sup>. Il *mistero*, sia pure per motivi diversi, dunque spesso permane.

Nei termini del Max Weber di *Economia e società*, conoscenza formale significa soprattutto *razionalizzazione*. Il modello epistemologico di riferimento è quello fisico-matematico: 'vera' conoscenza la danno solo le scienze cosiddette esatte; quelle che si basano su dimostrazioni logiche coerenti (come la matematica), oppure su verifiche sperimentali (come la fisica, e poche altre). Niente più intuizioni, analogie o metafore; niente più principi d'autorità cui appellarsi: soltanto la *ragione*, possibilmente sostenuta dalla *misurazione*, rivolta al perseguimento di un'*efficienza* funzionale. La formalizzazione della conoscenza consiste dunque principalmente nel ricorso sistematico alla razionalità in funzione di uno scopo: nell'uso *strumentale* della ragione<sup>15</sup>. Per quanto teoretico possa sembrare il suo intento, la conoscenza formalizzata opera in realtà sempre nella prospettiva di un'*azione* (razionale) sull'esistente: azione sul mondo materiale, attraverso la tecnologia; ma anche azione sul mondo umano, attraverso la legge, l'economia, il governo in generale delle istituzioni sociali. Il fenomeno delle 'burocrazie razionali-legali'<sup>16</sup>, cui la civiltà contemporanea delega la propria amministrazione, è strettamente omogeneo alla trasposizione in campo sociale del metodo conoscitivo elaborato in campo fisico dalla scienza moderna.

La conoscenza formale, elitaria per definizione, rimane pressoché inaccessibile alla conoscenza 'comune'; con la conseguenza che i processi decisionali in base ai quali essa dirige l'azione umana, non possono risultare *democratici*. E non lo sono in un duplice senso: perché, come si diceva, incomprensibili ai più; e perché sottratti al *consenso* di una qualsiasi maggioranza. Se infatti 'democrazia' significa essenzialmente 'governo della maggioranza', è evidente come questo

<sup>14</sup> Anche gli studiosi del Rinascimento che prepararono la definitiva 'cesura galileiana' tra epistemologia antica e moderna, non condividevano certo la loro conoscenza superiore con la gente comune, o con i 'pratici' dei vari mestieri. Se la comunicavano l'un l'altro, o al più ne rendevano partecipe il potente di turno, curioso e munifico.

<sup>15</sup> Sul concetto di *ragione strumentale*, contrapposto a quello di *ragione oggettiva*, cfr. M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione*, trad. it., Torino 1969.

<sup>16</sup> Il termine è ancora di Max Weber (cfr. *Economia e Società*, trad. it. Milano 1980).

sistema deliberativo non abbia alcuna cittadinanza nel territorio della conoscenza formale: 'i più' – la *maior pars* – possono tranquillamente sbagliarsi (perché, appunto, incompetenti); 'i meno' – la (presunta) *sanior pars* – essere nel giusto<sup>17</sup>. L'impossibilità di una reale partecipazione conoscitiva alle procedure specialistiche rende altamente problematico il controllo *politico* su di esse; mentre rende altamente probabile l'affermarsi di una loro autonomia di fatto.

La *tecnica* diviene così la protagonista indiscussa del nuovo scenario socio-culturale, non solo in quanto metodo, ma come atteggiamento mentale: è la 'razionalità' di Max Weber che, uscita dal campo d'indagine strettamente scientifico, s'impone in ogni settore conoscitivo-decisionale in quanto ragione *strumentale*, ricerca del miglior *mezzo* possibile<sup>18</sup>. Essa funziona ovunque: dall'amministrazione pubblica all'organizzazione industriale, dall'istruzione all'assistenza sanitaria. Perseguire o conservare un *ordine* efficiente è sempre il suo 'prodotto finale'; e può accadere che niente sia socialmente più 'ordinato' di un buon campo di concentrazione. Nella misura in cui la tecnica costituisce il migliore dei mezzi, alla politica non sembra restare logicamente altra alternativa che accettare le soluzioni da essa offerte. È appunto in questo senso che la tecnica rappresenta un concetto-limite per la democrazia. Si può anche ostinarsi a voler tenere distinte la conoscenza formale e la tecnica dal potere (politico) di prendere decisioni, e sostenere che i depositari delle prime non debbano necessariamente coincidere con i detentori del secondo<sup>19</sup>; ma resta il fatto che, se sono la conoscenza formale e la tecnica a consentire di prendere le decisioni migliori possibili, è in definitiva ad esse, e non ad altri, che spetta la titolarità del vero potere.

Studiosi come Habermas, pur riconoscendo che l'esercizio del potere è stato radicalmente trasformato dalle esigenze delle nuove strategie tecnologiche, respingono l'idea che la conoscenza formale costituisca di per sé una minaccia per la democrazia, a causa della sua tendenza ad appropriarsi della decisione politica: il vero pericolo consisterebbe piuttosto nell'inaccettabile utilizzazione della tecnica come *ideologia* per giustificare decisioni che per loro natura nulla avreb-

<sup>17</sup> L'evidenza è ad esempio assoluta nel campo delle cosiddette 'scienze esatte': la maggioranza – al limite *tutti* – possono sbagliarsi nella dimostrazione di un teorema di matematica; ma ciò non impedisce minimamente che esso rimanga *vero*, ammesso che sia tale.

<sup>18</sup> Si veda in proposito, tra i primi e più lucidi rilevatori del fenomeno, J. EL-LUL, *The technological society*, New York 1964.

<sup>19</sup> È il timore, diffuso soprattutto presso i politici di professione, del cosiddetto 'governo dei tecnici'; che viene presentato sempre come soluzione eccezionale e transitoria.



bero di tecnico o di scientifico<sup>20</sup>. Altri, come Foucault, ritengono invece che la conoscenza formale e la tecnica modifichino inevitabilmente e radicalmente le istituzioni sociali, orientandole verso l'organizzazione di un potere di *controllo*: con l'offrire giustificazioni 'razionali' per particolari metodi d'interpretazione e di utilizzazione dei più diversi comportamenti umani, esse produrrebbero dei 'corpi docili', pronti a operare con la velocità e l'efficienza stabilite dai detentori del potere tecnico<sup>21</sup>.

Qualunque ne sia l'interpretazione corretta, è su questo rischioso e problematico sfondo che si proietta il moderno fenomeno professionale.

#### 4. Potere, identità, controllo

In prima approssimazione potremmo considerare professione ogni attività che consenta di guadagnarsi da vivere operando in un ambito di conoscenza in varia misura formalizzato.

Non sempre però è stato così. Per lungo tempo il termine 'professione' ha conservato infatti il solo significato dell'originale latino *professio*: dichiarazione, affermazione; espressione di un'intenzione o di uno scopo<sup>22</sup>. Si pensi ad esempio alla 'professione di fede', la dichiarazione solenne delle proprie credenze per adesione volontaria e coerente a un complesso dottrinale, resa da colui che desidera entrare a far parte di una comunità religiosa; oppure alla 'professione di legge', la dichiarazione con cui nell'alto medioevo il soggetto che partecipava al compimento di un atto giuridico indicava la propria legge di appartenenza, resa necessaria dal principio, allora diffuso, della personalità del diritto. È solo a partire dal XVI secolo che il termine comincia ad assumere i suoi connotati attuali, progressivamente allontanandosi dal significato originario, che diviene di uso sempre più raro e ristretto. Durante tutto il medioevo, quelle che oggi chiameremmo professioni erano designate come *arti*; e distinte, per la loro 'liberalità', dai *mestieri*. Liberali erano soprattutto la teologia, la medicina e la legge, essenzialmente perché il loro esercizio si presentava

<sup>20</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Teoria e prassi nella società tecnologica*, trad. it. Bari 1974; *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, trad. it. Bari 1979.

<sup>21</sup> Cfr. soprattutto M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it. Torino 1976; *Storia della sessualità*, I («La volontà di sapere»), trad. it. Milano 1984.

<sup>22</sup> Ancora oggi questa è la prima accezione con cui il termine compare nella maggior parte dei dizionari linguistici. Per l'italiano, si vedano sia il *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, di G. Devoto e G.C. Oli, Milano 1987, sia il *Grande dizionario della lingua italiana*, di S. Battaglia, Torino 1988.

*libero* dal ricorso alla manualità: attività intellettuali connesse a facoltà dello spirito, e non dipendenti da capacità ‘comuni’ quali l’abilità pratica o la forza fisica, che si possono conseguire con l’esercizio e l’abitudine. Per questo le arti liberali venivano ritenute anticamente le uniche degne degli uomini liberi e nobili, mentre i mestieri commerciali e artigianali erano svolti da schiavi, liberti e stranieri. Si potrebbe dire che era (e in buona parte tuttora è) la presenza, o meno, di un contatto esclusivamente ‘fisico’ con la *materia* a fare la differenza.

Appunto al ristretto gruppo delle attività liberali si applica il nuovo significato progressivamente assunto dal termine ‘professione’: all’esercizio – dopo una preparazione universitaria e/o il tirocinio sotto la guida di esperti – della teologia, della giurisprudenza e della medicina; ma non della chirurgia, ritenuta non liberale a causa della sua manualità, e perciò riservata a pratici di inferiore livello culturale. Si trattava di occupazioni che non solo richiedevano un’istruzione superiore, ma che erano appannaggio pressoché esclusivo degli appartenenti alle classi sociali superiori: il diffuso prestigio che le circondava dipendeva verosimilmente più dal rango sociale di chi le svolgeva, che non da un atteggiamento di rispetto suscitato dai metodi utilizzati e dagli scopi perseguiti nel loro concreto esercizio. In altre parole, era più lo *status* a connotare il ruolo, che non il ruolo effettivamente svolto a definire lo *status* sociale.

Sebbene una tradizionale, solida (e abbastanza acritica) fama positiva circondasse insomma non più di tre o quattro tra le possibili attività specializzate, il concetto di professione non tardò molto ad estendersi a tutta una serie di occupazioni remunerate, che di ‘liberale’ avevano ben poco. Con la conseguenza che, specie in alcune culture, il prestigio originariamente attribuito alla figura del professionista viene a spostarsi su quella del *dilettante*, o ‘amatore’: questi sarebbe stato infatti il vero ‘nobile’, o *gentleman*, in quanto dedito occasionalmente a svolgere la propria attività non per lucro o per necessità, ma per puro interesse e piacere personali<sup>23</sup>. L’essere un dilettante costituirebbe infatti una prova indiretta del proprio superiore *status* sociale libero dal bisogno, mentre proprio la professionalità di chi richiede un compenso per l’opera prestata rappresenterebbe una smentita della sua indipendenza economica (e del suo presunto *status* elevato). Ancora nel secolo scorso, quando specie in Inghilterra e negli Stati Uniti cominciavano a diffondersi le scuole professionali volte a fornire una preparazione di tipo eminentemente pratico agli

<sup>23</sup> L’uso dispregiativo del concetto di professione ritorna soprattutto in quelle situazioni in cui sembra venga ‘fatto commercio’ di qualcosa che dovrebbe essere perseguito per più nobili motivi; come nel caso del politico ‘di professione’.

aspiranti professionisti, gli istituti universitari di cultura superiore tendevano a distinguersi da queste anche sottolineando la liberalità e la non-professionalità perseguite nella formazione dei propri studenti: nella presentazione del suo Anno Accademico 1877-78, la Johns Hopkins University affermava ad esempio di «provvedere un'istruzione perfezionata, non professionale, a ricercatori qualificati in vari settori della letteratura e della scienza»<sup>24</sup>.

Nelle società contemporanee, fondate sulla logica economica del mercato e sull'etica del lavoro, la situazione si è generalmente di nuovo rovesciata: del dilettante, per quanto gentile e disponibile, è meglio non fidarsi; il professionista, soprattutto se costoso, rappresenta invece di per sé una garanzia. Si pensi infatti che la categoria della *professionalità*, molto spesso misurata esclusivamente sul successo economico di chi la detiene, viene oggi ad applicarsi come segno certo di *qualità* ad ambiti di attività che di per sé possederebbero invece molti connotati della gratuità e dell'amatorialità: se qualcuno riesce a guadagnarsi da vivere operando professionalmente da calciatore o da musicista, si presume che, a differenza del dilettante, sia abbastanza competente nella sua arte da meritare di essere compensato per l'esercizio di essa. Mentre il dilettante, pur in possesso di qualità e di talento, non dedicherebbe abbastanza tempo a coltivarli, il professionista profunderebbe invece ogni impegno nell'affinamento delle sue capacità. Del resto è difficile negare che le professioni moderne, di qualunque genere esse siano, possano venire efficacemente svolte solo a prezzo di una dedizione e di un aggiornamento continui: nelle società complesse tecnologicamente avanzate, praticamente tutti gli ambiti di conoscenza specialistica sono soggetti a rapida obsolescenza; e la logica del mercato, tramite la concorrenza, opera una selezione spesso spietata nei confronti di chi non riesca almeno a 'tenere il passo'.

Vi è poi un non secondario aspetto psicologico connesso alla moderna concezione eminentemente economica della professionalità: proprio in quanto viene compensato per la sua opera, il professionista è (*deve* essere) alieno da passionalità e coinvolgimenti emotivi. È, in un certo senso, un 'mercenario', tenuto a dare il meglio della sua competenza non per motivi personali, ma tecnico-pratici; e che per questo può occuparsi, con identica dedizione, di più soggetti contempo-

<sup>24</sup> Così citato in L.R. VEYSEY, *The emergence of the American university*, Chicago 1965, p. 149. L'atteggiamento anti-professionale dell'università si spiega anche con la necessità di distinguersi dalle scuole professionali a orientamento esclusivamente tecnico-pratico, come le 'law schools' che proprio in quegli anni si stavano diffondendo negli Stati Uniti.

raneamente. In molte professioni non esiste ovviamente problema di coinvolgimento emotivo 'personale'. Ma in quelle dove questo è presente, il compenso serve anche a costituire una barriera fortemente simbolica contro la confusione dei ruoli: si pensi ad esempio al rapporto tra terapeuta e paziente nella pratica psicoanalitica, continuamente esposta al rischio di degenerare in una malintesa relazione 'amicale', o altro. Il dilemma tra necessario distacco e partecipazione inevitabile ritorna poi in modo particolarmente problematico in alcune situazioni tipiche di altre professioni, come quella legale: l'avvocato è infatti, da un lato, un tecnico che cura un 'caso', al limite un 'venditore di logica' al proprio cliente; dall'altro è però anche un *difensore di parte*, che per operare efficacemente deve spesso esporsi al 'contagio' di aspetti relazionali tutt'altro che tecnici con quest'ultimo<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> È anche su questo sfondo che va collocato il dibattito intorno al cosiddetto patto di quota lite, finora generalmente vietato in Europa, secondo cui il compenso del professionista legale è in tutto o in parte aleatorio e legato all'esito della causa: in caso di sconfitta, avvocato e cliente 'perdono' entrambi; in caso di vittoria, si spartiscono gli utili in una misura che può arrivare fino al 50%. La legge 4/8/2006, n. 268 lo ha introdotto in Italia, consentendo di «pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi prefissati» (art. 2). In base alla nuova norma, cliente e avvocato possono cioè convenire che la parcella sia rapportata al risultato raggiunto e, in caso di esito completamente negativo, essere anche pari a zero. Si è detto, da parte delle associazioni forensi, che questo non gioverà ai cittadini e che invece i professionisti potranno lucrare alte percentuali sulle somme spettanti ai clienti. Va però ricordato come la nuova disposizione non faccia venir meno il dovere dell'avvocato, previsto da una precisa norma deontologica, di astenersi dal richiedere compensi manifestamente sproporzionati rispetto all'attività svolta e quindi superiori al massimo tariffario. Per imbattersi in richieste di compensi particolarmente rilevanti, magari a fronte di risultati scadenti, non si è certo dovuto attendere l'introduzione del patto di quota lite. Un compenso proporzionato al risultato contribuisce a fare chiarezza nei rapporti fra professionista e cliente, responsabilizza il professionista in ordine all'opportunità di assumere l'incarico consigliando così il cliente a non intraprendere azioni temerarie che potrebbero avere il solo risultato di assicurare comunque al legale il pagamento dell'onorario. Si tratta insomma di introdurre un po' di responsabilità da obbligazione di risultato in un rapporto da sempre basato soltanto su un'obbligazione di mezzi.

Notevolmente diversa è la situazione tradizionale americana che, al di fuori di qualunque regolamentazione tariffaria, lascia il *contingent fee* nella totale disponibilità contrattuale delle parti interessate. Con queste caratteristiche, la consolidata diffusione della pratica del *contingent fee* ha sicuramente contribuito non poco all'inflazione professionale americana, in quanto suscita irresistibilmente l'immagine di un'attività dove con qualche 'colpo' fortunato ci si può facilmente arricchire. L'avvocato americano è del tutto libero di chiedere, e normalmente pretende, il *contingent fee* in molti settori del suo lavoro, praticamente con l'unica esclusione delle cause penali. Il dilemma del *contingent fee* fu così sintetizzato e risolto da Max Radin, con un'opinione che sembra di fatto tuttora condivisa dalla maggioranza del ceto forense americano: «Il *contingent fee* certamente incrementa le probabilità che

La contrapposizione professionista/dilettante possiede delle indubbe caratteristiche di universalità: riesce infatti a distinguere tutti coloro che per vivere svolgono regolarmente un'attività, da tutti coloro che lo fanno per altri scopi o non con regolarità. Da questo punto di vista, 'professione' può perciò riferirsi a qualsiasi tipo di occupazione si scelga per vivere (se non *per una vita*), senza necessità di ricorrere a giudizi e distinzioni di tipo contenutistico o qualitativo. Invece la nozione classica, ristretta e forte di professione, quella che discende dai prototipi delle arti liberali coltivate nelle università medievali, si fonda proprio sulle caratteristiche dell'apprendimento, del metodo e del contenuto dell'attività svolta: non il 'quanto' o il 'perché', ma il *cosa* e il *come* definiscono 'professione'. Essa assume cioè il suo significato pieno soltanto in presenza di un particolare tipo di preparazione e di competenza, dove la speciale natura delle conoscenze acquisite trae la sua origine eminentemente da un organico sistema concettuale, appreso in primo luogo in via teoretica in una sede di istruzione superiore.

Per il *Grande dizionario della lingua italiana*, professione è ogni «attività intellettuale che si esercita dopo un regolare corso di studi e una pubblica abilitazione, per lo più in modo indipendente e nel rispetto di una precisa etica professionale»<sup>26</sup>. Ancora più impegnativamente, così il dizionario *Webster* della lingua inglese: «Una professione richiede conoscenza specializzata e spesso una lunga e intensa preparazione relativa sia all'acquisizione delle capacità e dei metodi necessari a svolgerla, sia alle teorie scientifiche e storiche intorno a quelle capacità e a quei metodi; il mantenimento di elevati livelli di comportamento grazie all'organizzazione e al consenso dei suoi membri; l'impegno di questi a tenersi aggiornati e a svolgere un'attività il cui primo scopo consiste nel fornire un pubblico servizio»<sup>27</sup>.

I connotati di queste nozioni 'forti' di professione emergono in modo particolarmente evidente proprio per contrasto con il significato più ampio e vago che fa invece riferimento a qualsiasi occupazione che comunque impegni a tempo pieno e richieda competenze specifiche. In entrambe i casi è presente il dato di un'esperienza qua-

vengano promosse pretese vessatorie e infondate. D'altra parte rende possibile il riconoscimento di pretese legittime che resterebbero altrimenti insoddisfatte a causa della povertà dei richiedenti. Tra queste due eventualità, il vantaggio sociale sembra propendere chiaramente per il *contingent fee*. Alla tesi sfavorevole si potrebbe inoltre replicare facendo notare come i promotori di cause vessatorie o infondate abbiano quasi sempre mezzi economici sufficienti a pagare comunque l'avvocato».

<sup>26</sup> *Grande dizionario della lingua italiana*, cit., vol. XIV, 504.

<sup>27</sup> *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, 1967, vol. II, 1811 (trad. mia).

lificata che distingue il professionista dal dilettante: ma i professionisti del primo tipo sono *qualitativamente* diversi da quelli del secondo, perché la loro competenza si fonda sull'apprendimento teoretico di un settore di conoscenza formalizzata, e perché la loro attività viene ritenuta esercitarsi non solo per uno scopo di vantaggio economico personale, ma soprattutto per un fine diretto di utilità sociale. A parte le caratteristiche peculiari del *training* necessario a intraprenderle, sarebbe in particolare quest'ultimo elemento a qualificare le 'vere' professioni: mentre le comuni attività produttive e commerciali non sortirebbero se non indirettamente (e, per così dire, involontariamente) dei benefici per la collettività, le professioni sarebbero invece originariamente e immediatamente 'orientate' in senso sociale. Il che spiegherebbe tra l'altro le particolarità di trattamento loro riservate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici moderni.

Dal punto di vista formale, un'occupazione si innalza alla dignità di professione quando è possibile separare dai suoi elementi meramente pratico-meccanici una coerente struttura teorica che ne fornisca la giustificazione in termini scientifico-razionali: così ad esempio la chirurgia e la odontoiatria, nonostante si tratti di attività manuali, sono professioni perché dotate della natura intellettuale ad esse conferita dai principi teorici del loro operare. Si è visto che tradizionalmente è proprio la necessità di un'istruzione superiore formalizzata a segnare la differenza tra la 'professionalità' e gli altri tipi di attività lavorativa. Questa istruzione, unita al tirocinio sotto la guida dei già esperti, costituisce la prima credenziale del professionista e la garanzia di fronte ai terzi della sua competenza; tanto che in numerosi ordinamenti il possesso di un adeguato titolo di studio è condizione necessaria all'esercizio della professione. Tutto ciò contribuisce a determinare l'immagine della professione in quanto particolare categoria di attività lavorative.

Tre elementi sembrano dunque ricorrere nei diversi modi di caratterizzare il concetto di professione. In primo luogo, la necessità di un approfondito addestramento prima di intraprendere autonomamente l'attività: si pensi allo spesso lungo tirocinio cui si sottopone il 'praticante' dello studio legale per accedere alla professione di avvocato. In secondo luogo, il fatto che questo addestramento presenta una dominante (se non esclusiva) connotazione teorico-intellettuale; la quale può richiedere una preparazione culturale in senso lato 'superiore'<sup>28</sup>. In terzo luogo, l'importanza del servizio sociale che ver-

<sup>28</sup> I professionisti sono dei soggetti che «professano di conoscere meglio di altri la natura di particolari materie, e di saper meglio curare i problemi e gli affari dei loro clienti. Questa è l'essenza dell'idea e della pretesa professionale» (E.C. HUGHES,

rebbe offerto tramite l'abilità conseguita con l'addestramento: il funzionamento delle moderne e complesse società tecnologicamente avanzate richiede infatti una quantità di conoscenza specializzata enormemente più grande di quella necessaria alle più semplici società del passato. In breve, le professioni assolvono a delle importanti funzioni sociali che richiedono un esteso addestramento intellettuale.

A questi elementi di base se ne possono aggiungere poi altri, comuni alla maggioranza delle professioni, anche se non altrettanto indispensabili per definirne i connotati. Connesso agli elementi dell'istruzione e dell'addestramento, spesso viene richiesto il superamento di un controllo per l'ammissione all'esercizio della professione: per entrare a far parte dell'Ordine degli avvocati, bisogna aver superato il relativo esame; per poter praticare la medicina bisogna essere stati promossi a una prova di abilitazione; per poter venire ammessi a entrambi gli esami, è necessario possedere, rispettivamente, la laurea in giurisprudenza e in medicina, che certificano il grado di istruzione superiore raggiunto<sup>29</sup>. Ovviamente il possesso dell'"autorizzazione", ove prevista, è condizione necessaria, ma non sufficiente, per garantire la reale professionalità: bisogna essere ufficialmente autorizzati per poter guidare un'automobile; ma il possesso di una patente di guida non fa certo di per sé diventare piloti professionisti.

Un altro elemento comune alla maggioranza delle professioni è, come si accennava, la presenza di organizzazioni autonome in varia misura dotate di poteri di controllo sull'attività dei propri membri. Esse svolgono essenzialmente due funzioni fondamentali: la promozione degli scopi 'istituzionali' della professione; la tutela degli interessi del gruppo che rappresentano. È proprio sull'interazione tra queste due funzioni che si gioca l'autonomia, anche ordinamentale, delle organizzazioni professionali: esse riescono a ottenere e conservare l'esclusiva sulla tutela degli interessi del gruppo professionale, nella misura in cui sono capaci di tenere 'alto' il livello etico e pratico dell'attività che esso svolge. Ed è in questo quadro che s'inserisce la difficile problematica della più o meno reale autonomia del professionista nel suo concreto operare.

L'ultima parte della definizione del dizionario *Webster* aggiungeva infatti un ulteriore elemento di complessità alla nozione di professione: non solo si tratterebbe di occupazioni dotate di contenuti di pubblica utilità svolte da soggetti appositamente formati in istituzioni

*Professions*, in K.S. LYNN ed., *The Professions in America*, Boston 1965, p. 2. Trad. mia).

<sup>29</sup> Si tratta del cosiddetto 'valore legale' del titolo di studio, variamente regolato a seconda degli ordinamenti e delle professioni.

di istruzione superiore, ma di occupazioni che si organizzano intorno a particolari strutture istituzionali (gli 'ordini' professionali) capaci di influenzare normativamente il comportamento dei propri membri. Vi è dunque di più che non il prestigio, la dignità di *status* e il possesso di una conoscenza specializzata; c'è il problema del controllo sociale sull'attività professionale, e degli strumenti con cui realizzarlo.

Comunque si voglia definire e descrivere l'attività del professionista, resta il fatto che essa si fonda essenzialmente sull'acquisizione e l'esercizio di un *potere tecnico* esclusivo. Come ogni potere, anche quello professionale implica la necessità di un controllo, che nel caso si esplica in due diverse direzioni: verso l'*esterno*, sulle relazioni tra il gruppo professionale e la società in cui si trova ad operare, specie per quanto riguarda i rapporti con i terzi profani (i 'clienti', i 'pazienti'); verso l'*interno*, sulle relazioni tra gli appartenenti al gruppo e sui modi di accedere ad esso. Le professioni infatti non solo offrono dei servizi indispensabili al funzionamento delle moderne società complesse, ma ovunque detengono una più o meno ampia esclusiva sulla fornitura di essi. Tentare di fare, senza esserlo, il 'professionista di se stesso', ha quasi sempre scarse probabilità di successo: ad esempio, anche negli ordinamenti o nelle materie dove non è previsto l'obbligo dell'assistenza tecnica o della difesa in giudizio, la professione legale ostacola di fatto l'accesso dei profani a quelle informazioni che consentirebbero loro di affrontare autonomamente molti problemi, specie nel campo del diritto familiare e contrattuale.

La tendenza a costruire e a difendere un *monopolio* intorno alla propria competenza specifica, è una costante che accompagna le professioni fin dalla costituzione delle prime corporazioni medievali. Ed è un dato che comporta importanti conseguenze per l'etica professionale: nelle società contemporanee infatti – come provano almeno i sistemi di certificazione e di autorizzazione cui si accennava – quello dei professionisti di esercitare la loro attività non è tanto un *diritto*, quanto un *privilegio* concesso dall'ordinamento statale. Mentre un 'diritto' esprime essenzialmente la pretesa di potersi comportare in un determinato modo senza subire interferenze, un 'privilegio' consiste piuttosto nell'autorizzazione a compiere determinati atti, nel rispetto di precise condizioni: un privilegio comporta sempre l'onere, per chi lo detiene, di dimostrare il possesso delle caratteristiche necessarie ad esercitarlo; mentre nel caso di un diritto, l'onere della prova si inverte generalmente a carico di chi non intenda rispettarlo. Guidare un'automobile non è un diritto, ma un privilegio concesso a seguito di un controllo. Così le professioni sono delle attività privilegiate, a seguito di un riconoscimento pubblico della loro utilità sociale.



La professione offre i suoi servizi a soggetti individuali (i clienti di un avvocato, i pazienti di un medico), organizzati (una società per azioni), istituzionali (un ente pubblico). Questi servizi sono in larga misura 'esoterici', nel senso che i non-professionisti sono incapaci di comprenderne completamente la natura e di valutarne adeguatamente la qualità. Anche per questo essi includono sempre l'informazione e il consiglio da parte del professionista: il soggetto per (o sul) quale viene effettuato il servizio, è avvisato della necessità dell'azione professionale; in alcuni casi il professionista può rifiutarsi di agire se il cliente non intende conformarsi al consiglio dato. La natura della conoscenza cui fanno riferimento il consiglio e l'azione non sempre risulta chiara, composta com'è da un insieme spesso indiscernibile di elementi pratici e teorici: si è visto come il 'privilegio' professionale risulti in gran parte fondato proprio sull'esclusività di questa conoscenza, di cui si diventa partecipi a seguito di un lungo studio e di un'iniziazione sotto la guida dei già esperti.

Abbiamo avuto modo di notare come originariamente il termine 'professione' significasse l'atto o il fatto di 'professare'; cioè di dichiarare, in particolare la propria appartenenza (a una fede, a un ordinamento). Solo relativamente tardi ha cominciato a designare anche l'occupazione di cui un soggetto si dichiara (si professa) esperto; con le parole del dizionario *Oxford* della lingua inglese, «una *vocazione* in cui la competenza professata in qualche settore di conoscenza viene applicata agli affari altrui, oppure nell'esercizio di un'attività che su questa si fonda»<sup>30</sup>. I professionisti, dunque, *professano*: dichiarano di essere i più competenti in determinate materie, e di conoscere meglio dei propri clienti i problemi che affliggono i loro affari, o loro stessi; questa è l'essenza dell'idea professionale, e della sua pretesa. I professionisti rivendicano il diritto di esercitare, come se fosse una vocazione<sup>31</sup>, il complesso di competenze che professano di possedere, e di offrire in esclusiva la consulenza nel proprio specifico settore di conoscenze: su ciò si fonda la loro *licenza*, sia nel senso stretto della concessione legale del privilegio, sia in quello più ampio della libertà di pensiero e di azione che il pubblico generalmente tende a riconoscere loro. Dai professionisti ci si aspetta infatti soprattutto la capacità di indagare oggettivamente e criticamente quei problemi che ai profani risultano intellettualmente inaccessibili non solo per incompetenza, ma anche per l'atteggiamento mentale altrimenti emo-

<sup>30</sup> *Oxford English Dictionary*, 1971, vol. II, 2316-17 (trad. e corsivo miei).

<sup>31</sup> Lo si vede particolarmente bene in tedesco, dove 'professione' (*Beruf*) e 'vocazione' (*Berufung*) appartengono alla medesima area semantica, condividendo manifestamente ben più della stessa radice lessicale.

tivo, pregiudiziale o conformista che appunto dall'incompetenza può derivare nell'affrontarli. Il professionista è dunque 'libero' anche perché *pensa liberamente*.

Dal momento che il professionista 'professa', pretende di essere creduto; che si abbia *fiducia* in lui. Il cliente non può essere infatti un buon giudice del servizio ricevuto, specie considerato che spesso si verificano delle situazioni non risolvibili anche per il migliore dei professionisti<sup>32</sup>. Ne consegue una delle peculiarità principali del rapporto professionale: mentre nell'ambito degli scambi di beni vige normalmente la regola della prudenza da parte dell'acquirente, sintetizzata nel principio *caveat emptor*, nell'ambito della relazione col professionista il cliente è chiamato piuttosto a tenere un atteggiamento del tipo *credat emptor*. Si tratta di uno dei tratti distintivi più netti tra i rapporti professionali e quelli in senso lato 'commerciali': del professionista non tanto ci si può, ma ci si *deve*, fidare; perché la fiducia è un elemento costitutivo essenziale della relazione professionale in quanto tale. Il cliente, per così dire, rimette completamente se stesso e il suo problema (di qui, tra l'altro, l'obbligo del segreto professionale) nelle mani del tecnico esperto; questi, per parte sua, s'impegna a dedicargli il meglio della sua abilità e conoscenza. Al di là degli aspetti meramente economici, il contenuto tipico del 'contratto' professionale consiste probabilmente proprio in questo scambio tra fiducia e competenza; dove la concessione della prima dipende essenzialmente dalla 'professione' della seconda<sup>33</sup>.

Forti di questo mandato fiduciario e del proprio potere tecnico, i professionisti tendono inevitabilmente a considerarsi i più adatti a definire non solo i modi di esplicarsi della loro attività, ma anche a determinare le caratteristiche strutturali del settore di competenze in cui questa si esercita; e ad esercitare eventualmente delle pressioni in tal senso sugli organi pubblici preposti alla produzione di prescrizioni normative in materia<sup>34</sup>. Così gli operatori giuridici, in quanto categoria organizzata, non si limitano a fornire consulenza ai propri clienti

<sup>32</sup> Non a caso, l'obbligazione che il professionista contrae con il cliente è quasi sempre *di mezzi*, non *di risultato*: essa garantisce di solito che il servizio verrà svolto 'al meglio', ma non il 'buon fine' di esso.

<sup>33</sup> Dal punto di vista delle conseguenze della sua esecuzione, questo contratto può apparire però notevolmente sbilanciato: mentre infatti l'operato del professionista ricade completamente e immediatamente sulla persona o sugli interessi del cliente, il professionista si trova invece ad essere ampiamente protetto dai suoi eventuali errori. Perché, salvo casi particolarmente eclatanti, soltanto i professionisti possono in ultima istanza sindacare sulla qualità del lavoro svolto da un loro collega.

<sup>34</sup> È questo uno dei momenti in cui emerge in primo piano la tensione tra potere 'tecnico' e potere 'politico', cui prima si accennava.

e ad assisterli in giudizio, ma sviluppano anche una 'filosofia' del diritto: una concezione di come l'ordinamento e l'amministrazione della giustizia dovrebbero essere, dal loro punto di vista. Così i medici ritengono loro prerogativa definire cosa siano 'salute' e 'malattia'; e di dover riuscire a condizionare, per quanto possibile, le stesse scelte di politica sanitaria. Sul successo di queste pressioni influiscono ovviamente fattori contingenti, quali il peso dell'utilità sociale della professione, la maggiore o minore solidarietà e coesione tra i suoi membri, la capacità d'iniziativa dei rappresentanti, la presenza o meno di *lobbies* in sede legislativa. Ma tutte le professioni, in quanto tali, tentano comunque di effettuarle.

Sembra dunque che lo spazio vitale della professione risulti delimitato dal complesso incrocio di tre alternative: essa deve fornire un servizio tanto importante, dal punto di vista dei privati, da rendere necessaria la sua presenza sul mercato; tanto essenziale, dal punto di vista sociale, da ottenere il riconoscimento delle istituzioni. E allo stesso tempo non così indispensabile per i privati e per le istituzioni da dover essere svolto in strutture centralizzate e burocratiche, che inevitabilmente annienterebbero la stessa libertà professionale e la sua autonomia organizzativa. Si pone perciò, per il fenomeno professionale, il problema di giustificare l'occupazione in esclusiva della zona di potere sociale situata in questo difficile punto di equilibrio.

##### 5. *Deontologia o ideologia?*

La maggioranza delle società che hanno deciso di dare riconoscimento alla funzione svolta dalle libere professioni, tendono a risolvere il dilemma tra fiducia individuale e controllo sociale suscitato dalla figura del professionista, in una forma che può essere forse così descritta: i professionisti concludono una sorta di patto con la società, in cui una certa autonomia dal controllo pubblico diretto e la tutela dalla concorrenza dei profani, una remunerazione e una posizione sociale adeguate, vengono scambiate con l'impegno ad un autocontrollo individuale e collettivo volto a proteggere gli interessi sia dei clienti che del resto della società. Questo autocontrollo dovrebbe fondarsi su un forte rispetto individuale delle norme e dei valori che guidano il lavoro professionale, e sull'organizzazione dei professionisti come gruppo al suo interno ordinato; è proprio di qui che nascono le più o meno codificate regole dell'etica professionale (le 'deontologie'), che si evolvono e si consolidano attraverso meccanismi di tipo ampiamente auto-regolatorio.

Le deontologie professionali possono essere variamente complesse

e articolate. Rispetto all'Europa continentale, e all'Italia in particolare, è nei paesi anglosassoni che si nota generalmente una più spiccata tendenza alla codificazione dei principi etici vincolanti per gli appartenenti a un gruppo professionale: soprattutto negli Stati Uniti troviamo *Codes*, variamente denominati *of ethics, of practice, of conduct*, che si applicano alle più diverse organizzazioni e associazioni (università, collegi di studenti, associazioni di sportivi e di ricercatori, quali matematici, fisici, biologi ecc.). Anche le imprese, specie i grandi gruppi, hanno i loro codici di *business ethics*, che regolano i loro rapporti con clienti, fornitori, dipendenti, fisco, concorrenza, autorità pubbliche; e che spesso si sovrappongono ai codici di etica professionale. La forma, i contenuti, il significato complessivo di questi strumenti di autoregolazione professionale, sono spesso piuttosto distanti da quelli che si possono riscontrare negli analoghi prodotti europei, e in specie italiani. Vi è intanto una differenza 'originaria', riconducibile all'individualismo di fondo della cultura anglosassone e alla sua tendenza a delegificare il più possibile il controllo dei rapporti sociali, delegandolo molto all'impegno morale tra le parti; all'opposto della tendenza tipicamente italiana a giuridicizzare autoritativamente il più possibile, per consegnare «alla regola scritta quello che già si sa di non poter affidare all'accordo leale dei soggetti»<sup>35</sup>. Mancano infatti da noi quelle *non legal rules*, quelle regole di condotta morale sintetizzate in concetti quali *fairness, reasonableness, due process*, alla cui autodisciplina e mediazione informale la cultura anglosassone delega in prima istanza il controllo sulle relazioni sociali. Si tratta, è bene notarlo, di principi che appartengono a pieno titolo a un'etica del risultato e della responsabilità, non dell'intenzione: le regole vanno rispettate non perché certe cose «si devono fare», ma perché la convenzione di farle è complessivamente vantaggiosa per tutti, attori e destinatari, rispetto a un comportamento meramente opportunistico. Si comprende perciò come mai i migliori *Codes* non appaiano dedotti da principi generali e astratti, ma indotti a partire da casi concreti; insiemi di regole, abbondantemente discusse e commentate, che servono essenzialmente non a descrivere il 'buon' professionista, ma a fornire dei criteri per dirigere l'azione nell'ambito della casistica futura.

I *Principles of Medical Ethics* adottati nel 1980 dalla American Medical Association sono composti da 7 regole fondamentali, integrate da una sessantina di 'interpretative opinions' del Judicial Council (il Consiglio dell'Ordine); il *Code of Professional Responsibility* che la

<sup>35</sup> U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, p. 143.

American Bar Association (ABA) si è data nel 1983, consta di 9 ‘Canons’, formulati in conformità a 138 ‘Ethical Considerations’ e corredati da altrettante ‘Disciplinary Rules’; il *Codice di deontologia degli avvocati della Comunità europea* – una sorta di ‘legge quadro’ comunitaria sulla deontologia della professione legale – redatto nel 1988 dal Conseil des barreaux de la Communauté européenne, è formato da 5 titoli che raccolgono 35 norme principali, a loro volta ulteriormente articolate in paragrafi. In tutte le normative deontologiche più complesse, ricorre una struttura grosso modo di questo tipo: a un preambolo formato da dichiarazioni di principio volte a delineare la figura del professionista e le sue responsabilità verso i terzi profani e le istituzioni sociali in genere, seguono le prescrizioni relative ai rapporti con i clienti, e infine quelle che riguardano le relazioni con i colleghi. Le deontologie più ‘semplici’, quelle che si accontentano della prestazione di un giuramento all’atto dell’ingresso nella professione, oppure che non si sono dotate di regole scritte, si limitano di solito alla dichiarazione dei principi, o poco più<sup>36</sup>: tale è stato il caso, ad esempio, della professione legale italiana, la cui deontologia sostanziale è per lungo tempo consistita praticamente soltanto nei tradizionali e generici precetti di ‘lealtà’, ‘dignità’, ‘probità’, ‘correttezza’, ‘indipendenza’; per il resto affidando la propria autoregolamentazione alla giurisprudenza disciplinare dei vari Consigli dell’Ordine<sup>37</sup>.

In queste ultime situazioni, è difficile sottrarsi all’impressione di

<sup>36</sup> Così ad esempio l’*Engineer’s Creed* adottato nel 1954 dalla statunitense National Society of Professional Engineers: «In quanto Ingegnere Professionista, io dedico la mia conoscenza e capacità al progresso e al miglioramento del benessere umano. Io mi impegno: a dare il massimo nelle mie prestazioni; a partecipare soltanto a iniziative oneste; a vivere e lavorare nel rispetto delle leggi umane e dei più alti modelli di condotta professionale; ad anteporre il servizio al profitto, l’onore e il decoro professionale al vantaggio personale, e il benessere pubblico ad ogni altra considerazione. In umiltà e col soccorso della guida divina, io prendo questo impegno» (così riportato da J. KULTGEN, *The Ideological Use of Professional Codes*, in «Business and Professional Ethics Journal», 3/1982, p. 53; trad. mia).

<sup>37</sup> Contro la vaghezza della deontologia forense, per la certezza dell’etica professionale, in Italia si è battuto a lungo Remo Danovi, proponendo una codificazione di tipo ‘muratoriano’: «Esiste un ordinamento giuridico professionale; le norme deontologiche sono norme giuridiche; è indispensabile la redazione di un codice deontologico; le norme del codice deontologico sono ricavabili dalla giurisprudenza disciplinare» (R. DANОВI, *L’indipendenza dell’avvocato*, Milano 1990, p. 34; si vedano anche, tra gli altri, i suoi *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano 1987). Più scettico sulle possibilità della codificazione come soluzione dei ‘mali’ della deontologia, si dimostra invece V. OLGATI, *Autoregolazione e sviluppo delle professioni giuridiche*, in «Storia del diritto e teoria politica», Annali della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Macerata, 1989/II, pp. 887 ss.).

trovarsi di fronte a una mera esibizione dell'ovvio. Se infatti sottoponiamo a una 'prova della negazione' i principi appena elencati, rovesciandone il contenuto, troviamo che l'avvocato dovrebbe essere sleale, indegno, improbo, scorretto e succube; il che è manifestamente assurdo. Per cui quei precetti sono *vuoti*, o comunque assai prossimi a un grado zero di informazione. Potranno forse servire ad alimentare l'identità e l'auto-compiacimento del gruppo professionale, ma non certo a prendere difficili decisioni in situazioni complesse. O addirittura è lecito insinuare il sospetto che il loro scopo sia quello di gettare un po' di fumo negli occhi dei profani, per meglio nascondere dei ben più effettivi interessi? Comunque, non tanto di deontologia si tratterebbe, quanto di *ideologia*: del tentativo di costruire un'immagine della professione disinteressatamente orientata al pubblico servizio, piuttosto che al perseguimento del profitto e alla conservazione dei propri privilegi di *status*<sup>38</sup>. Ma anche le deontologie più articolate non riescono a dissipare la sensazione, pur celando meglio gli eventuali intenti ideologici dietro la complessità dei propri sistemi normativi. A ben vedere, infatti, i precetti divengono quasi sempre più numerosi, specifici, chiari (e verosimilmente *effettivi*), via via che si spostano dalle dichiarazioni di principio verso i comportamenti più immediatamente connessi con i concreti interessi della professione: i rapporti con i clienti, con i colleghi, con le istituzioni. Mentre proprio la vaghezza e l'inconsistenza dei precetti relativi alla funzione sociale della professione permetterebbero ai suoi membri di fare sfoggio di 'spirito di servizio', allo stesso tempo sottraendosi a reali e difficili responsabilità.

In qualsiasi modo si voglia interpretare il fenomeno dell'autoregolazione professionale – come etica di ruolo, come deontologia, come ordinamento giuridico, o come ideologia – resta il fatto che essa consiste sempre in una rappresentazione generica e convenzionale, socialmente condivisa soprattutto in relazione all'effetto pratico che ne può derivare: «se si considerano con una certa attenzione le varie componenti della tradizione culturale delle professioni intellettuali, non si può non riconoscere che, nel processo di elaborazione del modello, esse non rispettano affatto i confini disciplinari accademici, ed anzi apprezzano il florilegio, l'antologia, l'eclettismo; non badano alla coerenza logico-formale tipica del proprio universo di discorso, ma alla sostanza continuamente mutevole dei rapporti sociali reali; [...]

<sup>38</sup> Su questa linea interpretativa si sono mossi soprattutto M. SARFATTI LARSON, *The Rise of Professionalism*, California U.P. 1977 e R.L. ABEL *Toward a political economy of lawyers*, in «Wisconsin Law Review» 1981; *Why does the ABA promulgate Ethical rules?*, in «Texas Law Review» 1981.

esse ri-costruiscono l'ordine teorico-pratico di cui il gruppo professionale ha storicamente bisogno per affermarsi come tale, cioè un ordine professionale potenzialmente legittimo e possibilmente 'giusto' a seconda delle condizioni (sociali e istituzionali) date»<sup>39</sup>. Si tratta insomma di un 'messaggio' rivolto non (sol)tanto all'interno della professione, per orientarne i membri nell'esercizio della loro attività, ma all'esterno, verso gli utenti, per legittimare la professione come tale. Il 'credo' professionale, in quanto coagulo simbolico, serve a costituire e a conservare l'identità del gruppo, oltre che a fornire un mezzo elastico di adattamento alle sollecitazioni cui la professione è sottoposta nelle varie contingenze storico-sociali.

#### 6. *Avvocati e identità professionale*

Tutte le professioni che applicano un complesso insieme di conoscenze a problemi di grande rilievo per importanti gruppi sociali, pongono inevitabilmente dei dilemmi tra fiducia e sospetto, tra possibilità di devianza e necessità di controllo, che appaiono di difficile soluzione sia in senso pratico puntuale che teorico generale: la coppia antitetica controllo/fiducia non può non venire evocata di fronte al vero e proprio potere tecnico detenuto in esclusiva dall'esperto e alla conseguente difficoltà di valutarne la prestazione, dato che il risultato finale del suo impegno non sempre può fornire una chiara indicazione circa la qualità del lavoro svolto. Si pensi ad esempio alla difficoltà che ogni professionista, ma soprattutto l'avvocato, incontra nel giustificare alla clientela il compenso per la sua opera; nell'attività dell'avvocato c'è infatti molto lavoro che 'non si vede', e specie nel caso di consulenze stragiudiziali la quantificazione di esso può apparire infondata agli occhi del profano. In altri termini l'avvocato si trova spesso in una situazione analoga a quella descritta in un aneddoto su Pablo Picasso: una sera il pittore si trova in un ristorante e, in attesa della cena, schizza un disegno su un tovagliolo di carta; vedendolo, uno dei suoi commensali gli domanda se può averlo; Picasso gli risponde che avrebbe dovuto pagarlo, e a questi che, tra il sorpreso e l'indignato, gli fa notare come avesse impiegato non più di dieci minuti a tracciarlo, replica: «dieci minuti, e una vita».

È comunque innegabile che la sicurezza della dedizione e della competenza risultino cruciali per il cliente non meno che per la co-

<sup>39</sup> V. OLGIAI, *op. cit.*, p. 890. V. anche A. FEBBRAJO, *Struttura e funzioni delle deontologie professionali*, in W. TOUSIJN (ed.), *Le libere professioni in Italia*, Bologna 1987, pp. 55-84.

munità in senso lato, poiché le prestazioni del professionista rivestono una notevole importanza rispetto a valori sociali talvolta fondamentali. Inoltre, la fiducia riposta nell'esperto è per lui stesso condizione indispensabile allo svolgimento della sua attività: il presupposto della fiducia è l'unico mezzo che l'avvocato, o il medico, ha per poter accedere all'informazione su quelle azioni o intenzioni private che a loro volta costituiscono il necessario presupposto del suo agire.

I conflitti tra obblighi privati e responsabilità pubbliche, che sono inerenti a tutte le attività professionali e da cui hanno origine le istituzioni deontologiche, divengono particolarmente delicati nel caso della professione legale; per gli avvocati, la trama dei doveri professionali è infatti complicata da fattori connessi al loro ruolo di operatori giuridici, che li colloca in una posizione interstiziale tra l'ordinamento e i cittadini-clienti<sup>40</sup>. In primo luogo, la relazione tra l'avvocato e il suo cliente è fiduciaria in modo specialmente marcato: oltre a consigliare e a preparare atti e documenti, il professionista agisce assumendo impegni vincolanti per l'assistito; inoltre acquisisce spesso informazioni confidenziali a un livello difficilmente riscontrabile in altre professioni. Sono tutte circostanze che spingono a enfatizzare notevolmente la lealtà dell'avvocato verso il cliente. In secondo luogo, l'attività del legale possiede la caratteristica del tutto peculiare di svolgersi sempre nel contesto di un conflitto in atto, o almeno potenziale: l'assistito è una *parte* i cui interessi si contrappongono a quelli degli altri. Anche se gran parte del lavoro degli avvocati moderni (almeno di quelli meglio inseriti professionalmente) è in realtà

<sup>40</sup> In questo suo mediare tra il mondo reale del cliente e il mondo formale del diritto, l'avvocato sembra assumere delle caratteristiche che agli occhi di un antropologo potrebbero ricordare alcuni tratti della figura dello sciamano: nelle società arcaiche o tradizionali, il rappresentante e l'intercessore della comunità presso le divinità; un soggetto capace di appartenere contemporaneamente al mondo degli uomini e al mondo degli dei. Così anche l'avvocato, il quale fa da tramite tra lo spazio normale, reale e quotidiano, e lo spazio 'sacro' – nell'originale significato etimologico di *separato* – dove si officiano quei riti e misteri che grande importanza possono rivestire per i profani.

L'immagine della giustizia come tempio e dell'avvocato come intermediario ammesso al culto è forse abusata, ma possiede tuttavia una forza che va oltre la mera rappresentazione metaforica: si pensi a quel suo spostarsi continuo e quotidiano tra i diversi templi (le aule giudiziarie) e la bottega (lo studio) dove conserva gli strumenti di comunicazione con la 'divinità'; al suo vivere in una sorta di 'mondo di mezzo' frapposto tra il mondo sacro e il mondo profano – ai quali entrambi egli appartiene, senza appartenere integralmente a nessuno dei due – in una posizione di fatto ambigua, che può renderlo invisibile sia ai sacerdoti sia ai profani, come non di rado accade.



dedicata non tanto direttamente alle liti quanto al raggiungimento di accordi extra-giudiziali che assicurino forme vantaggiose di cooperazione e di composizione, tuttavia la prospettiva del conflitto e della difesa 'attiva' del cliente rimangono sempre incombenti. La lealtà del difensore e la sua partigianità nella lite si rinforzano l'un l'altra, e sono entrambe in conflitto con le obbligazioni del professionista che trascendono lo stretto rapporto avvocato-cliente: sia in quanto professionista (obblighi verso colleghi, verso terzi, verso l'ordinamento); sia (ancora di più) in quanto 'uomo'. Questa tensione è più forte e presente nell'attività dell'avvocato che non in quella del medico o dell'ingegnere, ad esempio, e coinvolge degli 'interessi' pubblici (anche morali) più facilmente vulnerabili. Il comportamento del professionista legale è infatti di vitale importanza per il funzionamento delle istituzioni giudiziarie; il conseguente problema del delicato bilanciamento tra mandati da adempiere e obblighi da rispettare, di solito non viene risolto moltiplicando i controlli pubblici diretti, ma in parte delegandone la soluzione all'autoregolazione deontologica, in parte lasciando all'esito del confronto diretto processuale il compito di far emergere gli elementi realmente utili alla decisione del caso che erano nascosti tra le opposte raffigurazioni di esso. Mentre il singolo avvocato arriverebbe di solito a produrre soltanto il diritto 'possibile' per il suo cliente, la coppia contrastante di difensori, con il suo confronto dialettico, avrebbe una maggiore probabilità di condurre verso il diritto 'migliore possibile' per la circostanza, senza rischi istituzionali.

Quella legale appare dunque come una professione costretta a vivere della tensione tra le medesime forze che, attraendola eccessivamente, possono annientarla: in una mera attività affaristico-commerciale, da un lato; in uno dei tanti 'servizi pubblici', dall'altro. Per le nostre società – si pensi, appunto, al caso americano – è sicuramente più forte il primo tipo di tentazione; e la conseguente trasformazione della *profession* in *business*. Ma in entrambi i casi, la perdita dell'interfaccia professionale attraverso cui transitano le comunicazioni tra struttura giuridica e sistema sociale, sarebbe in grado di determinare delle distorsioni gravi e difficilmente reversibili: nell'ipotesi della 'privatizzazione', ingenerando negli acquirenti (ormai non più 'clienti') della prestazione di assistenza tecnica un atteggiamento prevalentemente competitivo-elusivo nei confronti dell'ordinamento; nell'ipotesi della 'pubblicizzazione' integrale, trasformando in un monologo basato su di una ininfluenzabile nozione sostanzialistica di 'giustizia' il necessario dialogo tra società e istituzioni.

Per resistere a simili tensioni una professione dovrebbe possedere una struttura solida e omogenea, dotata di coesione al suo interno e perciò capace di presentarsi compatta verso l'esterno; il che si ri-

scontra sempre meno nel caso della professione legale. Senza arrivare alle differenziazioni estreme e alle rigide stratificazioni che si possono riscontrare, ad esempio, in un contesto professionale come quello statunitense, è innegabile tuttavia che anche in Italia esista una distanza difficilmente colmabile tra lo *status* professionale dell'avvocato che si occupa prevalentemente d'infortunistica stradale e quello del legale della grande industria. Forse in nessun'altra professione la qualità della clientela è una causa così forte di separazione. La spartizione di fatto del 'mercato' tra gli avvocati, in termini di condizioni economiche degli assistiti, è determinata poi dagli stessi clienti, specie da quelli 'importanti', per i quali l'insieme delle capacità extra-tecniche dell'avvocato cui decidono di rivolgersi è spesso assai più importante della sua competenza tecnica in senso stretto: nonostante gli strumenti giuridici rimangano grosso modo gli stessi, negoziare con un funzionario governativo o una grande impresa può risultare all'atto pratico molto diverso dal trattare con un'amministrazione locale o una piccola azienda.

Inoltre i clienti, rispetto ad esempio ai pazienti di un medico, non solo hanno un interesse più forte a influenzare l'attività dell'avvocato, ma si trovano anche in una posizione decisamente migliore per farlo: la loro salute non è in gioco; la loro cultura, specie nel caso di un'elevata posizione sociale, è spesso superiore alla media, e la loro stessa competenza professionale è frequentemente omogenea alla materia del problema in questione. I clienti 'organizzati' poi – come un'impresa industriale o un'azienda di credito – possiedono normalmente un proprio *staff* di esperti capaci di valutare la prestazione del legale, e di fatto sono quindi in grado di esercitare un ancora maggiore potere di controllo e d'influenza sull'avvocato.

I differenti segmenti del corpo professionale appaiono dunque esposti al condizionamento, più o meno marcato, dei diversi gruppi di clientela, che li attraggono inevitabilmente verso i loro interessi e valori; ne consegue una divisione in termini di distinti ambienti sociali che viene spesso sottolineata da forti diseguglianze di reddito e di stima professionale. Questa stratificazione interna alla professione, unita alla divergenza degli ordinamenti professionali, è uno degli elementi che più sottopongono a forte tensione la solidarietà dell'avvocatura. Anche così s'indebolisce l'identificazione con la professione come gruppo, e si limitano fortemente le possibilità di quell'autocontrollo che dovrebbe essere esercitato in accordo al modello teorico di autonomia professionale; in particolare, tende a divenire labile l'impegno morale verso quei doveri che trascendono l'immediato rapporto avvocato-cliente: doveri verso i colleghi, i magistrati, se non verso l'ordinamento complessivamente considerato. Se si pensa che le

regole deontologiche, più che norme munite di sanzione, sono un sistema di fatti-valore che si sostanzia nell'occasione irripetibile della singola *performance* professionale, è possibile intuire come gli influssi provenienti dai diversi ambiti clientelari possano giungere a minacciare gli stessi *standards* etici di base<sup>41</sup>. Contro il consolidarsi di una forte identità professionale vanno infatti il coinvolgimento continuo – e potremmo dire ‘alienante’ – degli avvocati con soggetti clientelari diversi, portatori di interessi e di valori confliggenti, e il fenomeno sempre più diffuso della specializzazione: come la figura del medico generico sembra destinata all'estinzione, e già oggi appare spesso ridotta al rango di tramite tra il paziente e lo specialista, così l'avvocato generalista cede il passo al tributarista, al lavorista, all'amministrativista; tutte figure notevolmente distanti tra loro, che stanno frantumando il nucleo originario dell'avvocatura in una complessa galassia inevitabilmente dotata di una debole solidarietà e capacità d'identificazione con il gruppo professionale e i suoi ‘ideali’.

Vi è poi da dire che la natura stessa delle competenze dell'operatore giuridico influisce notevolmente, e per lo più negativamente, sull'immagine di autonomia professionale: l'avvocato infatti – a differenza del medico, o dell'ingegnere – non applica le sue conoscenze a leggi e fatti indipendenti dalle azioni e dalle intenzioni umane. Il suo campo di attività sono norme prescrittive di regolarità di comportamenti individuali e collettivi, per loro natura soggette a mutamenti di contenuto; e regole per l'applicazione di quelle norme, la cui effettività è spesso vincolata alle circostanze concrete. Considerato in confronto con la conoscenza scientifica o con una dottrina religiosa, il diritto appare notevolmente più debole quanto a punti di riferimento: in caso di dubbio o di contraddizione non può infatti fare affidamento su quell'appiglio sicuro che offrono una consolidata disciplina scientifica o un immutabile dogma religioso. Inoltre, gran parte delle capacità di un avvocato non sono direttamente riconducibili alla sua competenza tecnica, o comunque hanno con questa legami assai tenui. Si pensi all'attività fuori dal tribunale: nel negoziare e nel mediare, nello stendere un contratto, entra sempre in gioco una notevole quantità di esperienza delle ‘cose del mondo’ che non è certo specificamente legale, ma che per un avvocato ha un'importanza almeno pari a quella delle sue conoscenze tecniche in senso stretto. La descrizione latina

<sup>41</sup> Non vi è alcuna finalità risarcitoria o restitutiva nelle sanzioni disciplinari per violazioni deontologiche: la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere lo stesso procedimento disciplinare uno strumento di ‘ricordo’ e di ‘esemplificazione’. La Cassazione ha affermato che il principio di legalità non si applica in materia (Cass. 25.5.1976, n. 1882).

del difensore come *vir bonus, dicendi peritus* significava probabilmente questo: che l'avvocato doveva sì essere un tecnico, ma soprattutto un *uomo*. È evidente che il modello teorico della professionalità non può adattarsi completamente a simili capacità, le quali non sono riferibili ad alcuna conoscenza sistematica, e alle quali le società moderne, pur servendosene, non sono in genere propense ad attribuire la stessa importanza, o lo stesso significato morale, che spontaneamente danno alle competenze tecniche 'vere e proprie'.

Un'ultima notazione intorno alle scomode peculiarità della professione legale: un medico, un architetto, un commercialista, una volta contattati dal cliente non avranno che da rendere conto a questi della qualità della loro prestazione, e da questi saranno giudicati; a meno di un intervento dell'ordinamento determinato dal coinvolgimento di interessi pubblici nella loro attività. La concorrenza, nei contesti professionali cui essi appartengono, è per così dire a monte, indiretta. Un avvocato invece – salvo il caso in cui si dedichi esclusivamente alla consulenza extra-giudiziale – dovrà non solo superare gli stessi tipi di controllo sulla qualità del suo prodotto, ma avrà sempre da confrontarsi *direttamente* con un collega, arbitro un terzo: il giudice. Ciò fa sì che il contesto della professione legale sia profondamente condizionato dal continuo ripetersi di una serie di gare a eliminazione diretta; il che non favorisce certo la coltivazione dei valori della 'colleganza', e determina anzi il permanere di un malcelato *stress* professionale e personale.

Si comprende come tutto ciò possa andare a discapito della coesione all'interno della struttura professionale, con la conseguenza del diffondersi di un certo lassismo deontologico che non può non riverberarsi negativamente sull'immagine offerta all'esterno dalla professione<sup>42</sup>. Si pensi ad esempio al modo di rapportarsi di avvocati e magistrati: non è difficile cogliere nei primi una specie di senso d'inferiorità, e nei secondi una buona dose di supponenza, probabilmente riconducibili proprio alla diversa 'solidità' delle rispettive immagini professionali. Accade così che dei soggetti i quali dovrebbero istituzionalmente collaborare in vista di un fine comune, si trasformino in diffidenti controparti capaci di giungere talvolta fino a intralciarsi gratuitamente.

Il manifestarsi di simili patologie comportamentali radicalmente in conflitto con la *ratio* della collaborazione a fini di giustizia, nonostante a ogni deontologia, sarebbe forse prevenibile attraverso l'adozione di un canale comune di formazione e di reclutamento per av-

<sup>42</sup> Si veda in proposito G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 1/1982, pp. 207 ss.

vocati e magistrati, come avviene ad esempio in Germania: la qualità dell'educazione ricevuta fa sì infatti che l'*Anwalt* e il giudice tedeschi siano figure largamente omogenee sul piano dei valori professionali, per entrambi improntati prevalentemente su un'etica da 'pubblico servizio'. Ma se ciò non costituisce un problema per un magistrato, non altrettanto può dirsi per un avvocato, per il quale l'enfatizzazione della lealtà verso l'ordinamento può determinare un affievolirsi dei doveri di assistenza verso il cliente, fino a giustificare l'assunzione di atteggiamenti e decisioni deontologicamente almeno discutibili: si pensi che l'etica professionale tedesca giunge a consigliare all'avvocato che viene a conoscenza della colpevolezza del suo cliente dopo averne accettato la difesa, di rinunciare con qualche pretesto al mandato. È come se la figura professionalmente più forte – nonostante tutto, anche qui evidentemente quella del giudice – 'contaminasse' quella più debole. Forse è allora migliore la soluzione adottata nei paesi di *common law*, dove la magistratura si presenta come il coronamento di una *successful* carriera forense.

Dal punto di vista storico, i precedenti dei modelli solidaristici vanno in gran parte ricercati nei vari tentativi, più o meno riusciti, di dare una soluzione radicalmente alternativa al problema del controllo sull'attività professionale attraverso l'istituzione di organismi 'pubblici', formati da esperti, che svolgono essi stessi la funzione del professionista, oppure si frappongono in diverse forme nel rapporto tra questi e il cliente. Qualunque sia, o sia stata, la natura di queste burocrazie, là dove esistono sono sempre orientate verso fini diversi da quelli normalmente perseguiti nella relazione cliente-professionista: la loro attività è infatti rivolta al perseguimento 'disinteressato' di un bene comune 'superiore'. Il sistema del controllo pubblico burocratizzato dell'attività professionale è stato significativamente adottato tanto nell'Italia fascista e nella Germania nazista, quanto nella Russia comunista<sup>43</sup>; si tratta dell'esasperazione della tendenza, diffusa nell'Europa continentale, a far rientrare e assorbire le professioni classiche nel contesto di un'immagine di pubblico servizio, che non è mai stata abbandonata del tutto neppure durante i periodi più liberali. Se è evidente che un simile tipo di regolamentazione, una volta realizzato integralmente, rappresenta il classico rimedio peggiore del male, bisogna comunque dire che i due modelli del controllo pubblico e dell'autonomia professionale non sono mai esistiti allo stato puro e in forma indipendente, ma sempre in un rapporto, più o meno

<sup>43</sup> Si veda in proposito l'ancora ottimo studio di N.S. TIMASHEFF su *Business and the Professions in Liberal, Fascist and Communist Society*, in «American Journal of Sociology», n. 45/1940.

accentuato, di relativa prevalenza: ad esempio, sul versante opposto continuano a collocarsi ordinamenti professionali come quello inglese e quello americano, i quali esprimono un netto predominio del valore-autonomia in accordo con una storica diffidenza culturale verso l'invadenza della sfera pubblica nei rapporti privati.

Appare innegabile che la professione legale privata possa svilupparsi appieno solamente in quelle società dove il ruolo regolativo pubblico si manifesta soprattutto in forma indiretta; dove la *routine* amministrativa, compresa quella della giustizia, è nettamente differenziata dalla dimensione politica più immediata; dove l'integrazione sociale è perseguita prevalentemente attraverso un'economia di mercato, associazioni autonome e volontarie, e in generale per mezzo di relazioni di tipo contrattualistico. Soltanto la libertà contrattuale all'interno di ampi limiti ordinamentali, e l'istituzionalizzazione di modi formali e impersonali di risoluzione delle controversie validi per una grande varietà di dispute, possono generare un'elevata domanda di consulenze legali; solo in presenza di queste condizioni la lealtà di parte dell'avvocato verso il cliente ha un alto grado di probabilità di venire accettata, in quanto il conflitto tra soggetti autonomi tende ad essere ritenuto una fase legittima e normale della vita sociale, un evento più fisiologico che patologico<sup>44</sup>.

Del tutto diversa, ovviamente, è la situazione nel contesto di una società pre-moderna o tradizionale, dove i valori sociali vincolano l'esistenza di diritti e doveri al mero fatto della nascita e appartenenza alla comunità; o addirittura dove non vi è distinzione tra 'legge' e morale del gruppo. Alla forza e alla vincolatività dei legami intra-comunitari, basati su caratteristiche etniche, religiose, linguistiche, si contrappongono il sospetto e la labilità dell'idea di dovere nei contatti 'formalizzati', specie se con l'esterno. Un ordinamento moderno verrebbe senz'altro percepito da questo tipo di cultura come un sistema alieno imposto da lontane autorità. L'immagine angosciata della 'giustizia' che Kafka ci trasmette nel *Processo* affonda probabilmente le sue radici in esperienze pre-moderne di questo genere, dove l'uso dell'apparato legale assume un significato notevolmente diverso dall'attuale: è ancora soprattutto un'arma da usare contro il 'nemico', e non uno strumento di risoluzione di controversie.

Si comprende come in queste situazioni il ruolo del difensore possa

<sup>44</sup> Là dove esiste contaminazione tra diritto e morale sociale 'ufficiale', dove una nozione sostanzialistica di giustizia prevale sistematicamente su quella formale, la figura dell'avvocato si trova ridotta inevitabilmente a una grottesca ombra di se stessa: nelle società dove una sola cosa può essere detta non vi è infatti spazio per le professioni della parola, quale tipicamente quella legale.

diventare precario e rischioso: l'avvocato si trova a fare da intermediario non tanto tra diverse pretese legali, quanto tra ranghi e posizioni sociali confliggenti, ed è fortemente soggetto alle contrastanti aspettative dei suoi 'assistiti'. In simili situazioni è poi particolarmente difficile riuscire a far passare come normale l'idea della lealtà di parte del consigliere legale; si è visto infatti che l'accettazione della partigianità del difensore implica un delicato equilibrio tra l'impegno in cause diverse e successive, la lealtà verso l'amministrazione della giustizia e il rispetto dell'ordinamento giuridico. Solo quando questi doveri vengono specificati e delimitati in termini di principi generali che regolano i vari rapporti del consulente, prescindendo dalle caratteristiche delle persone e dei gruppi implicati, è possibile rendere praticabile quella trama di lealtà apparentemente contrastanti. Tutto ciò implica necessariamente la messa in crisi di buona parte dei criteri morali e culturali tipici di una società tradizionale: in particolare, l'abbandono della tendenza a definire la giustizia in termini sostanziali, piuttosto che procedurali e formali. Non è un caso che durante la Riforma protestante – per molti aspetti un tentativo di restaurazione di valori in senso lato 'medievali' – sorgesse la questione se un buon cristiano potesse fare l'avvocato.

Una società moderna, a differenza di una tradizionale, non è dotata di una univoca morale sociale, ma di differenti scale di valori spesso confliggenti, espresse da gruppi o da individui con interessi potenzialmente o attualmente competitivi; con i quali deve continuamente confrontarsi attraverso strumenti di mediazione, se vuole sopravvivere istituzionalmente. È chiaro che il processo d'integrazione sociale, e la stessa professione legale, si vengono a trovare in una situazione estremamente precaria se gli interessi contrastanti si saldano con delle contrastanti concezioni di giustizia, espressi da gruppi capaci di causare delle profonde lacerazioni nel modello istituzionale globale. Secondo Max Weber, una società moderna ha un solo mezzo per evitare di correre un simile rischio: lo sviluppo di un metodo formale – 'razionale-legale' – di legittimazione. I valori e i fini sociali vengono, per così dire, relegati sullo sfondo, mentre emerge in primo piano il consenso intorno a regole formali in grado di applicarsi ai contenuti di qualsivoglia sistema di valori<sup>45</sup>. Non si deve però credere che il metodo di legittimazione formale non abbia anche delle implicazioni sostanziali per la società alla quale si applica: da un lato, la scelta del metodo non può considerarsi svincolata dagli ideali di giustizia e di ordine che con esso si vogliono perseguire; dall'altro, e

<sup>45</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e Società*, cit., vol. I, pp. 200 ss.

in modo più sottile, ciò che s'intende per 'giustizia' e 'ordine' può talvolta entrare in contrasto con i metodi che si è accettato di usare per realizzarlo. Queste tensioni possono giungere a proiettare l'ombra del dubbio e della diffidenza soprattutto su coloro cui ci si rivolge per ottenere giustizia sostanziale, e che devono muoversi con metodi formali: i professionisti legali.



## *Deontologia e ruolo sociale del giurista*

di Stefania Pellegrini

Trattando di deontologia professionale ci si vuole riferire alla concezione che la intende come «insieme di doveri inerenti ad una determinata classe o ceto professionale».

L'accresciuta complessità del sistema professionale e, conseguentemente, della conoscenza intorno ad esso, ha determinato una sempre maggiore «specializzazione funzionale del lavoro» tant'è che oggi si assiste ad una «iperspecializzazione» nei diversi settori della cultura da parte di un apparato di professionisti che si pone come tramite tra essa e i cittadini, accrescendo in modo esponenziale la loro «responsabilità» legata al ruolo che ricoprono.

A questo quadro socio-culturale va aggiunto che la crisi del Welfare, assieme agli scandali circa le commistioni dei partiti con la corruzione e la criminalità, ha generato un indebolimento della fiducia nello stato e nelle leggi, ed una conseguente perdita, da parte del ceto politico, del suo ruolo di classe dirigente, punto di riferimento per l'intera società.

Date queste premesse, il deficit di moralità dello Stato sembra poter essere colmato dalla riscoperta e valorizzazione del «senso di responsabilità» collettiva dei ceti che detengono il potere della conoscenza, della tecnologia, della cultura ossia la comunità delle professioni, degli affari, della scienza, della stessa pubblica amministrazione quei ceti che si definiscono agenti delle società industriali avanzate e post-industriali, i quali detengono competenze e autorità, e per esercitarle in modo legittimo devono dare garanzie di autocontrollo responsabile, tramite l'autoregolazione etica, all'intera collettività nazionale.

Entrando nello specifico della deontologia del giurista, non possiamo non riferirci al delicatissimo momento storico che vede il diffondersi di un atteggiamento di insoddisfazione e di sfiducia nei confronti dei professionisti del diritto, in particolare di avvocati e magistrati. Un approccio socio giuridico al problema prevede di considerare il ruolo sociale che questi rivestono e delle responsabilità e doveri che da questo derivano.

Per recuperare fiducia in queste figure è necessario rivalutarne l'importante ruolo sociale che li considera al servizio del cittadino che richiede tutela dei propri diritti e dei propri interessi.

Sofferarsi sul concetto di ruolo sociale significa utilizzare una prospettiva che considera i professionisti «come punti di convergenza e irradiazione di norme e aspettative sociali»<sup>1</sup>. L'assunzione di un ruolo, infatti comporta il fatto di rivestire una specifica posizione cui è affidato uno specifico compito. Pertanto in una società i ruoli, oltre ad essere persone, sono azioni e parole prescritte, sono norme e prescrizioni di comportamento che si applicano a determinate categorie di persone secondo criteri dettati da parametri sociali.

A tal proposito ci si riferisce alla cd. «differenziazione di ruolo» che è una esigenza morfologica della società evoluta che sente la necessità di associare a individui o a posizioni particolari aspettative diverse.

Colui che riveste un ruolo deve quindi rispondere a specifiche aspettative che Dahrendorf distingue in «aspettative vincolanti» (*Muss-Erwartungen*), che il soggetto può trascurare solo rischiando sanzioni giuridiche, «aspettative morali» (*Soll-Erwartungen*) che hanno efficacia costrittiva pari alle prime, ma prevedono come sanzione rafforzativa una sanzione sociale, e «aspettative facoltative» (*Kann-Erwartungen*) che, nel caso vengano soddisfatte, comportano sanzioni positive sociali ben più rilevanti<sup>2</sup>.

Come noto, il concetto di «aspettativa» è uno dei punti nevralgici della teoria luhmanniana che, proprio dalle aspettative sociali normative, che vengono mantenute ferme nonostante la delusione, fa scaturire il diritto. «L'adattamento tra gli uomini avviene non solo attraverso l'apprendimento di aspettative di comportamento, ma attraverso l'apprendimento di aspettative e viene condotto dal punto di vista psichico e sociale su questo livello più astratto»<sup>3</sup>. Luhmann considera questo livello astratto di conduzione del rapporto, denominato «aspettativa di aspettativa», necessario «per qualsiasi comportamento che riguardi gli uomini in quanto tali: per mantenere gli ordinamenti così come per distruggerli, per la cooperazione così come per il conflitto»<sup>4</sup>. Anche per il sociologo tedesco alla separazione tra aspetta-

<sup>1</sup> V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 130.

<sup>2</sup> Al rispetto delle aspettative morali Dahrendorf fa corrispondere la simpatia dei consociati e al rispetto delle aspettative facoltative la stima della collettività. Cfr. R. DAHRENDORF, *Homo sociologicus*, Armando, Roma 1966, pp. 57 ss.

<sup>3</sup> LUHMANN, *Le norme nella prospettiva psicologica*, in A. GIASANTI, V. POCAR (a cura di), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano 1981, p. 57.

<sup>4</sup> N. LUHMANN, *Le norme nella prospettiva psicologica*, cit., p. 58.

tive si collega una specializzazione funzionale di sistemi e di processi e, quindi, a determinate aspettative corrispondono determinati ruoli. In realtà Luhmann riconosce che solo a tutela delle aspettative normative vengono creati dei ruoli speciali: i giudici che, in caso di delusione, devono «integrare nella società il mantenimento e il perseguimento di aspettative deluse con le possibilità di consenso»<sup>5</sup>, mentre non individua una corrispondente distinzione di ruoli per quanto riguarda le aspettative cognitive<sup>6</sup>.

A questo punto pare naturale sostenere che rivestire un ruolo significa anche essere responsabili per il buon soddisfacimento delle aspettative che gli altri nutrono verso il ruolo stesso. Il soggetto è, e viene considerato, responsabile per le azioni che vengono ascritte al ruolo che riveste. Si introduce così il concetto di «responsabilità di ruolo» che si riferisce al fatto che «ogniqualevolta qualcuno occupa un posto [...] in un'organizzazione sociale, al quale sono connessi doveri specifici di provvedere al benessere altrui o di contribuire in qualche modo specifico ai fini e scopi dell'organizzazione, si dice correttamente che questi è responsabile del compimento di questi doveri, o del fare ciò che è necessario per adempierli»<sup>7</sup>.

Agire responsabilmente vuol dire agire tenendo ben presenti le conseguenze prevedibili del proprio agire. Si sta facendo naturalmente riferimento alla teoria weberiana della responsabilità che affida integralmente alla coscienza individuale la scelta tra due comportamenti etici: quello della convinzione (*Gesinnungsethik*) e quello della responsabilità (*Verantwortungsethik*). L'agire dell'uomo «autentico» è quello che riesce a bilanciare sapientemente l'atteggiamento incalzato dalla cd. «fiamma del puro principio» e la consapevolezza che dovrà rispondere delle conseguenze prevedibili del proprio agire<sup>8</sup>. È l'agire sociale che spinge l'individuo ad un atteggiamento orientato in vista dell'atteggiamento degli altri individui, è in questo che si ravvisa una compensazione tra l'essere individuale e l'essere sociale: tra l'agire stimolato da un sentire individuale e un agire provocato da un aspettativa sociale, tra la responsabilità individuale e la responsabilità sociale. Ma qual'è il nesso tra le due responsabilità? Hans Jonas propone una diversificazione estremamente interessante tra responsabi-

<sup>5</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, pp. 64-5.

<sup>6</sup> Tale squilibrio viene motivato dalla considerazione che l'apprendimento derivante da delusioni è psicologicamente difficile da realizzare e, di conseguenza, si preferiscono le aspettative normative che permettono di ridurre la delusione.

<sup>7</sup> H.L.A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, tr. it. di M. Jori, Ed. Comunità, Milano 1981, p. 241.

<sup>8</sup> M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, Ed. di Comunità, Torino 2001, p. 111, p. 103.

lità naturale e responsabilità contrattuale. «L'una è propria di ognuno, l'altra è riservata agli individui eccezionali»<sup>9</sup>. La responsabilità stabilita per natura comporta che il «semplice essere di qualcuno faccia nascere in qualcun altro un *dovere*»<sup>10</sup>. Basti pensare al rapporto genitore/figlio: l'essere figlio di qualcuno comporta il dovere del genitore di prendersene cura. Tale responsabilità è «irrevocabile, non negoziabile e globale»<sup>11</sup> ed ha origine nella causalità diretta del rapporto che sta a monte.

La responsabilità contrattuale, invece, «viene istituita “artificialmente”, mediante l'assegnazione e l'accettazione di un incarico [...] ed è delimitata dal compito quanto al contenuto e alla durata»<sup>12</sup>. L'intesa che ne sta alla base determina la sua forza vincolante, ma, al contempo, l'assunzione spontanea che la genera comporta la possibilità di recessione.

Ora, c'è da chiedersi a quale responsabilità debba rispondere il professionista, giudice o avvocato, e se la sua responsabilità e il conseguente agire etico del professionista debbano fare riferimento alla responsabilità comune, in quanto individuo, o alla responsabilità di ruolo in quanto professionista.

La professione è una «occupazione in senso forte»<sup>13</sup> in quanto si impadronisce della persona stessa. Il lavoro professionale porta a scambiare la propria vita con un ruolo, dato che «nessun lavoratore “è ciò che fa”, quanto il professionista»<sup>14</sup>.

Interessante a questo proposito è la concezione luterana «che mette sullo stesso piano la vocazione dell'uomo di Chiesa con quella di ogni onesto lavoratore [...]. Da Lutero in poi, in tedesco i concetti di missione, di vocazione e di professione sono espressi dallo stesso termine *Beruf*, derivato dal verbo *rufen*, che significa appunto ‘chiamare’»<sup>15</sup>. È lo stesso Weber che riferendosi alla politica come professione utilizzerà il principio di «vocazione per la politica»<sup>16</sup>.

Ed allora, avvocati e magistrati svolgono semplicemente un lavoro o rispondono ad una vocazione? Risulta decisamente difficile riuscire

<sup>9</sup> H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 2002, p. 123.

<sup>10</sup> G. COSÌ, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Giappichelli, Torino 1998, p. 63.

<sup>11</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 120.

<sup>12</sup> H. JOANS, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>13</sup> G. COSÌ, *op. cit.*, p. 124.

<sup>14</sup> G. COSÌ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>15</sup> L. BACCELLI, *Lavoro*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 151.

<sup>16</sup> M. WEBER, *op. cit.*, p. 111.

a conciliare il concetto di ruolo sociale, che indiscutibilmente riveste il professionista e quello della vocazione che si riferisce normalmente a persone e non a ruoli<sup>17</sup>. Persona o professionista, oppure persona e professionista?

A questo quesito Thomas Nagel risponde proponendo la cd. «divisione morale del lavoro» che sostiene una netta separazione tra le due etiche, con la conseguenza che comportamenti inaccettabili dal punto di vista della morale comune diventano giustificabili in base all'esistenza di ruoli che giustificano gli eccessi<sup>18</sup>. Per la nostra prospettiva, questa amoralità dei ruoli sociali risulta di difficile accettazione proprio perché è discutibile separare la «persona professionista» dal «ruolo professionista». La professione costringe l'individuo a scambiare la propria vita con un ruolo; il professionista «è ciò che fa». La sua occupazione non è solo un mezzo per vivere, ma la sua stessa vita.

I professionisti che agiscono nel sistema giustizia sono coinvolti appieno nelle questioni sovraespresse. Magistrati e avvocati svolgono ruoli funzionali che devono rendere efficace la giustizia nella sua funzione biorganica di servizio reso alla collettività<sup>19</sup>. Difatti, chi ha potere sulla macchina ha anche la responsabilità di prendersi carico della sua efficienza e della sua efficacia<sup>20</sup>. Insieme, avvocati e magistrati devono poter giungere alla decisione *giusta*: l'avvocato traduce le istanze del cliente in pretese che, secondo rito, vengono presentate al magistrato il quale, verificatane la correttezza, emette un giudizio. Proprio la compartecipazione di attività tra magistratura e avvocatura rappresenta anche la ragione fondante la corresponsabilizzazione dei due ruoli.

L'avvocato riceve una comunicazione atecnica dal cliente il quale mette a disposizione del professionista gli elementi necessari per «intravedere una linea di verità da trasferire nel processo, mediante una scelta che è ampiamente discrezionale e sfugge al controllo del cliente»<sup>21</sup>. È evidente, quindi la rilevanza del ruolo dell'avvocato che, stando a monte della dialettica processuale, «si pone nel momento della giustizializzazione della posizione giuridica ritenuta lesa dal suo tito-

<sup>17</sup> G. COSI, *ibid.*

<sup>18</sup> T. NAGEL, *Questioni mortali*, EST, Milano 2001, p. 81.

<sup>19</sup> I. CACCIAVILLANI, «A difesa del cliente e quindi del diritto», *Etica per le professioni*, 2003, 1, p. 54.

<sup>20</sup> G. DE RITA, «La giustizia: da potere a istituzione», *Etica per le professioni*, 2003, 1, p. 12.

<sup>21</sup> A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Processo e verità*, Plus, Pisa 2005, p. 22.

lare»<sup>22</sup>. Il magistrato, dal canto suo, deve constatare la legge e, in via interpretativa, applicarla nella ricostruzione della fattispecie concreta, svolgendo un ragionamento che possa rappresentare la motivazione tecnico-formale della «verità» della sua decisione<sup>23</sup>. Il magistrato deve quindi argomentare motivando di essere giunto alla decisione *giusta*. Ma che cosa sono verità e giustizia della decisione in un processo? Purtroppo non possiamo qui soffermarci su una questione tanto affascinante quanto complessa, ma vale la pena, proprio al fine di ben determinare il ruolo dei nostri professionisti, limitarci a qualche osservazione sui concetti di «decisione giusta» e di «verità processuale».

Entrambi i principi sono strettamente collegati al cd. «processo di ritualizzazione della verità»<sup>24</sup> che si riferisce alla ricostruzione della verità processuale dei fatti, mediante la corretta conduzione del processo. Essendo la decisione il risultato del procedimento, ne consegue che «sarebbe giusta la decisione che deriva da un 'giusto processo'»<sup>25</sup>. Non è quindi sostenibile il concetto di giustizia *sostanziale* della decisione, mentre appare più opportuno parlare «di *giustizia procedurale* come unico criterio di valutazione»<sup>26</sup>.

A questo punto, è necessario scindere la «verità delle affermazioni» dalla «validità del procedimento», ma è pur vero che un processo giuridico «è legittimo e regolare anche se è semplicemente valido, senza che le asserzioni su cui si basa siano vere»<sup>27</sup>. Ne consegue che un rito processuale, come tutti i riti, è valido se ricostruisce una verità processuale secondo le regole e che quindi non si può parlare «di vero o falso, ma piuttosto di coerenza, adeguatezza, rilevanza e persino efficacia»<sup>28</sup>.

Alla decisione giunge il magistrato al fine di risolvere la controversia, ma il percorso che porta alla decisione viene tracciato anche dall'avvocato che, mediante il processo di elaborazione giurisprudenziale del diritto, svolge un ruolo importante nella formazione della verità processuale. «Il terreno dell'argomentazione per interpretare e applicare il diritto e per interpretare e valutare la prova del fatto è

<sup>22</sup> I. CACCIAVILLANI, *op. cit.*, p. 55.

<sup>23</sup> A. MARIANI MARINI, *op. cit.*, p. 24.

<sup>24</sup> E. RESTA, «Le verità e il processo», in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Processo e verità*, cit., p. 45.

<sup>25</sup> M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna 2002, p. 220.

<sup>26</sup> M. TARUFFO, *ibid.*

<sup>27</sup> A. CATTANI, *Verità e processo: verità processuale e processo di verificaione*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Processo e verità*, cit., p. 62.

<sup>28</sup> E. RESTA, *ibid.*

dunque lo spazio comune nel quale giudice e avvocato concorrono a ricostruire la verità nel processo»<sup>29</sup>.

L'avvocato è chiamato, nell'interesse del cliente, a forzare l'interpretazione corrente della norma e il giudice ha il compito di controllare che sia corretta tale interpretazione, come la sua applicazione al caso concreto. Ma a conclusione di un procedimento corretto, un giudice può commettere errori, sia nel giudizio di fatto, sia in quello di diritto, ed allora ci si chiede se la decisione possa considerarsi ingiusta pur essendo il risultato di un procedimento corretto<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda l'avvocato in particolare, ci pare opportuno adottare una posizione intermedia tra quella integrazionistica e quella conflittualistica riconoscendo che l'avvocato esercita una funzione di interesse pubblico ed è parte integrante del sistema-giustizia, in quanto, come organo intermedio tra il giudice ed il privato, deve conciliare l'interesse del cliente ad avere una sentenza favorevole e l'interesse pubblico ad avere una sentenza giusta<sup>31</sup>. Inoltre, nel momento in cui l'avvocato tratta questioni rilevanti per conto di clienti importanti e davanti alle più alte magistrature, «funge [...] da interfaccia non solo fra il mondo dei privati e l'arena pubblica, ma anche, sovente, fra istituzioni statali»<sup>32</sup>.

L'obiettivo che deve perseguire il legale è proprio «la ricerca della verità e quantomeno di approssimazione a una 'vera giustizia'»<sup>33</sup>.

Ci siamo già soffermati sul concetto di «verità processuale», ma è qui importante ricordare che la verità per l'avvocato «è il punto di approdo di una navigazione difficile, tra versioni parziali e spesso svianti, vincoli tecnici e processuali, responsabilità professionali e doveri etici, la cui rotta è segnata dall'adempimento di un mandato a difesa di interessi particolari all'interno di un ruolo complesso, fatto di privato e di pubblico, di necessaria parzialità ma anche di responsabilità sociale»<sup>34</sup>.

L'avvocato svolge la sua professione stretto da una doppia incombenza, apparentemente in costante contraddittorietà: da un lato è al servizio del proprio cliente, e questo comporta un inevitabile elemento di parzialità e partigianeria che lo porterebbe a privilegiare gli interessi del proprio cliente agli interessi di chi cliente non è, dall'altro lato la funzione sociale che svolge lo porta ad agire nell'espleta-

<sup>29</sup> A. MARIANI MARINI, *op. cit.*, p. 24.

<sup>30</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 225.

<sup>31</sup> P. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, in *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, p. 70.

<sup>32</sup> V. FERRARI, *Diritto e società*, cit., p. 141.

<sup>33</sup> G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, il Mulino, Bologna 2005, p. 17.

<sup>34</sup> A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, cit., p. 21.

mento di un modo di essere civile e sociale che va soddisfatto «attraverso la ricerca di una verità intrisa di diritti e di moralità»<sup>35</sup>.

Certo è che l'avvocato coscienzioso dovrebbe assicurare al proprio cliente il miglior risultato che sia possibile ottenere, nel rispetto delle disposizioni e nel limite della legge e, a tal fine, dovrebbe agire nel rispetto di responsabilità morali che gli permettano di evitare di perseguire la vittoria a qualsiasi costo e con qualunque mezzo, trasformando così il processo in una trama di reciproci inganni<sup>36</sup>.

L'art. 7 del codice di etica professionale giapponese recita che «un avvocato non dovrebbe disinteressarsi della scoperta della verità, mostrandosi eccessivamente interessato al risultato della controversia»<sup>37</sup>. Quindi, pur essendo vero che egli agisce nell'interesse del cliente, è pur vero che «se non utilizza argomenti buoni e condivisibili, non solo tradisce la sua funzione, ma non giova neppure agli interessi che deve difendere»<sup>38</sup>.

Entra qui in gioco una delle virtù/doveri professionali del legale: l'*indipendenza*. È dovere di ogni avvocato «essere indipendente da ogni interesse personale, da ogni intrigo, da ogni influenza esterna di ogni cliente per quanto importante, da ogni condizionamento»<sup>39</sup>. Essere veramente indipendente può comportare la possibilità di fornire una consulenza il cui contenuto potrebbe anche essere disatteso dal cliente, in quanto non accondiscenda ai desideri di quest'ultimo<sup>40</sup>. Questo comporta che la più alta forma di lealtà verso un cliente può consistere anche nel dargli un consiglio sgradito. Ed ecco che emerge la seconda virtù professionale dell'avvocato: la *lealtà*, che viene considerata «la stella polare cui devono ispirarsi tutti i suoi comportamenti»<sup>41</sup>, da quelli minimi di galateo a quelli più alti di onorabilità della condotta. La lealtà comporta il rispetto, e non solo la tolleranza, di tutti i soggetti coinvolti nel sistema giustizia e oltre: lealtà nei confronti delle persone e nei confronti delle istituzioni.

<sup>35</sup> A. MARIANI MARINI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>36</sup> A. MARIANI MARINI, *ibid.*

<sup>37</sup> Disposizione ripresa in G.C. HAZARD e A. DONDI, *op. cit.*, p. 99.

<sup>38</sup> A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Plus, Pisa 2005, p. 73.

<sup>39</sup> F. GRANDE STEVENS, *Deontologia e professionalità*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Vivarium, Napoli 2003, p. 258.

<sup>40</sup> G.C. HAZARD e A. DONDI ricordano le parole di E. ROOT, importante avvocato americano: «Circa la metà dell'attività di un avvocato affidabile consiste nel dire a potenziali clienti che sono dei maledetti cretini e che dovrebbero fermarsi», G.C. HAZARD, A. DONDI, *op. cit.*, p. 228.

<sup>41</sup> F. GRANDE STEVENS, *op. cit.*, p. 256.



Come emerge dalla maggioranza dei codici di etica professionale, l'avvocato deve essere, in senso ampio, un buon cittadino<sup>42</sup>, tant'è che «l'uso intelligente, onesto, di una buona tecnica fa il buon giurista, il galantuomo ed anche il buon cittadino»<sup>43</sup>. Il suo ruolo travalica gli interessi coinvolti nel rapporto professionale e gli impone di «valutare le conseguenze del suo agire pratico, anche nei confronti degli altri soggetti e della società»<sup>44</sup>. Il buon cittadino è quindi anche buon professionista e viceversa. I concetti di comportamento virtuoso, deontologico e professionalità sono quindi inseparabili<sup>45</sup>.

L'avvocato, come buon professionista e come buon cittadino, deve agire in ossequio del dovere di fedeltà al cliente, ma senza infrangere i doveri di solidarietà sociale e di rispetto dei diritti altrui e della collettività. Ma agire nel rispetto della legge e delle norme processuali non basta. Molto spesso, infatti, capita che un certo modo di interpretare le norme «le trasformi, da presidio di un processo giusto per le parti coinvolte, in trappole e insidie ad esclusivo vantaggio di interessi immeritevoli di protezione»<sup>46</sup>. La legge processuale infatti, regolando la sequenza delle scelte, ma non determinando direttamente e analiticamente il contenuto specifico di queste scelte, lascia ai soggetti coinvolti nel procedimento un ampio grado di discrezionalità nell'ambito del quale i soggetti effettuano le loro scelte<sup>47</sup>. Nel momento in cui lo strumento processuale viene sviato rispetto allo scopo proprio di tale strumento, si realizza un abuso processuale che Michele Taruffo ravvisa più come un «abuso della discrezionalità». Infatti gli strumenti processuali sono funzionalmente orientati rispetto a scopi previsti dalla legge, ma lo spazio di discrezionalità che viene riconosciuto alle parti comporta che ogni soggetto «può orientare l'esercizio concreto del potere di cui dispone verso scopi diversi»<sup>48</sup>, che possono anche essere impropri. In questa prospettiva «si può parlare di abuso del processo quando un'azione venga promossa non al fine di ottenere tutela di un diritto, ma per scopi diversi»<sup>49</sup>. Sergio Chiarloni sostiene che esiste un rapporto tra formalismo, nella accezione

<sup>42</sup> G.C. HAZARD e A. DONDI, *op. cit.*, p. 329.

<sup>43</sup> E. FAZZALARI, *Introduzione*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Vivarium, Napoli 2003, p. 227.

<sup>44</sup> A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, cit., p. 23.

<sup>45</sup> F. GRANDE STEVENS, *op. cit.*, p. 253.

<sup>46</sup> S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, cit., p. 70.

<sup>47</sup> M. TARUFFO, *Etica giudiziaria e abuso del processo*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, cit., p. 271.

<sup>48</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 272.

<sup>49</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 273.

«cattiva», e abuso del processo, in quanto «l'abuso del processo si attua per lo più attraverso un utilizzo «formalistico», nel senso di contrastante con i relativi scopi, di questo o di quello strumento processuale»<sup>50</sup>. In questo modo verrà stravolto il senso del processo che da mezzo diverrà fine in sé e di questa deformazione l'avvocato sarà il principale responsabile. Il difensore senza scrupoli non si porrà problemi ad iniziare una causa quando basterebbe la tutela monitoria o l'esercizio di una azione esecutiva. Costui frazionerà artificiosamente pretese pecuniarie al fine di instaurare una pluralità di procedimenti invece che uno solo, come frazionerà il titolo esecutivo per effettuare una pluralità di pignoramenti e moltiplicare gli interventi. Questo avvocato quindi impegnerà i suoi sforzi per cause che sono «ingiuste» o, ancor peggio, per cause che egli «sa» essere ingiuste<sup>51</sup>.

Infinite sarebbero le possibilità offerte dall'arte causidica «a chi voglia conseguire scopi impropri a danno dell'avversario o a danno dell'amministrazione della giustizia in generale»<sup>52</sup>, ma il nostro ordinamento non prevede alcun intervento sanzionatorio che possa efficacemente evitare o, almeno ridurre, questo uso improprio della giustizia. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, il nostro codice di procedura civile, pur prevedendo all'art. 96 la fattispecie di «responsabilità aggravata», addebita il risarcimento dei danni relativi alla parte e non al difensore, benché, nella maggior parte dei casi, è il difensore che, dopo una valutazione tecnica della fondatezza della domanda o della eccezione, suggerisce alla parte se agire o resistere<sup>53</sup>.

È ancora più sconcertante pensare che, secondo le norme deontologiche vigenti nel nostro paese, agire o resistere in giudizio nell'interesse del proprio cliente o su sua richiesta, nella consapevolezza che le domande e le difese avanzate siano del tutto infondate, non comporti alcuna violazione dei principi deontologici se non si mettono in atto comportamenti di per sé scorretti<sup>54</sup>. Si riscontra quindi uno scarto tra le norme deontologiche e il principio di legalità: si tratta di questioni completamente diverse<sup>55</sup>. È soprattutto in questi casi che è necessario rivalutare la vera natura del ruolo dell'avvocato e tornare a riscoprire la sua funzione pubblica, quella che gli confe-

<sup>50</sup> S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 71.

<sup>51</sup> G.C. HAZARD e A. DONDI, *op. cit.*, p. 99.

<sup>52</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 274.

<sup>53</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 275.

<sup>54</sup> S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 74.

<sup>55</sup> L. VIOLANTE, *I principi etici delle professioni legali in rapporto alla gerarchia dei valori della società nel complesso*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, cit., p. 405.

risce «l'immagine di collaboratore e di ausiliare della giustizia e non quella di mercenario, pronto ad anteporre la propria superbia e cupidigia, e quelle del suo cliente, all'imperio del diritto»<sup>56</sup>.

L'avvocato deve mettere la sua professionalità, la sua competenza, al servizio dell'intera società. Solo così potrà, mediante l'uso corretto dell'argomentazione, proponendo nuove interpretazioni che rivedono indirizzi consolidati, sollevando questioni di costituzionalità della norma, invocare la tutela di nuovi diritti o denunciare le illegalità del sistema.

L'avvocatura non ha una funzione ancillare, al contrario ricopre una posizione centrale nel sistema giustizia e nella società generalmente intesa. L'avvocato svolge un ruolo dinamico che, «se esercitato saggiamente può concorrere, a volte in modo decisivo, all'evoluzione del diritto giurisprudenziale e alla formazione del 'diritto vivente'»<sup>57</sup>. Il legale deve saper agire con audacia intellettuale ed asennatezza, utilizzando acume giuridico, esperienza e immaginazione creativa<sup>58</sup>. Operando in questo modo, si consentirà anche che si formi sull'avvocatura una reputazione professionale favorevole, il che comporterebbe che agire onestamente e professionalmente, oltre che permettere la realizzazione di principi etici alti, risulterebbe conveniente<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda il carattere professionale del magistrato, si tratta di professione radicalmente diversa da quella dell'avvocato, benché agente nello stesso contesto. Certamente si tratta di operatori che, riprendendo la classica distinzione hartiana, si pongono, rispetto alla norma, dal punto di vista interno<sup>60</sup>, usando la norma ed essendo ad essa soggetti, ma, mentre il primo non è portatore di alcun interesse legato all'esito della controversia, il secondo agisce in funzione di un interesse e in vista di un risultato prefissato.

Questa diversità del modo di porsi rispetto alla norma comporta, naturalmente, una profonda diversità di doveri professionali.

<sup>56</sup> F. HINESTROSA, *Etica e formalismo processuale*, in G. VISINTINI e S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, cit., p. 133.

<sup>57</sup> A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, cit., p. 74.

<sup>58</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2001, p. 145.

<sup>59</sup> F. GRANDE STEVENS, *op. cit.*, p. 260.

<sup>60</sup> Il punto di vista esterno è quello di colui che studia oggettivamente le norme giuridiche e i comportamenti verso queste norme, senza sentirsi vincolato dalle prime né coinvolto dai secondi. Da questa si distingue il punto di vista interno, cioè il «punto di vista di colui che accetta le norme in quanto componente del gruppo a cui le norme stesse si riferiscono e le usa come guida della propria condotta». H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1961, p. 106.

Niklas Luhmann ha sostenuto che, molto spesso, la formalizzazione della disputa davanti al giudice è tale da aumentare la complessità della relazione sociale conflittuale<sup>61</sup>. I conflitti hanno la funzione di rendere stabile un rapporto basandosi per l'appunto – e per paradosso – sulla propria instabilità. Già nel momento in cui il conflitto viene percepito iniziano gli sforzi per risolverlo mediante la sostituzione di aspettative incerte con aspettative problematiche, ma certe. Con l'intervento del giudice aumenta l'incertezza dell'aspettativa in quanto, allorché interviene un terzo, entrambe le parti devono fare i conti, oltre che con il comportamento della controparte, anche «con qualcos'altro, e pertanto non possono sapere con sicurezza neanche come l'avversario si atteggerà rispetto a questo terzo fattore»<sup>62</sup>. Luhmann considera i conflitti altamente problematici, e inoltre «straordinariamente instabili», «fintantoché un «Terzo» non interviene e porta al loro interno l'incertezza dell'aspettativa»<sup>63</sup>. Secondo questa teoria, la giurisdizione si esplica mediante un programma che indica condizioni limitative della soluzione dei problemi. Le norme giuridiche, quindi, nel momento in cui vengono utilizzate per formulare una decisione, subiscono quella che Luhmann definisce «condizionalizzazione»<sup>64</sup>, e l'attività decisionale in sé consiste nell'accertamento e nella selezione della connessione prevedibile, in base allo schema del «se...allora», tra fattispecie e conseguenza giuridica e quindi tra contingenza del comportamento e selettività della sanzione<sup>65</sup>.

Certo è che, secondo questa posizione, sembra che il magistrato rivesta un ruolo prevalentemente tecnico-esecutivo, sottovalutando l'importanza anche simbolica della sua attività. Il magistrato infatti, nell'emettere una decisione, attribuisce alla norma invocata «quel significato che gli apparirà, non già più conforme all'affermazione di un interesse sull'altro, ma alla volontà dell'ordinamento»<sup>66</sup>, e nel farlo il giudice diventa «*maître du langage*» essendo colui che «gode del singolare potere di governare il linguaggio»<sup>67</sup>. Nel verdetto finale il giudice crea «con le sue parole le quali hanno autonomia relativa rispetto al significato del linguaggio comune»<sup>68</sup>. Con il linguaggio si

<sup>61</sup> N. LUHMANN, «Conflitto e diritto», *Laboratorio politico*, 1982, 1, p. 17.

<sup>62</sup> N. LUHMANN, *ibid.*

<sup>63</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 9.

<sup>64</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, a cura di A. FEBBRAJO, Laterza, Bari 1977, p. 217.

<sup>65</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 219.

<sup>66</sup> L. ROVELLI, *I doveri del giudice e del difensore*, in G. VISINTINI, S. MAROTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 234.

<sup>67</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 62.

<sup>68</sup> E. RESTA, *op. cit.*, p. 63.

realizza una sorta di «mediazione tra la memoria e il racconto»<sup>69</sup> ed è il linguaggio stesso che rappresenta la verità processuale che si forma attraverso i verbali, i testi e le parole dei giudici, ma anche degli avvocati.

Mediante un accurato accertamento dei fatti ed in base alla corretta applicazione della legge, il giudice deve raggiungere il risultato che, oltre ad essere quello tecnicamente conforme alla legge, sia anche quello giusto in senso etico. Perché ciò avvenga è necessario che il magistrato svolga la propria attività in ottemperanza di determinati doveri che sono oramai connaturati all'esercizio della funzione giudiziaria. Dopo ampio dibattito i cd. principi ultimativi sono: la diligenza, la laboriosità, l'imparzialità e la neutralità.

I primi due, *laboriosità* e *diligenza*, sono riscontrabili secondo elementi oggettivi come le statistiche: la prima si riferisce alla quantità di lavoro smaltita e la seconda al rispetto dei tempi nello svolgimento di ogni attività giurisdizionale<sup>70</sup>.

L'*imparzialità* rappresenta il concetto etico essenziale rispetto al ruolo del giudice il quale, ponendo in essere una sorta di autodisciplina, deve «evitare di favorire le parti più ricche a sfavore di quelle meno abbienti, i potenti rispetto ai deboli, i cittadini rispetto agli stranieri, o altre parzialità fondate su motivazioni di carattere razziale, religioso, sessuale»<sup>71</sup>.

L'*indipendenza* costituisce il contenuto più rilevante del patrimonio morale e culturale della magistratura, è un valore assoluto ed una caratteristica essenziale della sua funzione sociale. Tale indipendenza deve essere difesa e pretesa soprattutto, nei confronti del potere politico, cercando di evitare che gli atti giurisdizionali vengano condizionati e, soprattutto, che assumano valenza politica.

È bene sottolineare che se è da considerarsi deprecabile ciò che come politicizzazione si riferisce ad un processo che porta il potere giudiziario ad un abbandono di neutralità e all'assunzione di un ruolo oggettivamente conflittuale nei confronti del potere politico<sup>72</sup>, è sempre pur vero che non è immaginabile che ogni qualvolta si apra un'indagine a carico di un politico, la magistratura venga tacciata di martirizzare la classe politica e di combattere una crociata contro l'intero

<sup>69</sup> A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, in A. MARIANI MARINI, (a cura di), *op. cit.*, p. 28.

<sup>70</sup> L. SCOTTI, *op. cit.*, p. 1958.

<sup>71</sup> G.C. HAZARD e A. DONDI, *op. cit.*, p. 117.

<sup>72</sup> M.R. FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, in M. BESPONE, E. SILVESTRI e M. TARUFFO (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, CEDAM, Padova 2000, p. 395.

potere esecutivo. È necessario smorzare i toni delle polemiche e riconoscere alle indagini giudiziarie, non il compito di moralizzare, ma quello di far giustizia.

I quattro doveri dell'attività giurisdizionale hanno in verità origine in altri tre elementi che si possono considerare imprescindibili dell'azione giudiziaria. Guido Alpa li individua nella formazione e aggiornamento professionale, nei valori culturali di riferimento e nella delicatissima applicazione delle tecniche di interpretazione<sup>73</sup>.

È evidente che la preparazione tecnica ed il continuo aggiornamento delle proprie conoscenze permettano al magistrato di raggiungere gli esiti per i quali è chiamato ad agire. Non si può certo ritenere un buon magistrato quello che, pur avendo una produttività elevata, emana sentenze inquinate da frequenti errori e grossolane negligenze.

Per quanto riguarda i valori di riferimento a cui il magistrato deve fare ricorso è abbastanza evidente che non possano essere che quelli contenuti nelle leggi vigenti e che, anzi, sia «fermo il principio della impossibilità di assumere decisioni sulla base di valori esterni all'ordinamento, sulla base di interessi che inquinino l'imparzialità del comportamento e del giudizio»<sup>74</sup>. In realtà si tratta di una questione tanto complessa, quanto delicata. Innumerevoli sono, infatti i casi in cui il magistrato non può essere mero applicatore materiale, ma nei quali, mediante l'interpretazione, ed ancor più ove entri in gioco il suo margine più o meno ampio di discrezionalità, possa «farsi filtro dei valori della collettività». Il problema emerge nel caso in cui i suoi valori siano in conflitto con quelli della collettività e a lui sia affidato il compito di emettere una decisione in base a questi ultimi. La casistica è amplissima e investe questioni di carattere culturale oltre che etico: pensiamo all'aborto, alla procreazione assistita, a casi di eutanasia, di adozione e affidamento di minori decisi in base ad un apprezzamento della moralità del genitore, ecc.

La questione della interpretazione investe direttamente l'esito del procedimento. «Un ragionamento non corretto conduce alla applicazione errata, omissiva, distorta, della legge»<sup>75</sup> ed oltre ad essere elemento che può viziare la decisione può essere addirittura ritenuto indizio di colpa per la responsabilità del magistrato. In questa sede non possiamo certo addentrarci nell'articolatissimo dibattito che chiama in causa problematiche legate a questioni filosofiche ben più com-

<sup>73</sup> G. ALPA, *Formazione professionale, patrimonio di valori culturali, tecniche interpretative del magistrato*, in G. VISINTINI, S. MAROTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 244.

<sup>74</sup> G. ALPA, *op. cit.*, p. 247.

<sup>75</sup> *Ibid.*

plesse che si ricollegano al gius-realismo americano e scandinavo, certo è che mediante l'interpretazione si ha creazione di diritto e anche in un sistema di *civil law* come il nostro alla giurisprudenza viene affidato un compito sempre più delicato, che va ben oltre a quello di elaborazione teorica, difesa e amministrazione della giustizia. Ci sono, infatti, interi settori del diritto civile che sono governati da regole giurisprudenziali, tant'è che la dottrina stessa «ha proposto di riconoscere dignità di *fonte* alla giurisprudenza»<sup>76</sup>.

Tali principi e tali doveri sono previsti da codici etici che le diverse magistrature hanno elaborato. In considerazione del fatto che molti di essi si aprono con la precisazione che si tratta di precetti morali, irrilevanti nel mondo del diritto, sono stati qualificati come *etici* e non *deontologici*. Nel 1994 sono stati approvati diversi codici etici nei quali è sottolineata la loro natura etica e la loro irrilevanza giuridica. Leggendoli, appare difficile distinguere il modello ideale dal modello pratico, così come misurare la distanza tra l'essere e il dover essere<sup>77</sup>. Le regole etiche in essi contenute risultano estremamente evanescenti, con un alto tasso di relatività. Ne consegue un basso livello di coercibilità e di sanzionabilità dei comportamenti ad essi non conformi e quindi una impossibilità di utilizzare questi codici ai fini del controllo disciplinare. Ma, proprio in considerazione dell'accresciuto rilievo politico, economico e sociale delle decisioni giudiziarie, è più che mai necessario tutelare l'immagine di imparzialità del giudice anche mediante un controllo del suo comportamento relativo tanto ai suoi compiti di ufficio quanto alla sua vita privata<sup>78</sup>. Il procedimento disciplinare, quando viene espletato, non preclude il raggiungimento del vertice della carriera, tranne i casi di dispensa dal servizio. Con la riforma dell'ordinamento giudiziario è stata introdotta addirittura la possibilità di allontanamento dal ruolo, in caso di reiterato richiamo. Vedremo se si farà una applicazione di questa disposizione.

Per il momento, l'assoluta inefficacia dei codici etici in genere non aiuta a rendere efficaci i codici di comportamento giudiziario. Parrebbe comunque necessario andare oltre ad un codice deontologico e non limitarsi ad un codice disciplinare.

Il rapporto che esiste tra un codice disciplinare e un codice deontologico potrebbe essere spiegato nel senso che, mentre il secondo prospetta un «massimo etico», ossia un modello verso cui tendere, il

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> G. ALPA, *op. cit.*, p. 243.

<sup>78</sup> G. DI FEDERICO, *Etica giudiziaria e procedimenti disciplinari*, in G. VISINTINI, S. MAROTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 244.

codice disciplinare indica soltanto un «minimo etico», ovvero la soglia di accettabilità al di sotto della quale il comportamento del professionista deve essere oggetto di sanzione.

Quest'ultimo, quindi, sembra essere funzionale al mantenimento del ceto professionale, quindi alla coesione interna e al buon funzionamento verso l'esterno, ma non è sufficiente a rispondere alla domanda di moralità che, alla luce dell'accresciuta responsabilità di questi professionisti, il pubblico pone con forza.

La società civile, e l'opinione pubblica in generale, necessita ora, più che mai, di un modello virtuoso di comportamento e di *habitus* professionale che possa rappresentare uno strumento offerto alla generalità dei cittadini per misurare la correttezza, la professionalità, il rispetto dei valori alti in esso contenuti al fine di giustificare la denuncia pubblica di ogni condotta deviante.



# *Le norme deontologiche*

di Mauro Ronco

SOMMARIO: 1. Le norme deontologiche a livello europeo e interno. – 2. La natura delle norme deontologiche. – 3. Norme deontologiche e identità professionale. – 4. Il dinamismo inerente ai precetti deontologici: l'indipendenza. – 5. Segue: la fedeltà. – 6. Segue: la diligenza. – 7. Segue: il decoro. – 8. Segue: la pubblicità e l'informazione. – 9. Conclusione breve.

## *1. Le norme deontologiche a livello europeo e interno*

Il codice europeo di deontologia forense, approvato a Strasburgo dal C.C.B.E., Consiglio degli Ordini Forensi Europei il 28 ottobre 1988, con le revisioni introdotte nell'Assemblea plenaria tenuta a Lione il 28 novembre 1998, contiene un preambolo, intitolato: «*Missione dell'avvocato*». In esso si afferma, al punto 1.1. che: «*In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato interpreta un ruolo eminente. La sua missione non si limita alla esecuzione fedele di un mandato nell'ambito della legge. In uno Stato di diritto l'avvocato è indispensabile alla giustizia e a coloro di cui deve difendere i diritti e le libertà: egli è tanto il consulente quanto il difensore del proprio cliente. La sua missione gli impone una serie di doveri e obblighi, a volte in apparenza contraddittori, verso:*

- *il cliente;*
- *i tribunali e le altre autorità davanti alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente;*
- *la professione in generale e ciascun collega in particolare;*
- *la società, per la quale una professione liberale e indipendente, legata dal rispetto delle regole che essa stessa si è data, è un mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri».*

Al punto 1.2. è definita la «*natura delle regole deontologiche*» come quelle regole «*destinate a garantire, attraverso la loro libera accettazione, la corretta esecuzione da parte dell'avvocato della sua missione, riconosciuta come indispensabile al buon funzionamento di ogni so-*

cietà umana». In queste parole, certamente ampollose e un po' retoriche, ma indubbiamente significative, sono contenuti alcuni aspetti cruciali della deontologia professionale.

Un primo profilo importante concerne il rilievo del ruolo dell'avvocato non soltanto nel rapporto fiduciario col proprio assistito, ma anche nella funzione di soggetto indispensabile per la giustizia nello Stato di diritto. Un secondo profilo, corollario del ruolo centrale dell'avvocato nell'attuazione di una vita sociale fondata sul rispetto della giustizia, concerne la pluridimensionalità dei suoi doveri, sussistenti, oltre che verso il cliente, i colleghi e le autorità giudiziarie, anche verso «la professione in generale» e «la società», nel suo insieme. Un terzo aspetto meritevole di attenzione, che si ricava dalla disposizione in esame, concerne il legame tra tali regole e il corretto proporsi della missione dell'avvocato nella società civile.

Il Codice deontologico italiano, approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 aprile 1997, con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002 e il 14 dicembre 2006, è strutturato in 5 titoli, il primo dei quali è dedicato alla delineazione dei «Principi generali». Il titolo II, come noto, è dedicato specificamente ai «Rapporti con i colleghi»; il titolo III ai «Rapporti con la parte assistita»; il titolo IV, ai «Rapporti con la controparte, i magistrati e i terzi»; il titolo V, infine, consta di una sola norma, definita di «chiusura», di estrema rilevanza concettuale e pratica, in quanto chiarifica che «Le disposizioni specifiche del codice deontologico «costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi».

Il codice deontologico italiano contiene pure un preambolo, forse meno retorico, ma giuridicamente più puntuale di quello europeo. Si afferma in esso il principio che l'avvocato esercita la professione «in piena libertà, autonomia ed indipendenza», allo scopo di «tutelare i diritti e gli interessi della persona», per cui è strumento fondamentale la precisa conoscenza delle leggi. In questo modo l'avvocato contribuisce «all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia». Il secondo comma del preambolo statuisce la doverosità per l'avvocato di alcuni compiti di portata generale, che costituiscono una novità rispetto alle prospettazioni del passato e fanno risaltare il suo ruolo «pubblico». Il termine «pubblico» non va frainteso. L'avvocato è un professionista che svolge i suoi compiti in piena libertà, autonomia e indipendenza, al di fuori di ogni vincolo gerarchico o anche solo di dipendenza rispetto a soggetti ed enti regolati dal diritto pubblico. Ciò non toglie che la rilevanza della professione è pubblica, nel senso che essa possiede un valore per tutti i cittadini e per la società nel suo insieme. «Pubblico», infatti, non è soltanto ciò che pertiene allo

Stato o agli enti pubblici – questa definizione geografica del pubblico risale, come lucidamente ha insegnato Francesco Gentile in *Intelligenza politica e ragione di Stato*, all'individualismo illuminista, che genera per suo contrario lo statalismo assorbente e onnicomprensivo –, bensì tutto ciò che riguarda il bene della società e delle varie articolazioni istituzionali in cui si esprime la libertà dei singoli e delle formazioni sociali liberamente costituite dai cittadini. Ora, l'avvocato, nello svolgimento della sua opera, ha tre compiti fondamentali, che trascendono gli specifici obblighi che sorgono in forza del mandato professionale, consistenti, secondo il Preambolo, nel *vigilare* sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; nel *garantire* i diritti umani alla libertà e alla sicurezza e il diritto inviolabile della difesa; nell'*assicurare* la regolarità del giudizio e del contraddittorio.

Le norme deontologiche, come afferma l'ultimo comma del Preambolo, sono «essenziali per la realizzazione e la tutela» dei compiti dell'avvocato, che integrano i valori alla cui realizzazione è orientata la professione legale.

## 2. *La natura delle norme deontologiche*

Le norme deontologiche sono certamente caratterizzate da una non modesta quota di vaghezza e di indeterminatezza. Per questo motivo esse possono essere – e sono state – criticate, perché non fornirebbero all'incolpato una sufficiente garanzia, dotando gli organi disciplinari di una eccessiva discrezionalità.

Io non mi sento di condividere una simile critica. Si è discusso, invero, a lungo circa la natura delle norme deontologiche, se esse siano o no vere norme giuridiche. Le Sezioni Unite della Cassazione, con pronuncia del 6 giugno 2002, n. 8225 hanno affermato che «le norme del Codice deontologico approvate dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria».

Le Sezioni Unite hanno fornito una duplice serie di motivazioni per giungere a questa conclusione. La prima, che tali norme trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense risalente al r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, e, in particolare nell'art. 12, 1° co. Dunque, la deontologia codificata non sarebbe altro che una fonte di diritto di rango secondario, che può legittimare una decisione giurisdizionale solo e nella misura in cui essa sia richiamata dalle fonti primarie, come, nel caso di specie, la legge professionale forense.

La seconda motivazione rinvia all'integrazione delle clausole legislative generali con le norme di etica professionale, la cui determinazione sgorga soltanto dalla concreta esperienza dall'esercizio dell'attività forense.

Questo aspetto manifesta il legame delle regole deontologiche con l'etica professionale.

È ben nota la contrapposizione in filosofia etica tra l'orientamento deontologico e quello teleologico, che vorrebbero dare spiegazione del perché un'azione umana merita di essere compiuta o di essere evitata. I giuristi tendenzialmente appartengono al campo dei deontologi, perché vedono nel fatto stesso dell'esistenza della norma una ragione sufficiente per compiere l'azione dovuta e per astenersi dall'azione vietata. Per questo rilevante motivo i giuristi pretendono che le norme siano precise e determinate. Essi focalizzano prevalentemente nella norma il nucleo di obbligo o di divieto cui il destinatario deve attenersi, pena l'inflizione della sanzione.

Senonché, il deontologismo, preso in sé e per sé, non è in grado di dare compiutamente conto dell'azione umana, perché il dovere non è mai «per il dovere». Il dovere è sempre per qualcosa di altro, tra cui, certamente, per una o più conseguenze della nostra azione, ricapitolate e precostituite a livello intenzionale dalla ragione dell'agente.

Dunque, la prospettiva deontologica va integrata con quella teleologica. È ovvio che questo problema non si pone – o non si pone con la medesima coerenza – per le norme di carattere penale, che sanzionano (o dovrebbero sanzionare) soltanto la violazione dei divieti e degli obblighi che affiorano con evidenza al senso comune. L'integrazione della prospettiva deontologica con quella teleologica è invece cruciale per le norme di etica professionale, che evocano, con termini di carattere generale, non soltanto ciò che non si deve fare, ciò da cui occorre assolutamente astenersi, ma soprattutto ciò che è indispensabile fare se si vuole realizzare lo scopo della professione. Le norme deontologiche elaborano e descrivono un modello simbolico di avvocato: di quell'avvocato che riesce a realizzare in se stesso, attraverso la preparazione di base, l'aggiornamento continuo e l'esperienza professionale, la coerenza dei comportamenti, tutte quelle caratteristiche che gli sono necessarie per realizzare quella che, nel linguaggio un po' retorico del Codice europeo, è definita la missione dell'avvocato. Vista in questo quadro, la vaghezza delle disposizioni non appare una carenza, ma una ricchezza, indispensabile per integrare l'ottica deontologica con quella teleologica.

L'inadeguatezza di una visione meramente deontologica appare evidente solo che si pensi al problema della contraddittorietà delle esigenze che derivano dalla complessità delle regole deontologiche.

Si pensi alla quotidiana vita forense: la richiesta di rinvio che l'avvocato di controparte chiede a un difensore in vista dell'udienza già fissata. Che dire nel caso in cui accedere alla richiesta di rinvio della controparte significherebbe danneggiare il proprio assistito? E che dire del dovere di segretezza e di riservatezza sulle informazioni fornite all'avvocato dalla parte assistita o di cui egli sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato? Ben note sono le eccezioni, di ampia portata, di questa regola, contemplate al comma IV dell'art. 9, tutte quante affidate alla prudenza del professionista. E che dire dei rapporti con la stampa. Cosa si può dire, di più e di meglio, di ciò che è prescritto nell'art. 18 del Codice, secondo cui l'avvocato deve ispirarsi, nei rapporti con i *media*, a criteri di equilibrio e misura, per il rispetto dei doveri di discrezione e di riservatezza. Peraltro, come bene recita il I comma dell'art. 18 del Codice, l'avvocato deve muoversi nella linea dell'assoluto rispetto degli interessi del proprio assistito, modulando i propri interventi *ad extra* con il consenso di lui e nell'esclusivo suo interesse. Forse ciò legittima la celebrazione contemporanea del processo al di fuori delle aule di giustizia e sui *media*? Certo che no. Anche se ciò potesse essere apparentemente nell'interesse del cliente. Sembra dunque emergere un principio non scritto, ma fondamentale, che serve a gerarchizzare le varie disposizioni deontologiche. L'interesse del cliente è sempre quello che si riconosce nella concreta ed effettiva esperienza giudiziaria, nel rispetto degli organi della giurisdizione, cui spetta pronunciare il giudizio. In altri ordinamenti la trattazione *funditus* delle questioni di merito sui *media* potrebbe integrare l'offesa alla Corte. Ciò significa che l'art. 18 deve essere interpretato alla luce dell'art. 5, che contempla i doveri generalissimi di probità, dignità e decoro e, più ancora, alla luce del Preambolo, I comma, secondo cui l'avvocato deve garantire la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Ove non è chi non veda che la trattazione in contemporanea del processo sullo scenario massmediatico è idonea a provocare distorsioni nel giudizio e prevaricazioni nel corretto funzionamento del contraddittorio. Ma anche qui, ove siano il Pubblico Ministero o la Polizia giudiziaria a diffondere un'aura di colpevolezza attraverso dichiarazioni o interventi pubblici, l'avvocato riprende tutto il diritto di rilasciare alla stampa interviste ad ampio raggio, in cui gli sia possibile rintuzzare le invasioni di campo mediatiche di altri soggetti processuali o non processuali.

Mi sembra possibile ricapitolare il fin qui detto in due provvisorie conclusioni: la prima, che le regole deontologiche non nascono dalla legge dello Stato, ma dall'esperienza della professione, e, dunque, è giusto che sia lasciata all'autonomia delle rappresentanze pro-

fessionali di provvedere in chiave di normazione sub-primaria e, soprattutto, in chiave di giudizio disciplinare.

La seconda conclusione provvisoria concerne il carattere non soltanto giuridico, ma anche etico della normazione deontologica, nel senso che essa, attraverso previsioni generali, talora generiche, non si limita a vietare ciò che non si addice assolutamente all'avvocato, ma a promuovere altresì uno stile di vita professionale con cui l'avvocato realizza la verità della sua professione.

### 3. Norme deontologiche e identità professionale

Desidero a questo punto sviluppare un poco questo tema per penetrare meglio, se possibile, il tema della nostra identità professionale. Dalla compilazione giustiniana sono stati a noi tramandati i tre principi fondamentali della giustizia e del diritto: *suum unicuique tribuere, alterum non laedere, honeste vivere*.

L'ultimo sintagma non identifica un dovere o un divieto specifico, ma addita uno stile di vita generale che è indispensabile per rispondere, secondo giustizia, ai propri doveri di stato e, soprattutto, ai doveri relativi al contesto dei rapporti professionali. Giuseppe Capograssi su questo lemma ha lasciato pagine preziose: «*L'onesto è proprio tutto quello che è coerente alla giustizia e al dovere: è cioè questo criterio morale di determinarsi secondo la verità della realtà, dell'azione e del bene, di non riferire ad suum commodum la propria azione, ma riferirla alla verità oggettiva dell'idea e della realtà su cui in definitiva l'attività pratica si fonda. Non adattare o ridurre l'essere alla propria soggettività, ma considerarlo e tenerne conto per quello che è*». A fondamento delle sue parole Capograssi evoca Cicerone nelle Leggi e soprattutto nel De Officiis, ove l'Arpinata sintetizza, tra l'altro, la sua definizione di dovere, alla cui stregua «ogni azione deve andare esente da temerità e negligenza, né si deve fare alcuna cosa di cui non si possa dare motivo plausibile: questa press'a poco la definizione del dovere».

*L'honeste vivere*, come principio supremo del diritto, riferito alla professione dell'avvocato, significa che egli non si deve accontentare di non violare dei precetti di non fare, ma deve tendere costantemente alla perfezione intrinseca della sua intera attività, che è ben rivelata dalle prescrizioni deontologiche generali, interpretate positivamente in vista dello scopo di garantire la difesa del suo assistito, contribuendo con ciò a realizzare, nel contraddittorio e di fronte a un giudice terzo, la giustizia umanamente possibile.

Oltre ai testimoni antichi, tra cui ho ricordato Cicerone, mi pare

appropriato riferire le parole di un testimone moderno, Piero Calamandrei, il cui celebre scritto «Elogio dei giudici scritto da un avvocato» è memorabile anche nella specifica ottica deontologica. Ricordo un solo pensiero, dedicato al confronto funzionale tra i giudici e gli avvocati, da cui derivano interessanti rilievi deontologici: *«L'aforisma nemo iudex sine actore non esprime soltanto un principio giuridico, ma ha una più vasta portata psicologica: in quanto spiega che non per biasimevole pigrizia, ma per necessità istituzionale della sua funzione, il giudice deve tenere nel processo un atteggiamento statico, aspettando, senza impazienza e senza curiosità, che altri lo venga a cercare e gli ponga i problemi da risolvere. La inerzia è per il giudice garanzia di equilibrio, cioè di imparzialità: agire vorrebbe dire prendere un partito. Spetta all'avvocato, che non teme di apparire parziale, essere l'organo propulsore del processo: prendere tutte le iniziative, agitare tutti i dubbi, rompere tutti gli indugi: agire, insomma, non solo nel senso processuale, ma nel senso umano. Questa differenza di funzioni che passa nel processo fra giudice e avvocato, il momento statico e il momento dinamico della giustizia, appare perfino negli atteggiamenti esterni e nei gesti che si vedono in udienza: il giudice seduto, l'avvocato in piedi; il giudice con la testa tra le mani, raccolto e immobile, l'avvocato con le braccia protese e tentacolari, aggressivo e irrequieto. La netta contrapposizione dei due tipi appare anche nei loro vizi, che rispecchiano deformate le loro rispettive virtù: l'avvocato, a furia di agire, può diventare un agitato, che bisogna cacciare dall'aula come un disturbatore; il giudice, a forza di concentrarsi, può semplicemente diventare un dormiente».*

#### 4. Il dinamismo inerente ai precetti deontologici: l'indipendenza

I precetti deontologici hanno, dunque, un carattere dinamico. Non si limitano a vietare qualcosa di specificamente determinato, ma focalizzano un percorso nel quale e grazie al quale si diventa veramente avvocati. Un esempio riguarda il dovere di indipendenza. Questa può essere intesa in generale come libertà dai condizionamenti esterni e, più specificamente, come autonomia dalle decisioni e dall'influenza di enti ed organizzazioni commerciali e come distinzione ferma tra l'avvocato e gli interessi economici dell'assistito, con i quali il primo non deve mai confondersi.

Visto in questo modo il dovere di indipendenza, ci si rende immediatamente conto che esso, più che una acquisizione che si possa dare compiutamente all'inizio della professione, è un compito arduo che accompagna l'avvocato per tutto il corso della sua carriera. Se,

infatti, siamo liberi perché capaci di scelte che rinviano alla nostra esclusiva responsabilità, è anche giusto riconoscere che la libertà non è uno *status* definitivo, bensì un processo di autoliberazione da tutti i condizionamenti, esterni ed interni, che limitano e impediscono il conseguimento della nostra intima aspirazione al bene, quello che vale sia per noi sia per il nostro prossimo.

Per operare con vero spirito di indipendenza l'avvocato deve esercitarsi in due importanti virtù, quella della prudenza e quella della fermezza. L'avvocato forte riesce a conservare la propria indipendenza, rischiando il benessere economico, soltanto se si sottomette con pazienza alla legge dello sforzo e del sacrificio quotidiano, non perseguendo successi immediati, ma puntando alla meta alta e nobile di servire con indipendenza e fedeltà i diritti di chi a lui fiduciosamente si rivolge per essere aiutato.

##### 5. *Segue: la fedeltà*

Un altro esempio concerne il contenuto e la portata del dovere di fedeltà, di cui all'art. 7 del Codice che, mette in luce la tensione etico/giuridica sottesa alla prescrizione deontologica. Fedeltà significa rispettare scrupolosamente gli interessi del proprio assistito ed evitare di arrecargli in qualsiasi modo pregiudizio. Rientra in questo dovere anche la riservatezza, per cui l'avvocato non deve servirsi delle notizie conosciute dal cliente per fini personali. Ma la fedeltà è dovuta anche nei confronti dell'ordinamento, come ben recita il secondo comma dell'art. 7, secondo cui l'avvocato deve esercitare la sua attività anche nel rispetto dei doveri che la sua funzione gli impone verso la collettività per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere. L'avvocato, pertanto, è astretto da un duplice vincolo di fedeltà, che può implicare conflitti di doveri talora difficilmente risolvibili. Certo, l'avvocato non può, per rispetto alla volontà del cliente, contribuire a commettere reati. Ma, accanto all'area del penalmente sanzionato, vi è tutta una serie di comportamenti che si trovano in una zona grigia e, pur non rilevanti come reato, debbono essere accuratamente evitati. Io ritengo che i conflitti possano e debbano essere evitati *in causa*, ovvero all'origine del rapporto, preservando l'avvocato integra la propria dignità e il proprio decoro di fronte a qualsiasi cliente. Fedeltà non significa infatti ricevere ordini dal cliente, piegarsi ai suoi desideri o ai suoi comandi allo scopo di accondiscenderlo, vuoi per interesse vuoi per timore, sia esso del tipo reversionale nei confronti del cliente dal colletto bianco, sia esso addirittura di tipo fisico nei confronti del cliente prepotente or-



bitante nell'area della criminalità organizzata. Infatti, al principio di fedeltà verso il cliente va accostato il principio di fedeltà verso l'ordinamento giuridico, meglio, verso la giustizia, alla cui realizzazione l'ordinamento giuridico è orientato. Contro certe posizioni talora estremistiche che vogliono fare dell'avvocato un soggetto quasi *legibus solutus*, esclusivamente proteso a realizzare l'interesse del cliente anche sfiorando la violazione della legge, vale ricordare che l'avvocato deve conservare, nel rispetto del dovere di fedeltà verso il proprio incarico, la fedeltà verso i principi, etici e costituzionali, che stanno a fondamento della nostra società. Si comprende in questo modo che il dovere di fedeltà è un aspetto importante della virtù della giustizia. La fedeltà non si esaurisce nell'adempimento burocratico delle prestazioni fissate dagli Ordini professionali, né nell'esecuzione dei 'comandi' del cliente. Essa è una virtù, prima di essere un dovere, che implica una grande energia morale, intrisa di fiducia, di pazienza, di spirito di servizio e di attenzione verso il valore pieno della giustizia nelle relazioni umane. Non sempre la richiesta di un cliente rivela un autentico bisogno di giustizia. Talora esprime una intenzione sopraffattoria, elusiva di doveri umani fondamentali. In queste situazioni l'avvocato fedele non è chi si precipita a eseguire l'indicazione del cliente come se fosse un ordine, ma chi gli spiega che, oltre all'interesse particolare, vi sono altri beni che meritano di essere rispettati. E l'avvocato fedele è capace anche di rinunciare al mandato, quando il cliente tende a imporgli come datore di ordini che violano intrinsecamente il principio di giustizia e i diritti degli altri: diritti che l'avvocato deve saper riconoscere come fondativi di tutta l'esperienza giuridica.

## 6. *Segue: la diligenza*

Il richiamo alla diligenza, di cui all'art. 8 del Codice, evoca ugualmente profili comportamentali strettamente connessi al profilo etico della vita professionale. La diligenza è alla base di ogni rapporto tra gli uomini. La diligenza è particolarmente importante nella nostra professione. Nel giudizio disciplinare spesso vengono in evidenza problemi non facili sui rapporti tra errore, fondamento di una possibile responsabilità civile per il danno arrecato all'assistito e negligenza sanzionabile disciplinarmente. Quest'ultima non è automaticamente riconoscibile in ogni difetto di diligenza, perché occorre distinguere tra l'episodicità della dimenticanza o dell'errore e la carenza di fondamentali nozioni necessarie per l'esercizio della professione in un determinato settore ovvero la reiterazione di comportamenti incompatibili con l'espletamento corretto degli incarichi assunti.

Il concetto di diligenza ha serbato, nelle varie epoche storiche, il valore semantico di accuratezza, cura scrupolosa, solerzia, zelo. Cicerone nel *De Oratore* dichiara che la *virtus* di *diligentia* comprende in sé le «*virtutes*» di cura, *attentio animi*, *cogitatio*, *vigilantia*, *adsi-duitas*, *labor*, «[...] tendenti tutte ad esprimere lo scrupoloso ed attento agire, non senza ridondare nel senso di devozione verso la cosa cui l'attenzione è rivolta [...]. Questi significati si ricollegano all'etimologia della parola, assai generico e comprensivo, di «scelta», «discernimento», da *dis* e *lego*: ove scelta significa il discernimento dell'atteggiamento psichico-volitivo, volto a portare a buon fine la propria opera. S. Tommaso d'Aquino, in un denso discorso dedicato alla diligenza, inquadra tale concetto nella sollecitudine, e questa a sua volta nella prudenza, e la definisce come «*electio [...] recta eorum quae sunt ad finem*».

Le espressioni citate mettono in luce il legame tra la volontà del soggetto e il fine che costituisce l'oggetto e il termine dell'agire. La volontà giuridicamente rilevante non è auto-referenziale, ma deve trovare referenzialità oggettiva e specificazione motivante nella costellazione dei valori che la condotta coinvolge. La negligenza designa una inadeguata, insufficiente apertura del soggetto rispetto all'oggetto. E poiché l'oggetto non è la cosa materiale, bensì il bene di un altro uomo ovvero il bene comune a una molteplicità di persone, il concetto di diligenza evoca il movimento della ragione pratica *versus* il riconoscimento dell'altro come bene nonché come condizione necessaria per la stessa realizzazione del bene di colui che agisce.

### 7. *Segue: il decoro*

Problemi analoghi solleva il concetto di decoro. Il termine è poco comprensibile a una mentalità frettolosa e superficiale, che si lasci distarre dal frenetico rincorrersi degli avvenimenti e non presti attenzione adeguata al valore dei rapporti tra le persone. Anche per l'avvocato il significato del decoro rischia di stemperarsi, fin quasi a diventare la vuota caricatura di un perbenismo un po' *demodé*, borsa convenzionalità meritevole di essere abbandonata senza alcun rimpianto. Credo, invece, che il concetto di decoro sia importante.

Un grande aiuto alla comprensione del decoro mi è venuta dalla lettura del *De Oratore* di Cicerone. In quest'opera egli, a un certo punto, attribuisce a Licinio Crasso, famoso oratore della generazione a lui precedente, che egli ammirava in modo particolare, le seguenti parole, pronunciate durante una immaginaria conversazione in un cerchio eletto di amici: «[...] vi farò una confessione che non avevo an-

cora fatta a nessuno [...]: secondo me, anche coloro che parlano ottimamente [...], se non affrontano il discorso con una certa timidezza e non mostrano qualche turbamento al principio di esso, sono quasi degli sfacciati [...] perché quanto più un oratore è valente, tanto più comprende la difficoltà del parlare [...]. Invece colui che non è capace di concepire ed esporre nulla che sia degno dell'argomento, del nome di oratore e delle orecchie stesse del pubblico, anche se nel parlare si agita, mi sembra uno sfrontato: infatti non coll'arrossire, ma evitando di fare ciò che è sconveniente fare, noi sfuggiamo alla taccia di sfrontati. Colui che neppure arrossisce [...] non solo, a mio avviso, è degno di rimprovero, ma anche di castigo» (*De Oratore*, L. 1, 119-122, in *Opere retoriche* di M. Tullio Cicerone, v. I, Utet, Torino, 1976, 149).

Queste parole di Licinio Crasso compendiano in modo mirabile il concetto di decoro. Il decoro è quella qualità – che trova radice nella virtù dell'umiltà – che permea di un'aura di modestia tutto il comportamento dell'avvocato valente. Egli anzitutto sa, ammaestrato dall'esperienza e dal naturale istinto, che talvolta i discorsi dei più grandi oratori e le comparse dei più insigni giuristi non riescono felici come ciascuno di essi desidera. Così, non senza ragione, tutte le volte che debbono parlare o scrivere, gli avvocati hanno ragione di temere che possa accadere ciò che qualche volta accade, di non riuscire a farsi pienamente comprendere. In secondo luogo l'avvocato sa che, quando non raggiunga nella sua prestazione la perfezione e il successo, verrà molto spesso giudicato un incapace. Per questo l'avvocato deve assumere sempre con timore la sua causa, mantenendo per tutta la sua difesa quella modestia che è conveniente alla delicatezza del compito che svolge.

L'avvocato che non si rende conto che egli è soltanto uno strumento tra gli altri perché sia fatta la giustizia, e pretende di dettare lui da solo la legge del caso, appare – ed è realmente, come dice Cicerone –, uno sfacciato e uno sfrontato. E diventa non soltanto degno di rimprovero, ma anche di castigo. La giustizia – i doveri e i diritti che l'avvocato vuol far valere nel giudizio – è cosa troppo complessa e difficile, troppo controvertibile e contestabile perché si possa pretendere di realizzarla da soli, urlando e gridando, senza attrezzarsi con le virtù della semplicità e della modestia ad ascoltare le ragioni degli altri per far valere dialetticamente le proprie. In questo – ma non soltanto in questo – sta il decoro che costituisce un pilastro della nostra deontologia professionale.

## 8. *Segue: la pubblicità e l'informazione*

Vorrei terminare con un cenno al tema della cosiddetta pubblicità.

Come è noto, i rigorosi divieti antichi sono caduti. Ma non è caduta l'essenza di ciò che si chiamava divieto di pubblicità. Oggi la materia è regolata in modo piuttosto analitico dagli articoli 17 e 17 bis del Codice. E ciò è sicuramente positivo. Occorre infatti distinguere tra informazione e pubblicità. La prima è assolutamente lecita, anzi doverosa; la seconda è comunque illecita. Il confine tra informazione e pubblicità è difficile da erigere. I criteri basilari per la distinzione stanno, ancora una volta, nei modi dell'informazione. Essa deve anzitutto rispettare la dignità e il decoro della professione. Essa deve essere corrispondente al fine, che è l'affidamento della collettività in ciò che viene dichiarato. Essa deve rispondere a criteri di trasparenza e di veridicità, deve essere conforme a verità e correttezza e non può mai trasmodare nella rivelazione al pubblico dei nomi dei propri clienti, ancorché questi vi consentano. In ogni caso, l'informazione non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa. Come vi rendete conto, la pubblicità nel senso proprio del termine rimane proscritta. Che dire al riguardo delle «informazioni» che appaiono spesso sui quotidiani, soprattutto su quelli a diffusione gratuita o semi-gratuita, che segnalano questo o quell'avvocato come esperto in uno o più spesso in più campi del diritto? Io ritengo che non siamo di fronte a una vera informazione, ma a una pubblicità palliata, tutte le volte in cui sia del tutto carente un vero profilo informativo, che apporti cioè una conoscenza reale agli utenti, che serva a meglio orientarlo nella scelta del difensore.

Forse, se non vi è inganno, forse, se non vi è millanteria, forse, se non vi è scorrettezza palese, forse, se viene conservato un certo decoro e una certa dignità nella propria autopromozione, allora probabilmente non sarà superata la soglia dell'illecito disciplinare. Ma certamente le informazioni che ripetono genericamente la propria disponibilità a fornire i servizi legali, dichiarandosi competenti e preparati a fornirli, non giovano alla dignità della professione e non guadagnano il rispetto e l'attenzione delle persone serie. Non è sicuramente con la indiscriminata proposta di se stessi a un numero indeterminato di persone che matura un rapporto stabile e fruttuoso con i possibili futuri clienti.

Sono ammesse, come voi sapete, dall'art. 17, a fini non lucrativi, l'organizzazione e la sponsorizzazione di seminari di studio, di corsi di formazione professionale e di convegni in discipline attinenti alla professione forense da parte di avvocati o di società o di associazioni di avvocati. Anche in queste attività, pure espressamente consentite,

possono celarsi censurabili intenti pubblicitari. È certamente difficile valutare le intenzioni. Non spetta al giudizio disciplinare espletare un compito del genere. Tuttavia, proprio per l'ambiguità che può nascondersi dietro iniziative del genere, è necessario che esse siano condotte in piena trasparenza e con la più assoluta serietà organizzativa e ridondino effettivamente in un vantaggio informativo per l'utente.

#### 9. *Conclusione breve*

Non mi resta per terminare che ricordare a me stesso e a tutti che le qualità proprie del professionista orientato al rispetto dei valori deontologici sono: saggezza, competenza, equilibrio interiore, misura, equità nel giudicare e nel considerare problemi e situazioni, nel risolverli e nel dare consigli; capacità quindi di prendere decisioni sagge e opportune, tenendo conto che l'equilibrio interiore non fomenta le liti, ma contribuisce a risolverle, secondo l'obiettivo che ogni buon avvocato deve perseguire.



Sesta seduta plenaria

Bioetica

*Presiede* Carla Faralli





# *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*

di Patrizia Borsellino

SOMMARIO: 1. La bioetica tra morale e diritto. – 2. Bioetica e diritto: un rapporto controverso. – 3. Quale filosofia del diritto per la bioetica? – 4. Questioni bioetiche e categorie giuridiche. – 5. Bioetica e modelli di regolazione giuridica. – 6. Dal diritto come mezzo per realizzare la «Morale» al diritto come garanzia per la coesistenza di diverse «morali». – 7. Regolazione giuridica delle questioni bioetiche e orizzonti morali.

## 1. *La bioetica tra morale e diritto*

Se ci si interroga sugli eventi che, negli ultimi anni, hanno maggiormente sollecitato il dibattito e che hanno contribuito a diffondere l'interesse per la bioetica ben oltre la cerchia degli studiosi e degli addetti ai lavori, si deve senz'altro riconoscere che a far discutere di bioetica sono stati, sovente, importanti traguardi raggiunti sul piano scientifico. Si pensi alla «mappatura del genoma umano», presentata, con eccessiva enfasi, come una svolta epocale nella storia dell'umanità. E, ancor più, sono stati risultati conseguiti, a livello applicativo, sulla base delle conoscenze acquisite. Si pensi, ad esempio, al clamore suscitato dalla clonazione della pecora Dolly, e al risalto dato, con toni trionfalistici, alle prime utilizzazioni terapeutiche delle cellule staminali. Ma, in circostanze ancora più frequenti, all'attenzione dell'opinione pubblica e all'esame degli studiosi sono stati portati casi giudiziari e provvedimenti normativi aventi ad oggetto questioni bioeticamente rilevanti. Tra i numerosi casi, susseguitisì, con grande risonanza mediatica, da alcuni anni a questa parte, ricordo quello della signora inglese conosciuta come «Miss B», nel quale l'Alta corte britannica ha riconosciuto che un paziente capace ha il diritto di rifiutare un trattamento, quand'anche si tratti di un trattamento salvavita già posto in essere<sup>1</sup>. Oppure casi, come quelli di Terri Schiavo e di

<sup>1</sup> La sentenza, emessa dall'Alta corte di Giustizia, Sezione della famiglia, il 29 marzo 2002, è pubblicata in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2004, pp. 342-369.

Eluana Englaro<sup>2</sup>, nei quali, con riguardo a due giovani donne, la prima americana, la seconda italiana, da molti anni in stato vegetativo permanente, si è posta la questione della legittimità della sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali, cioè dei trattamenti dai quali dipende la sopravvivenza puramente biologica dei soggetti in questa tragica condizione. Oppure ancora, il caso inglese di Diane Pretty<sup>3</sup>, o il caso francese di Vincent Humbert<sup>4</sup>, i quali hanno sollevato il problema se, in presenza di situazioni drammatiche e insostenibili per i malati, e a ben determinate condizioni, non si debbano ritenere superabili le preclusioni assolute nei confronti dell'eutanasia. E, da ultimo, il caso di Piergiorgio Welby, salito agli onori delle cronache negli ultimi mesi del 2006, grazie al quale, nel contesto italiano, come qualche anno prima nel contesto inglese con il caso di «Miss B», ha ottenuto diffuso, se pur non incontrastato, riconoscimento il diritto del paziente capace al rifiuto di un trattamento, anche salvavita<sup>5</sup>.

Per quanto riguarda, invece, i provvedimenti normativi, tra i numerosi che potrebbero essere menzionati per la risonanza suscitata, mi limito a ricordare le leggi che, in Olanda e in Belgio, rispettivamente nel 2001 e nel 2002, hanno depenalizzato l'eutanasia e il suicidio assistito, dettando, peraltro, norme che ne circoscrivono in maniera assai rigorosa e restrittiva condizioni e modalità di attuazione<sup>6</sup>,

<sup>2</sup> Sul caso Englaro cfr., *Lo stato vegetativo permanente: il caso di Eluana Englaro*, numero monografico di *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2005 e a cura di M. IMMACOLATO, *Sul diritto di autodeterminazione. Riflessioni critiche sulle sentenze Riccio e Englaro*, supplemento di *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1, 2008.

<sup>3</sup> Con riferimento al caso di Diane Pretty cfr. la sentenza, pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 29 aprile 2002, pubblicata in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2002, pp. 322-367. Cfr., nello stesso numero della rivista anche A. SANTOSUOSSO, *Un commento sul caso Pretty*, pp. 368-369.

<sup>4</sup> Vincent Humbert, è un ragazzo francese rimasto, dopo un terribile incidente stradale avuto a diciannove anni, e dopo nove mesi di coma, tetraplegico, muto e quasi cieco, ma pienamente lucido. In preda a continue e per lui insostenibili sofferenze, Humbert ha chiesto pubblicamente di essere aiutato a morire. A tre anni dall'incidente, ha potuto finire la sua esistenza grazie alla madre, che gli ha praticato un'iniezione di barbiturici, e alla decisione del medico responsabile del servizio di rianimazione, il dott. Chaussoy, che ha deciso di sospendere le terapie di sostegno vitale, attivate per l'aggravamento della condizione del giovane dopo la somministrazione dei barbiturici, che non aveva prodotto l'effetto letale. Sul caso Humbert, cfr., il libro testimonianza di F. CHAUSSOY, *Non sono un assassino* (2004), trad. it. di C. Krzyzik, Edizioni di LucidaMente, Bologna 2007.

<sup>5</sup> Sul caso Welby cfr., a cura di M. BALISTRERI, il *Dossier Welby*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1, 2007, pp. 141-204 e 2, 2007, pp. 127-174.

<sup>6</sup> La legge olandese sull'eutanasia, n. 137 del 10 aprile 2001, denominata «Legge di controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio» è pubblicata in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2001, pp. 389-395. La legge belga, pro-

e, con specifico riferimento al contesto italiano, la legge n. 40 del 2004, «Norme sulla procreazione medicalmente assistita» e la più risalente legge 194, con la quale, già nel 1978, il nostro Paese si è dotato di un'equilibrata disciplina «per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza». La prima, la legge 40, è stata al centro di un vivace confronto tra sostenitori e oppositori già prima della sua approvazione, e, successivamente all'entrata in vigore, soprattutto nelle prima metà del 2005, nell'imminenza della consultazione referendaria per l'abrogazione parziale della legge, conclusasi con il fallimento del referendum per mancato raggiungimento del quorum. La seconda, la legge 194, è tornata, di recente, al centro del dibattito e dell'attenzione anche dei non addetti ai lavori, a seguito dei ripetuti attacchi di cui è stata fatta oggetto con la messa in atto di varie strategie, compresa la presentazione, nelle ultime elezioni politiche, di una lista elettorale *ad hoc*<sup>7</sup>, fenomeno senza precedenti nel quadro politico internazionale.

In Italia, e più in generale in Europa, oggi, come già negli Stati Uniti alla metà degli anni settanta, cioè nella fase iniziale della bioetica, molte delle questioni oggetto di più acceso dibattito prendono, dunque, corpo nell'ambito del diritto, e, riguardo ai più scottanti problemi, dalla fecondazione artificiale alla sperimentazione sugli embrioni, dall'aborto all'ingegneria genetica, dal testamento biologico all'eutanasia, il confronto e lo scontro avvengono più che al livello delle opzioni morali individuali, al livello delle soluzioni già reperibili o prospettabili nel diritto.

Va però detto che l'odierna diffusa consapevolezza circa le implicazioni giuridiche degli interventi biomedici sugli esseri viventi e, soprattutto, sull'uomo, ha rappresentato, nel nostro contesto, una conquista relativamente tardiva. Nei primi dieci, forse quindici anni del dibattito, quale si è andato svolgendo nel continente europeo e, soprattutto, in Italia, le questioni bioetiche sono, infatti, state considerate avendo riguardo soprattutto alle loro implicazioni morali. Priva dell'apporto dei giuristi, arrivati tardi, e con riluttanza, ad occuparsi di tali problemi, la bioetica italiana è stata, nella prima fase del suo sviluppo, realizzata prevalentemente sotto l'insegna della filosofia morale, mentre scarsa è stata l'attenzione prestata all'adeguatezza del diritto vigente e delle categorie giuridiche tradizionali rispetto ai nuovi scenari della vita umana delineatisi sotto la spinta delle innovazioni tecnologiche, né, in prospettiva *de iure condendo*, è stato posto in

mulgata, contestualmente ad una legge sulle cure palliative, il 28 maggio del 2002, è pubblicata in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 3, 2002, pp. 578-588.

<sup>7</sup> Si tratta della lista «Aborto. No, grazie» presentata da Giuliano Ferrara.

primo piano il problema della regolazione giuridica di materie «sensibili», quali quelle relative agli interventi sul corpo, che pur «la mancanza di un sentire bioetico condiviso»<sup>8</sup> rende difficilmente disciplinabili con i soli strumenti della morale.

Circa le cause del tardivo interesse dei giuristi per le questioni bioetiche e, conseguentemente, dello scarso apporto che, almeno fino ad un certo punto, alla bioetica è venuto da una riflessione realizzata in prospettiva giuridica, le opinioni non sono univoche. C'è chi ha parlato di reciproca diffidenza tra la medicina e il diritto, la prima incline «a vedere nel diritto un ossessivo e formalistico sistema di norme generali ed astratte, incapaci di adattarsi alle molteplici e imprevedibili esigenze dei casi concreti»<sup>9</sup>, il secondo propenso a scorgere «nella medicina un'attività benefica sì, ma pericolosamente suscettibile di rovesciarsi in una minaccia per l'uomo»<sup>10</sup>. C'è chi ha puntato l'attenzione proprio sulla limitatezza, in contesti come quello italiano, di interventi legislativi in questa materia, e, contestualmente, sul condizionamento esercitato, soprattutto nei paesi di *civil law*, dal modello del giurista come puro interprete dello *ius conditum*, estraneo a qualunque impegno in direzione dello *ius condendum*<sup>11</sup>.

Altri ancora hanno suggerito di considerare il disinteresse dei giuristi funzionale alla sottoscrizione, magari solo implicita, di determinati valori, dei valori affermati nei sistemi normativi di diversa derivazione, a favore dei quali essi hanno abdicato nel momento in cui «hanno escluso dal loro orizzonte l'idea che i conflitti che si pongono nella medicina potessero essere analizzati in termini giuridici»<sup>12</sup>. Una posizione, quest'ultima, alla quale sembrano poter dare sostegno anche i risultati delle analisi metagiurisprudenziali<sup>13</sup> che hanno portato in evidenza lo scarto, spesso assai vistoso, fra l'ideologia e la pratica dei giuristi, e che hanno svelato il ruolo prescrittivo costan-

<sup>8</sup> A. SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in M. BARNI e A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, cit., p. 41.

<sup>9</sup> F. D'AGOSTINO, *Diritto*, in *L'Arco di Giano. Rivista di Medical Humanities*, 1, 1993, p. 51.

<sup>10</sup> F. D'AGOSTINO, *ibidem*.

<sup>11</sup> G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 5 e ss.

<sup>12</sup> A. SANTOSUOSSO, *op. ult. cit.*, p. 36. Secondo Santosuosso, i sistemi normativi di riferimento sono stati in Italia soprattutto l'etica cattolica e le regole preposte al corretto esercizio della professione medica, sancite nei codici di deontologia medica.

<sup>13</sup> Cfr., a questo proposito, N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965.

temente svolto dalla giurisprudenza, ad onta di tutte le professioni di purezza e di neutralità valutativa.

Sta di fatto che da alcuni anni a questa parte, l'atteggiamento che, fino alla seconda metà degli anni ottanta, ha ostacolato la considerazione delle questioni bioetiche sotto un'angolatura giuridica ha subito un mutamento assai profondo, al punto che il problema del rapporto tra bioetica e diritto costituisce oggi un capitolo imprescindibile della riflessione e del dibattito in corso a livello internazionale, così come nel nostro paese.

Si tratta di un significativo cambiamento di prospettiva, sul quale hanno, per concorde riconoscimento, influito importanti trasformazioni avvenute sul piano sociale non meno che sul piano culturale. Tra le prime, l'aumentato benessere e un sempre più marcato processo di democratizzazione, accompagnati dall'aumento della sensibilità individuale e sociale riguardo ai temi della salute e delle modalità d'esercizio della ricerca e della pratica medica. Tra le seconde, la percezione, sempre più decisa, che, nel contesto di una società eticamente pluralistica, come quella in cui viviamo, vale a dire di una società in cui coesistono differenti modi di concepire il bene, il controllo dei comportamenti degli individui non può più essere affidato soltanto alla morale.

## *2. Bioetica e diritto: un rapporto controverso*

Si sbaglierebbe, tuttavia, a credere che alla domanda se il diritto sia da considerare strumento idoneo per disciplinare le questioni bioeticamente rilevanti tutti sarebbero, oggi non meno di ieri, orientati a dare una risposta affermativa. Né sarebbe meno ingenuo e rispondente al vero ritenere che, tra coloro che condividono la convinzione dell'utilità, o addirittura dell'irrinunciabilità, del ricorso al diritto in materia bioetica, vi sia perfetta identità di vedute circa il tipo di regolazione, gli strumenti giuridici e il modello di tecnica legislativa appropriati alla materia bioetica.

Da una parte, è ancora consistente il «partito» degli avversari dell'intervento del diritto nelle questioni bioeticamente rilevanti. Si tratta di un partito eterogeneo e composito, di cui fanno parte soggetti alla base dei cui dubbi, perplessità e timori si possono individuare preoccupazioni ed esigenze assai diversificate e, in alcuni casi, addirittura incompatibili fra loro. Ne fanno parte, innanzitutto, clinici e ricercatori propensi a scorgere nel diritto un pesante marchingegno sanzionatorio, dal quale porsì al riparo con la pratica della cosiddetta «me-

dicina difensiva»<sup>14</sup>, piuttosto che un utile serbatoio nel quale trovare, così come nella deontologia e nell'etica medica, i criteri ai quali improntare il loro operare quotidiano.

Vi rientrano, inoltre, coloro per i quali disciplinare, anche severamente e restrittivamente, certe pratiche significa pur sempre legittimarle. Questa è stata, ad esempio, in Italia, la posizione di esponenti della Chiesa e del mondo cattolico, i quali hanno, a lungo, osteggiato la regolazione giuridica della procreazione assistita, alla cui disciplina per via legislativa si è pervenuti, nel nostro Paese, solo nel 2004. E questa è, oggi, la posizione di quanti ancora frappongono ostacoli all'approvazione di una legge sulle volontà anticipate di trattamento, o di quanti si oppongono a qualunque intervento legislativo sull'eutanasia e sul suicidio assistito, in nome di un'asserita inidoneità strutturale del diritto a regolare tale materia. All'opposto, peraltro, un atteggiamento di cautela, se non di vera e propria diffidenza, nei confronti della «giuridicizzazione» della materia bioetica è stato assunto anche da chi, propendendo per la tesi che «le questioni bioetiche vadano totalmente, o in larga parte, collocate nello spazio della libertà morale di ciascuna persona»<sup>15</sup>, ha intravisto il pericolo che alla regolazione giuridica di quelle questioni si accompagni la limitazione di libertà individuali, considerate fondamentali e irrinunciabili.

Tra gli avversari, o perplessi, nei riguardi dell'intervento del diritto in materia bioetica vi sono, poi, coloro che confidano nell'adeguatezza e nella sufficienza di strumenti di autoregolamentazione della pratica e della ricerca biomedica, quali i codici di deontologia, oppure coloro che ripongono grande fiducia nelle dichiarazioni di principio adottate dalla comunità internazionale dei medici e degli scienziati (Codice di Norimberga, Dichiarazione di Helsinki e successive integrazioni, ecc...), nelle *guidelines* formulate dalle accademie medico-scientifiche e dalle associazioni di specialisti e nei pareri dei Comitati Nazionali di Bioetica, oramai costituiti in moltissimi paesi, non-

<sup>14</sup> Tale espressione richiama un modo di praticare la medicina caratterizzato dalla messa in atto di cautele formali e di scelte sostanziali prudenziali, considerate idonee a porre gli operatori sanitari, e soprattutto i medici, al riparo dal rischio di incorrere in sanzioni civili e penali, piuttosto che dall'intento di realizzare sempre e comunque l'interesse del paziente e di rispettarne la volontà. Ne sono espressione «lo svuotamento in termini meramente formalistico-assicurativi delle procedure dell'acquisizione del consenso» (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, «Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento», Litotipografia Alcion, Trento 2006, p. 10) e la riluttanza alla sospensione dei trattamenti salva-vita, anche in situazioni in cui danno luogo ad ipotesi di accanimento terapeutico.

<sup>15</sup> E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 34.

ché coloro che indicano la strada educativa<sup>16</sup> come quella da percorrere in via preferenziale.

Passando a coloro per i quali non si possono avere dubbi riguardo al ruolo che il diritto è destinato a svolgere in relazione alle questioni bioetiche, ci si imbatte in una gamma di posizioni non meno diversificate. Se, per un verso, si guarda con favore all'elaborazione di strumenti normativi, di tipo legislativo e regolamentare, con cui disciplinare in modo specifico le situazioni, radicalmente nuove e solo pochi decenni orsono inimmaginabili, rese possibili dagli straordinari progressi in ambito biomedico e biotecnologico, e, al tempo stesso, si sottolinea la necessità di ridisegnare, in relazione a tali compiti normativi, molte categorie giuridiche tradizionali, per altro verso, incontra consensi anche la tesi che il diritto, nel quale trovare la tutela degli interessi in gioco e la risoluzione dei conflitti che si manifestano in queste materie, già ci sia e possa benissimo funzionare. Nel riferimento al diritto che già c'è si registrano, tuttavia, coloriture e articolazioni assai differenti. Si va, infatti, dalla posizione di chi rifiuta l'idea di un «vuoto giuridico» perché ritiene che nel diritto pubblico e privato, patrimonio del pensiero giuridico occidentale, vi siano regole e principi che, interpretati dalla giurisprudenza, risultano più che sufficienti a fornire un'adeguata disciplina giuridica ad ogni intervento sul corpo umano<sup>17</sup>, alla posizione di chi, pur guardando con favore all'elaborazione di categorie giuridiche adeguate alla nuova materia, suggerisce che, in mancanza di ampi consensi circa le linee alle quali devono essere improntati gli interventi legislativi sulle più scottanti questioni, e, potremmo aggiungere, a fronte di risultati assai controversi talora messi a segno dal legislatore<sup>18</sup>, l'unica strada oggi, e forse anche nell'immediato futuro, realisticamente percorribile, sia quella del diritto ad impronta giurisprudenziale. Una regolazione giuridica delle questioni bioetiche, dunque, affidata prevalentemente, se non addirittura esclusivamente, ai giudici<sup>19</sup>, nella quale si ritiene che possano giocare un ruolo di primo piano l'interpretazione estensiva, fin dove possibile, delle norme esistenti, e, soprattutto, il riferimento ai

<sup>16</sup> Per puntuali riferimenti a queste posizioni, cfr. C. CASONATO, *op. cit.*, p. 107.

<sup>17</sup> Cfr. C. NEIRINCK (a cura di), *De la bioéthique au biodroit*, «Collection droit et société» diretta da J. ARNAUD, J. COMMAILLE e F. OST, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris 1994.

<sup>18</sup> Il risultato più controverso è, negli ultimi stati, stato rappresentato dalla sopra citata legge 40/2004.

<sup>19</sup> Cfr., al proposito, A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI (a cura di), *Le questioni bioetiche davanti alle corti: le regole sono poste dai giudici?*, *Notizie di Politeia. Rivista di etica e di scelte pubbliche*, fascicolo n. 62, 2002.

principi sanciti dalla Costituzione e da importanti documenti sovranazionali<sup>20</sup>.

### 3. *Quale filosofia del diritto per la bioetica?*

A fronte del fatto, incontestabile, che le questioni bioeticamente rilevanti sono entrate nell'agenda della politica e sono divenute materia per giuristi, sia nella veste di operatori del diritto (magistrati, avvocati, notai), sia nella veste di studiosi del diritto positivo impegnati, in diverse prospettive (costituzionalistica, privatistica, penalistica, comparatistica ecc.) nella costruzione del cosiddetto «biodiritto», si può, a ragion veduta, affermare che il rapporto tra bioetica e diritto presenta, a tutt'oggi, i connotati di questione controversa, per affrontare la quale ci si deve dotare di strumenti d'analisi indispensabili sia per valutare la consistenza e l'insuperabilità delle difficoltà, che la regolazione giuridica delle questioni bioetiche incontra, sia per far chiarezza sui sottintesi, sulla portata e sulle implicazioni del ricorso a diversi modelli di regolazione, e ancor prima, sul carattere reale o apparente di alternative che si vanno prospettando.

La filosofia del diritto si presenta come un ricco serbatoio al quale è giocoforza attingere per munirsi di quegli strumenti d'analisi e come l'ambito disciplinare nel quale, non a caso, le questioni bioetiche trovano, dopo che ne sono state evidenziate le implicazioni giuridiche, oltre che morali, uno, se non il privilegiato contesto di trattazione e di approfondimento.

Ma quale filosofia del diritto? Nella filosofia del diritto rientrano ricerche, indirizzi di pensiero ed approcci metodologici molteplici e assai diversificati, per orientarsi tra i quali ritengo che si possa ancor oggi utilmente far ricorso, a quasi cinquant'anni dalla sua formulazione, alla nota distinzione di Norberto Bobbio tra «filosofia del diritto dei filosofi» e «filosofia del diritto dei giuristi»<sup>21</sup>. Come tutti ricorderanno, Bobbio caratterizzava, con la prima espressione, la prospettiva del filosofo del diritto che ritiene di poter ricavare soluzioni appropriate, e magari definitive, per i problemi che si presentano nel

<sup>20</sup> Tra questi, in particolare, la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (Oviedo, 1997), ratificata dal Parlamento italiano con la legge 145/2001 e la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Nizza, 2000).

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965. Il saggio *Natura e funzione della filosofia del diritto*, nel quale la distinzione è proposta, era stato pubblicato, in francese, in *Archives de Philosophie du droit*, nel 1962.



campo dell'esperienza giuridica, «applicando» a tale specifico ambito gli assunti generali di uno tra i molteplici indirizzi che concepiscono la filosofia come ricerca sui massimi problemi. La filosofia del diritto dei filosofi è, detto in altri termini, la pretenziosa ricerca che mira all'individuazione delle soluzioni normative appropriate o addirittura necessitate per diversi problemi, sulla base della delimitazione, a livello concettuale, delle proprietà ontologiche costitutive di determinati enti, ad esempio dell'ente persona, e questo sul presupposto che vi siano valori e disvalori inerenti a certi stati di cose ed eventi e, correlativamente, prescrizioni e valutazioni fondabili sulle proposizioni cognitive che a quegli stati ed eventi si riferiscono. Con l'espressione «filosofia del diritto dei giuristi», Bobbio connotava, invece, il differente approccio del filosofo del diritto che si impegna nell'adempimento di un più modesto compito critico o metodologico, non perdendo mai di vista il diritto e ciò che fanno i giuristi, anzi facendo proprio del diritto, del discorso delle norme e dei discorsi sulle norme lo specifico oggetto di una riflessione volta al chiarimento dei presupposti concettuali, degli assunti valutativi, dei modelli di diritto e di rapporti tra la morale e il diritto sottesi alla disciplina giuridica di una determinata materia, sia che si tratti della disciplina già vigente, sia che si tratti della disciplina da affidare ad una legge futura.

Questo secondo approccio, caratterizzato dal rifiuto delle sintesi ardite e delle «evoluzioni nei cieli della metafisica»<sup>22</sup> e, per contro, dall'adozione, prima di tutto, di uno «stile di lavoro» in cui si dà precedenza all'analisi sulla sintesi<sup>23</sup> con la convinzione che sia la strada da percorrere se si hanno a cuore la chiarezza e il rigore concettuale, è quello fatto proprio, in Italia, dalla filosofia del diritto di orientamento analitico-linguistico, alla quale hanno dato avvio e impulso gli studi dello stesso Bobbio e di Uberto Scarpelli e, successivamente, consistenti contributi di numerosi studiosi, pur diversi per formazione, interessi e inclinazioni<sup>24</sup>. È questo l'orientamento, ponendomi, con una decisa scelta di campo, nella cui prospettiva, cercherò di portare argomenti a sostegno dell'opportunità, anzi necessità dell'incontro tra bioetica e filosofia del diritto.

<sup>22</sup> U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, in AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida Editori, Napoli 1980.

<sup>23</sup> N. Bobbio, *op. cit.*, p. 44.

<sup>24</sup> Per la caratterizzazione della filosofia del diritto italiana di orientamento analitico-linguistico, cfr. U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, e ID., *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia. Introduzione a Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di U. Scarpelli), Edizioni di Comunità, Milano 1976.

#### 4. *Questioni bioetiche e categorie giuridiche*

La prima sfida che la bioetica ha lanciato al diritto ha riguardato l'apparato di concetti che costituiscono gli arnesi da lavoro di cui il giurista si avvale quando, in ambito teorico, non meno che in ambito pratico, è chiamato ad adempiere alla sua funzione sociale che, per citare ancora Bobbio è, primariamente, «quella di qualificare comportamenti come obbligatori, proibiti o permessi, e quindi di ascrivere diritti e doveri»<sup>25</sup>. Per il giurista, non meno che per il non addetto ai lavori (che guarda al diritto da una certa distanza e spesso non senza sospetto e timore), non è facile sottrarsi alla convinzione che si tratti di arnesi che si trovano, riposti in un metaforico scaffale, già pronti e adatti per ogni possibile uso, e non bisognosi di essere messi a punto o, addirittura, di essere riplasmati, quando la materia da trattare appare particolarmente delicata o eccessivamente resistente. In altre parole, la convinzione che le categorie giuridiche siano delle «entità» fisse, date una volta per tutte ed indiscutibili, di cui può essere fatta applicazione in tutti i campi, così da pervenire all'appropriata, o addirittura scontata, soluzione normativa per le questioni in gioco. Ora, i nuovi scenari delineatisi sotto la spinta dei progressi scientifici e tecnologici, e in relazione alle aumentate possibilità, in ambito biomedico, di intervento e di controllo sulla vita, hanno operato da fattore di crisi rispetto alla permanenza di tale convinzione, rendendone evidenti le pesanti ricadute negative. La prima ricaduta negativa è quella di dar luogo a qualificazioni di atti, fatti o situazioni, diffusamente percepite come improprie e deformanti. Se ne è ravvisato, per concorde valutazione, un esempio, nell'assimilazione all'adulterio del ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo<sup>26</sup>, e al conseguente riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c., da parte del marito, pur inizialmente consenziente, nelle pronunce giurisprudenziali in materia, anteriori alla sentenza della Corte Costituzionale, che ne ha riconosciuto l'illegittimità<sup>27</sup>. Ma un altro esempio di qualificazione problematica, alla luce delle consolidate categorie giuridiche di-

<sup>25</sup> N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970.

<sup>26</sup> Cioè realizzata facendo ricorso ad un donatore di gamete maschile estraneo alla coppia.

<sup>27</sup> La sentenza della Corte costituzionale in questione è la n. 347 del 1998. Il divieto di disconoscimento della paternità, da parte del marito consenziente, del figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è stato sancito anche nella recente legge n. 40 del 2004, che pur, come è noto, vieta questa modalità di procreazione assistita.

sponibili, è stato offerto dalla qualificazione del trattamento sanitario, in particolare, dell'intervento chirurgico posto in essere senza il consenso informato del paziente, soprattutto con riferimento a casi di pazienti deceduti a seguito degli interventi non previamente consentiti. Il succedersi, nell'arco di pochi anni, di sentenze che, in relazione alla medesima fattispecie, hanno ora ravvisato la responsabilità del chirurgo per omicidio preterintenzionale, ora la sua responsabilità per omicidio colposo, ora, invece, lo hanno ritenuto esente da ogni addebito sul piano penale<sup>28</sup>, ha messo in chiara evidenza la mancanza di una figura di qualificazione giuridica a cui il trattamento sanitario arbitrario possa essere ricondotto in modo tale da garantire l'interesse dei pazienti alla tutela della loro autonomia e della loro integrità fisica, senza per questo dover operare forzosi travisamenti della natura e delle finalità della pratica medica.

Ma tra le categorie messe a dura prova dalle aumentate possibilità d'intervento sul corpo umano, e dalla necessità di ripensare i ruoli spettanti ai soggetti coinvolti (soprattutto ai medici e ai pazienti), in un contesto culturale sempre più segnato dal riconoscimento della libertà individuale come valore, vi sono anche nozioni giuridiche fondamentali, quali, ad esempio, quella di capacità. In relazione alla capacità, che è necessario e sufficiente presupporre per investire delle scelte, in forma attuale o anticipata, sulle cure gli individui ai quali le cure sono destinate, non sembra, infatti, poter più essere data per ovvia e scontata l'identificazione con la «capacità di agire» che il diritto, sulla base di criteri presuntivi (in base ad una logica di economia, di certezza e di garanzia di terzi), attribuisce, oggi, ai soggetti che abbiano raggiunto la maggiore età e che non siano stati interdetti. Con riguardo al campo della salute, riscuote consensi la tesi che a contare è il possesso, da parte degli individui, anche minorenni, di una facoltà di intendere e di volere sufficiente per compiere scelte ed assumere decisioni relative ai trattamenti sanitari, e che la rigida contrapposizione tra capacità e incapacità è destinata a lasciare il campo ad un'articolazione della condizione soggettiva realizzata tenendo conto di un'ampia gamma di situazioni intermedie tra i due estremi della piena riferibilità e della totale assenza di ogni possibile riferimento alla volontà di un soggetto<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Tali sono state, rispettivamente, le tre sentenze della Corte di cassazione del 21 aprile 1992 (Caso Massimo), del 9 marzo 2001 (Caso Barese) e dell'11 luglio 2002 (Caso Volterrani). Per un'approfondita analisi di queste sentenze cfr. F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, gennaio-marzo 2004, pp. 141-192.

<sup>29</sup> In questa direzione orienta la legge n. 6 del 9 gennaio 2004 che ha istituito

Non più ovvia e scontata appare, peraltro, anche la consolidata distinzione tra «soggetto parte» e «soggetti terzi». A sollecitarne il ripensamento è la disponibilità, sulla base delle aumentate conoscenze nell'ambito della genetica, di test diagnostici e predittivi che consentono l'acquisizione di informazioni genetiche relative sia ad un individuo, sia a tutti coloro che ne condividono i caratteri ereditari. Ma questo comporta che vi sono dei soggetti che, rispetto al soggetto di cui, mediante i test, vengono acquisiti dati genetici, non possono, in senso proprio, essere più considerati «terzi», dal momento che una parte di quei dati appartengono o dovrebbero appartenere anche a loro. Si tratta, per così dire, di «terzi non estranei», in posizione intermedia tra il soggetto dei dati e i terzi propriamente detti. Soggetti riguardo ai quali si va affermando l'idea – per usare l'espressione che ricorre in una raccomandazione del Consiglio d'Europa<sup>30</sup> – di una «protezione legale ibrida», da assicurare introducendo eccezioni, in alcuni casi, e previa un'accurata valutazione degli interessi in gioco, alla regola generale che subordina alla libera determinazione del soggetto l'acquisizione, il trattamento e la comunicazione dei dati<sup>31</sup>.

Tra le nozioni giuridicamente rilevanti, in relazione alle quali la materia bioetica, ancor più di altri ambiti tematici, ha dato evidenza alla necessità di un accostamento critico, va inoltre, anzi forse prima di ogni altra, menzionata la nozione di persona. Tale concetto viene messo in campo per contestare la liceità non solo morale, ma anche giuridica, dell'aborto, non meno che per giustificare una disciplina, come quella attualmente vigente in Italia in materia di procreazione medicalmente assistita, che contiene limitazioni e divieti (esclusione dei soggetti portatori di malattie genetiche trasmissive, divieto della diagnosi pre-impianto, divieto di qualunque forma di sperimentazione sugli embrioni ecc.), a fondamento dei quali viene posta l'affermazione che l'embrione, e a maggior ragione il feto, sono persone. Ma, la qualifica di «persona» gioca un ruolo fondamentale anche in relazione a situazioni completamente diverse. Si pensi a quegli stati di sospensione tra la vita e la morte, quali lo stato vegetativo permanente, che rappresentano l'effetto collaterale non voluto e, allo stato

l'Amministrazione di sostegno, con l'intento, come si legge nell'art. 1, di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana».

<sup>30</sup> Si tratta della Raccomandazione n. 5 del 1997, consultabile presso il sito del Consiglio d'Europa, [www.coe.fr/dataprotection/rec/](http://www.coe.fr/dataprotection/rec/).

<sup>31</sup> In questa prospettiva, e nella linea della raccomandazione 5/97, il Garante per la privacy, con una decisione del 22/5/99, ha autorizzato ad accedere ai dati sanitari del padre una donna affetta da glaucoma bilaterale e interessata, ai fini di una futura gravidanza, a conoscere se il padre sia stato affetto dalla stessa malattia.

attuale delle conoscenze, non sempre prevedibile, della messa in atto di tecniche rianimatorie e di sostegno vitale volte al recupero di funzioni vitali compromesse a seguito di gravi eventi traumatici. Se, in relazione a questi stati, ha trovato sostenitori la teoria della cosiddetta «morte corticale»<sup>32</sup>, ciò è avvenuto a muovere dal rilievo che gli individui in questa tragica condizione non sono più persone. E, ancora, la tesi che gli animali non umani, soprattutto quelli che presentano affinità rilevanti con l'uomo, quali i primati, sono persone, trova significativo spazio nel dibattito animalista. In queste e in molte altre situazioni, l'attribuzione o, per contro, la negazione dello status di persona (con le importanti conseguenze che ne discendono sul piano normativo) vengono fatte sul presupposto che «persona» denoti un insieme di proprietà attingibili grazie alla conoscenza scientifica o, secondo taluni, sul piano meta-empirico di un'indagine filosofica capace di più «pregnante» comprensione teoretica/ontologica. In forza dell'individuazione di tali proprietà, si opera l'identificazione delle persone con «enti» dotati di certe caratteristiche biologiche e psicologiche, dall'individuo non nato, portatore del genoma umano, all'individuo umano nato, all'individuo umano capace di coscienza e di interazione con il mondo esterno, ad individui non umani in possesso di capacità cognitive e relazionali.

La diffusa convinzione che la qualificabilità di un individuo come persona possa svolgere ruolo decisivo in relazione a molti dei più delicati problemi bioetici bisognosi di risposte sul piano giuridico, oltre che sul piano morale, non va, a ben guardare, disgiunta, da una trattamento della nozione di persona che lascia intravedere l'adesione, più o meno consapevole, ad un approccio definitorio di tipo realistico e alla «fallace concezione del linguaggio come specchio di un realtà, per cui ad ogni nome nel linguaggio dovrebbe corrispondere qualcosa (un ente, una relazione) nella realtà»<sup>33</sup>. La filosofia del diritto di orientamento analitico, che accoglie la concezione convenzionalistica del linguaggio e nominalistica della definizione, offre gli strumenti per superare quella fallacia e per liberare la persona, non meno di altre nozioni giuridicamente rilevanti, dalle paralizzanti ipoteche ontologiche e naturalistiche che ne fanno il luogo di insanabili controversie. Nella prospettiva in cui si sposta l'attenzione dagli enti e dalle proprietà degli enti destinate a rispecchiarsi nelle parole, alle parole stesse, con l'intento di individuare le funzioni che possono

<sup>32</sup> Per la presentazione di tale teoria, ed anche degli argomenti critici fatti propri dai suoi stessi iniziali sostenitori, cfr. C.A. DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Bollati Boringhieri, Torino 2007, pp. 148 ss.

<sup>33</sup> U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 194.

svolgere in diversi contesti, si trovano le premesse per comprendere che, come la migliore teoria analitica dei concetti giuridici ha avuto il merito di chiarire<sup>34</sup>, quello di persona è un concetto «normativo», mediante il quale non si richiamano proprietà empiriche o ontologiche di determinati individui, ma si richiama il trattamento normativo, con la correlativa ascrizione di diritti e doveri, già attuato dal diritto vigente, o auspicato nel diritto futuro, in relazione a certi individui. Dietro la domanda quali individui siano persone, a meno che non si tratti della domanda sugli usi del termine «persona» in un certo contesto, non v'è un'esigenza conoscitiva, bensì l'esigenza pratico-valutativa di prendere posizione a favore di certe linee di comportamento. La teoria analitica dei concetti consente di vedere che i confini della persona, così come quelli della capacità o della soggettività giuridica, non sono già tracciati e in attesa di essere rilevati e descritti. Sono, al contrario, suscettibili di essere ridisegnati e, quindi, anche estesi o ristretti, sulla base di considerazioni di valore che, chi le fa proprie, ha l'onere di esplicitare, assumendosene la responsabilità.

##### 5. *Bioetica e modelli di regolazione giuridica*

Ma alla bioetica entrata, se pur problematicamente, in rapporto con il diritto, la filosofia del diritto ha da offrire anche un ricco patrimonio di riflessioni sui modelli di diritto ai quali improntare le scelte normative e sulla base dei quali valutare le scelte già compiute, nonché sui rapporti tra il diritto e la morale, tema in relazione al quale si va riproponendo, nello specifico ambito delle questioni bioetiche, la stessa profonda divaricazione che, nella storia della cultura giuridica, ha contrapposto il giusnaturalismo e il positivismo giuridico.

A riproporsi nel dibattito in corso sulla regolazione giuridica delle questioni bioetiche è, innanzitutto, l'antica contrapposizione tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. Da una parte, il modello di un diritto in cui le norme, che disciplinano la delicata materia degli interventi sul corpo umano, sono poste dai giudici, attingendo al patrimonio del pensiero giuridico occidentale, oppure interpretando estensivamente norme previste per altre materie, oppure ancora richiamando i principi sanciti nella Costituzione o nei recenti documenti normativi sovranazionali. Dall'altra parte, il modello di un diritto in cui sono le leggi, cioè le norme generali e astratte democra-

<sup>34</sup> Cfr., U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (Torino, 1959); nuova edizione a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano 1985; A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli 1990.

ticamente prodotte, a costituire l'irrinunciabile strumento mediante il quale dare certezze agli operatori e garanzie ai destinatari degli interventi, nonché porre al riparo dal rischio che la pratica e la ricerca biomediche non solo si svolgano senza una chiara definizione dei ruoli e delle responsabilità spettanti ai soggetti coinvolti, ma rimangano anche affidate a logiche di potere e di profitto.

Al filosofo del diritto spetta portare in evidenza le ragioni di principio e di fatto adducibili a giustificazione dell'uno piuttosto che dell'altro modello di diritto. A sostegno del diritto giurisprudenziale la duttilità, la maggiore idoneità, rispetto al diritto legislativo, a tener dietro alla continua evoluzione degli scenari prodotta dagli inarrestabili e rapidissimi progressi della scienza, nonché il fatto di rappresentare una sorta di strada obbligata, in presenza di quadri politici che sembrano rendere impossibile, ancor più che difficile, il raggiungimento di posizioni condivise destinate ad essere tradotte in un testo di legge. A sostegno del diritto legislativo, invece, la certezza e l'insostituibile funzione di presidio contro ogni forma di trattamento ingiustificatamente differenziato, o addirittura arbitrario. Ma al filosofo del diritto spetta anche sollevare il dubbio riguardo al fatto che quella che oggi si pone riguardo all'ambito delle questioni bioetiche sia proprio l'alternativa tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. Tale alternatività non sembra trovare conferme sul piano dei fatti, dal momento che, nel nostro, come negli altri paesi dell'area cultural-geografica occidentale, e soprattutto dell'area europea, il panorama normativo appare oggi caratterizzato dalla presenza sia di importanti, e talora decisive, pronunce giudiziarie, sia di strumenti legislativi che hanno rappresentato significative acquisizioni. Ferma restando la consistente produzione legislativa già nel presente di origine comunitaria, è ragionevole guardare alla legge e alla giurisprudenza come a due strumenti destinati, anche nel futuro, ad integrarsi, piuttosto che ostinarsi a considerarli due strumenti alternativi. Ma l'alternatività non trova nemmeno giustificazioni teoriche se il modello di riferimento alla luce del quale valutare le modalità di intervento del diritto in materia bioetica è, come nel nostro contesto si dà quasi per scontato che sia, il modello dello stato costituzionale di diritto. Il riferimento a tale modello o paradigma, e alla connessa rappresentazione del diritto in chiave ordinamentale, consente, infatti, di mostrare che vi sono i presupposti per relativizzare la contrapposizione tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale e, per altro verso, per comprendere che il rapporto tra il giudice e la legge non è più, per usare le parole di Luigi Ferrajoli, di «soggezione alla legge qualunque ne sia il contenuto o il significato, bensì soggezione anzitutto alla Costituzione, e quindi alla legge valida costituzionalmente.

Sicché l'interpretazione e l'applicazione della legge sono anche, sempre, un giudizio sulla legge medesima che il giudice ha il dovere, ove non sia possibile interpretarla in senso costituzionale, di censurare come invalida tramite la sua denuncia di incostituzionalità»<sup>35</sup>.

È vero, comunque, che, riguardo ai modi di intervento del diritto nella materia bioetica un'alternativa, ed aggiungerei un'alternativa molto netta, che dà luogo ad una linea di frattura che non sembra facilmente colmabile, c'è, ma non è certo quella tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. È, invece, quella tra due modelli di diritto che si differenziano radicalmente in relazione alla tradizionale e centrale questione dei rapporti tra il diritto stesso e la morale. E qui, ancora, una volta, spetta alla filosofia del diritto far chiarezza sulla natura e la portata dell'alternativa e sulle rilevanti implicazioni connesse alla scelta di uno dei modelli alternativi.

#### 6. *Dal diritto come mezzo per realizzare la «Morale» al diritto come garanzia per la coesistenza di diverse «moralì»*

Le riflessioni realizzate in questo ambito, non a caso avviate da un filosofo del diritto dello spessore di Scarpelli<sup>36</sup>, hanno portato in evidenza come il primo dei due modelli sia quello al quale è sottintesa l'idea che il diritto è un mezzo per realizzare la morale, per procurare alla morale la forza che essa non ha. Si tratta della prospettiva in cui, sul presupposto dell'esistenza (e della conoscibilità) di valori e di principi morali assolutamente giusti, si afferma che il diritto debba venir a fare tutt'uno con la morale, ponendo al servizio di questa il suo apparato di strumenti coercitivi. Nel delicato ambito delle questioni bioetiche tale impostazione si traduce nella richiesta di una regolazione giuridica informata ad un criterio «obiettivo “di giustizia materiale, che si pretende essere strutturalmente inerente alla logica specifica dell'organizzazione giuridica del vivere»<sup>37</sup>, e si traduce, altresì, nel favore per una legislazione che vada ben oltre la disciplina degli

<sup>35</sup> L. FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA e D. ZOLO, (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

<sup>36</sup> Cfr., su Scarpelli, P. BORSELLINO, *La via scarpelliana alla regolazione giuridica della bioetica ovvero l'alternativa alla biogiuridica*, in *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, n. 73, 2004, pp. 159-166.

<sup>37</sup> Il modello di una normazione giuridica delle questioni bioetiche informata a criteri obiettivi di giustizia e finalizzata all'obiettivo di una «non arbitraria legislazione bioetica» (F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Transizione*, 13-14, 1989, p. 291) caratterizza l'orientamento della cosiddetta «biogiuridica». Cfr. anche L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2002.



aspetti tecnici delle prassi biomediche, per affermare, attraverso la tecnica dei divieti e dell'apposizione di limiti rigorosi, modelli di nascita, di salute, di vita, di morte conformi a precisi valori morali, ad una ben determinata concezione morale. Il risultato è sovente quello di interventi legislativi che esprimono modelli normativi assai rigidi e dal carattere fortemente eteronomico riguardo ai soggetti coinvolti, e che appaiono poco idonei ad assolvere la funzione di comporre i conflitti a causa della delegittimazione di posizioni etiche, pur significativamente rappresentate nella società, che ad essi inevitabilmente si accompagna<sup>38</sup>.

Di tale modello si trova un esempio nella legge in materia di procreazione medicalmente assistita approvata dal Parlamento italiano nel 2004. Tale legge, che si caratterizza per la severa delimitazione delle ipotesi nelle quali le pratiche di procreazione assistita risultano essere lecite, rivela, infatti, l'intenzione di affermare ben determinati valori morali, piuttosto che l'intenzione di stabilire regole dirette a garantire che le pratiche siano realizzate in modo tale da assicurare il maggior vantaggio possibile dei soggetti coinvolti.

Passando all'ambito giurisprudenziale, non è, d'altra parte, difficile imbattersi in pronunce dalle quali emerge l'intento di riaffermare principi morali ritenuti imprescindibili, quale, in particolare, il principio della sacralità e dell'indisponibilità della vita. Per limitarsi ad un solo esempio, può essere menzionata l'ordinanza con cui il 7 giugno del 2007 il GIP presso il Tribunale di Roma ha disposto il rinvio a giudizio del dott. Mario Riccio per omicidio del consenziente, in relazione alla vicenda della sospensione del trattamento di sostegno vitale rifiutato da Piergiorgio Welby<sup>39</sup>. Alla base del provvedimento è stato posto l'argomento che il diritto alla vita, «pur in assenza di una specifica previsione costituzionale, costituisce il presupposto di tutti gli altri diritti».

Ora, alla base di una regolazione giuridica in materia bioetica così intesa, v'è la fiducia in un'unica morale degna di prevalere e di essere affermata a qualunque costo, e v'è anche la convinzione che il

<sup>38</sup> Cfr., su questo punto, S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO e C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Laterza, Bari 1989, pp. 41-68. Rodotà osserva che una legislazione di questo tipo sembra in realtà funzionale allo scopo di sbarrare il più possibile la strada alle novità, a tutto ciò che appare artificiale.

<sup>39</sup> Come è a tutti noto, il dott. Riccio è stato successivamente prosciolto dall'imputazione nella sentenza del GUP del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007, con la motivazione che il rifiuto di un trattamento salvavita costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente, e che la sospensione del trattamento, se pur causativa della morte, costituisce condotta tenuta in adempimento di un dovere e, quindi, non punibile.

pluralismo etico sia, dopo tutto, il prodotto di un disorientamento etico transitorio e rimediabile proprio per mezzo del diritto. Ma il pluralismo etico si è andato sempre più configurando, nella società contemporanea, a livello sia nazionale che internazionale, come un elemento caratterizzante nel quale bisogna riconoscere, prima di tutto, un fatto difficile da negare, ma nel quale bisogna anche scorgere un valore, un bene da salvaguardare e da garantire, non un male da sconfiggere.

A ciò si può aggiungere la considerazione che il processo di secolarizzazione da cui è stato profondamente segnato lo sviluppo della civiltà moderna ha conferito consistenza sempre maggiore all'opinione che non spetti al diritto – come invece secondo taluni spetta alle regole della morale – rendere virtuosi i soggetti che ne osservano le norme. Funzioni fondamentali del diritto saranno, piuttosto, quelle di orientare i comportamenti degli individui per mezzo di regole che forniscano modelli di condotta il più possibile determinati e suscettibili di essere osservati, e che permettano una soddisfacente composizione dei conflitti, legittimando, al tempo stesso, al più alto grado possibile, la partecipazione dei soggetti capaci alle decisioni che li riguardano, e quindi la loro partecipazione all'esercizio del potere<sup>40</sup>.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, è stato posto in rilievo come un diritto che, pur in presenza di un diffuso pluralismo etico, sancisca la superiorità di un sistema particolare di valori morali, lungi dall'essere la migliore, o addirittura la sola strada percorribile, rischi di trasformarsi in «veicolo di autoritarismo»<sup>41</sup>, in strumento per l'imposizione di certezze morali che la società non ha. Di qui l'idea di un differente modello di intervento del diritto nelle questioni bioetiche. In tale diverso modello, per un verso, continua ad avere un ruolo centrale la legge, purché si tratti di una legge il più possibile povera di contenuti morali, che non privilegi un unico punto di vista morale o un'unica ideologia, di una legge senz'altro capace di interventi assai severi ed incisivi sul fronte della garanzia dei diritti individuali dei soggetti coinvolti, ma volta prevalentemente a regolare gli aspetti tecnici e procedurali dei diversi tipi di prassi. Ma in questo modello trovano, per altro verso, un importante riconoscimento sia istanze normative extragiuridiche (società scientifiche, comitati etici, ordini professionali); sia interventi giurisprudenziali ispirati al principio che afferma l'uguale diritto degli individui di godere del massimo grado di libertà compatibile con irrinunciabili esigenze

<sup>40</sup> Per una caratterizzazione in questo senso delle funzioni fondamentali del diritto cfr. V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, I ed. Laterza, Roma-Bari 1987.

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 45.

sociali, e, soprattutto, con l'esigenza di non impedire la libertà degli altri e di non recare loro danno.

Si tratta, in breve, di un modello conforme all'idea del diritto come «regola di compatibilità» tra valori differenti, piuttosto che come «regola di preponderanza»<sup>42</sup> di un solo valore o sistema di valori, mediante il quale si possono perseguire alcuni fondamentali obiettivi. In primo luogo, stabilire le condizioni affinché i soggetti che lo desiderano si avvantaggino al meglio delle nuove frontiere della ricerca e della pratica biomediche. In secondo luogo, dare certezze, di cui oggi sono spesso privi non solo i privati cittadini, ma anche i ricercatori e gli operatori sanitari. Infine, stabilire dei limiti, ispirandosi, però, nel farlo, al principio che individua nella necessità di impedire danni ad altri l'unica valida ragione per restringere, o addirittura per sopprimere, l'autonomia e dunque il potere di decisione e d'azione degli individui.

### 7. *Regolazione giuridica delle questioni bioetiche e orizzonti morali*

Inevitabile, a questo punto, la domanda circa le ragioni e le implicazioni di una regolazione giuridica della bioetica preoccupata di recepire ed imporre il modello di vita buona proprio di una certa morale, alias della «Morale», piuttosto che di una regolazione informata al criterio di garantire agli individui (adulti e consapevoli) il più alto grado di esplicazione della loro autonomia decisionale e di azione compatibile con l'impedimento del danno ad altri e con il rispetto dell'altrui autonomia e libertà.

A sostegno dei diversi modelli vi sono senz'altro ragioni di fatto, più precisamente, opinioni circa il possibile impatto che le regole giuridiche in materia bioetica potrebbero avere sulla società e sui suoi membri. Un terreno, questo, sul quale v'è già, e ancor più vi sarà nel prossimo futuro, molto da fare per la sociologia, in particolare per la sociologia del diritto, che avrà il compito di vagliare la solidità degli argomenti addotti, realizzando accurate indagini empiriche.

Quello dei pur relevantissimi argomenti di fatto non è tuttavia, a mio parere, il terreno decisivo per la giustificazione dell'adesione ad un modello di regolazione giuridica della bioetica. Il terreno decisivo è invece, a ben guardare, quello delle convinzioni profonde, delle visioni del mondo, evidenziate da una riflessione filosofico-giuridica che, riappropriandosi del suo tradizionale compito assiologico, sap-

<sup>42</sup> Per questa contrapposizione cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 45.

pia confrontarsi con le opzioni di valore sottese alle scelte giuridiche. Dietro il diritto e il diverso modo di configurare il suo ruolo nelle questioni bioetiche vediamo, a questo punto, ricomparire la morale. Ma quale morale?

Evidente risulta il prospettarsi dell'alternativa tra due concezioni, forse meglio, tra due diversi orizzonti della morale. Dietro la posizione di chi guarda con favore al diritto come ad uno strumento per affermare una particolare visione morale, la morale come orizzonte di principi e valori assoluti, precostituiti agli uomini, che gli uomini devono solo riconoscere, come orizzonte di fini e di valori rispetto ai quali, nonostante le professioni di apertura al confronto e al dialogo, non sembra esservi spazio per il dissenso o per atteggiamenti diversi dall'accettazione. Dietro la posizione di chi considera il diritto strumento di compatibilità e di coesistenza di diverse visioni morali, la morale come orizzonte in cui individui portatori di valori, di fini, di principi spesso divergenti giungono, pacificamente, all'individuazione delle linee d'azione da adottare nelle diverse circostanze, grazie al riconoscimento che, con l'unico limite del danno agli altri, ogni individuo adulto e consapevole ha diritto di vivere secondo le proprie convinzioni e i propri principi morali.

Insomma, come scriveva Scarpelli nel 1987, «la scelta etica di dettar norme e stabilire valori per tutti; oppure la scelta etica di lasciare a ciascuno la ricerca della propria strada, sul presupposto che la scelta altrui valga, per chi la fa, non meno della scelta da me fatta per me stesso»<sup>43</sup>.

La preferenza accordata alla seconda alternativa fa tutt'uno con la convinzione «laica» e non «laicista» che quella della tolleranza, o forse meglio, del rispetto delle convinzioni morali degli individui, sia la sola strada percorribile per garantire la realizzazione di qualunque sistema di valori, dei sistemi di valori in cui si sostanziano le etiche laiche, ma anche dei sistemi di valori propri delle etiche religiose.

<sup>43</sup> U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, in *Biblioteca della libertà*, 99, 1987, p. 20.

# *Dalla bioetica al biodiritto: riflessioni filosofico-giuridiche*

di Laura Palazzani

SOMMARIO: 1. Urgenza e ritardo del biodiritto. – 2. Biodiritto e pluralismo etico: quale biodiritto? – 3. Biodiritto e giustizia.

## *1. Urgenza e ritardo del biodiritto*

«Biodiritto» è un neologismo che, seppur più recente dell'espressione bioetica, ha avuto una rapida diffusione a livello nazionale ed internazionale. Non è accertata l'origine dell'uso del termine: in ogni caso nella letteratura risulta, in modo evidente, come questa espressione tenda sempre più ad affiancarsi all'espressione bioetica, se non addirittura a sostituirla. È una percezione diffusa che il biodiritto sia l'inevitabile esito della bioetica e che la bioetica non possa evitare il riferimento al biodiritto: ciò è dovuto principalmente all'emergere dell'esigenza sempre più avvertita nella società attuale di una regolamentazione giuridica delle pratiche biomediche e sociosanitarie, conseguenti al progresso scientifico e tecnologico. Così come il termine bioetica non coincide con il significato etimologico («etica della vita»), anche l'espressione biodiritto non equivale a «diritto della vita»: il diritto, come l'etica, da sempre si è occupato della vita e della regolamentazione delle azioni dell'uomo nei confronti della vita, propria ed altrui.

La specificità del biodiritto è identificabile nella ricerca orientata alla elaborazione di regole per disciplinare i comportamenti umani a livello sociale, nel contesto dell'avanzamento delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche in biologia e in medicina. Bioetica e biodiritto non si sovrappongono, seppur trattando argomenti analoghi (anche se non sempre coincidenti); il biodiritto affronta i problemi bioetici con un approccio specificamente giuridico, senza proporre orientamenti morali alla coscienza per una condotta che realizzi (o si avvicini il più possibile) al bene (massimo), limitandosi a prescrivere legislativamente in modo vincolante (con la pre-

visione di sanzioni) i comportamenti o ad applicare giudizi giurisprudenziali alla prassi, al fine di garantire la convivenza sociale. Il biodiritto, pertanto, nato come propaggine della bioetica, sta sempre più divenendo una disciplina epistemologicamente autonoma.

Spesso si parla di «spazio giuridico vuoto» in bioetica, ma in modo non sempre corretto. Molte sono le vicende e le problematiche emergenti dallo sviluppo delle tecnoscienze che è possibile regolamentare nell'ambito del diritto vigente, che, anche senza una previsione esplicita, offre principi o regole di riferimento, nell'ambito costituzionale, civile e penale o nell'ambito dei precedenti giudiziari (soprattutto nei sistemi di common law), oltre che con riferimento a orientamenti comunitari ed internazionali che, sebbene con minor forza vincolante, hanno spesso esplicitamente affrontato (in dichiarazioni, direttive, raccomandazioni o risoluzioni) questioni bioetiche (a volte in anticipo rispetto ai singoli Stati). Ma quando le problematiche presentano elementi di novità che fuoriescono dal diritto esistente (legislativo o giudiziale), richiedono un intervento (del legislatore o del giudice) esplicito, attuale e specifico.

Si percepisce, in modo sempre più evidente nell'ambito della società attuale, l'urgenza di chiarire quale regolamentazione biogiuridica (esistente o elaborata ad hoc) possa risolvere i contrasti di fronte alle inedite manipolazioni dell'umano (ma anche della vita non umana), contrasti che appaiono sempre più accesi e di difficile soluzione sul piano della pluralità delle etiche che si confrontano. Eppure non sempre è facile indicare la risposta giuridica alla domanda sociale: si registra un ritardo del biodiritto, o comunque di una riflessione sistematica a livello legislativo, dottrinale e giurisprudenziale.

Una ragione del ritardo del biodiritto è rintracciabile nell'asincronia tra rapidità e dinamicità del progresso tecno-scientifico biomedico da un lato e lentezza del diritto dall'altro (nel confronto politico, nella produzione legislativa, nell'interpretazione giurisprudenziale, nell'elaborazione dottrinale); la diversa velocità della tecnoscienza rispetto al biodiritto è strutturale e spesso determina un disagio del diritto nell'intervenire nelle problematiche bioetiche, accentuando il rischio di obsolescenza (il biodiritto tende ad arrivare troppo tardi quando il problema non è più sentito, oppure trasformato sostanzialmente o avvertito diversamente), ma anche il rischio opposto di frettoloso interventismo (il biodiritto, consapevole della propria lentezza, di fronte a problemi che suscitano un particolare allarme sociale, tende ad anticipare la scienza e pronunciarsi prima ancora della effettiva applicabilità di nuove conoscenze).

Anche l'interdisciplinarietà della materia rallenta i tempi dell'elaborazione biogiuridica, richiedendo agli operatori un continuo aggior-

namento e confronto con esperti di discipline diverse, con linguaggi e metodologie eterogenee. Emerge, a volte, la necessità di individuare categorie giuridiche nuove per definire e classificare fenomeni che fuoriescono dall'ambito usuale di analisi (non è raro che le norme bioetiche lascino alcune definizioni vaghe o addirittura rinuncino ad una determinazione dei contenuti, limitandosi a definizioni negative); così come si avverte l'esigenza di ripensare concetti tradizionali, inadeguati rispetto alla nuova realtà, con la formulazione di nuovi diritti o addirittura imponendo la configurazione di nuovi soggetti giuridici.

Un'ulteriore ragione della dilatazione dei tempi del biodiritto è rintracciabile nella prudenza, nel timore che determinate scelte possano provocare effetti imprevedibili ed irreversibili.

Ma la causa principale della lentezza del diritto nell'intervenire nelle questioni bioetiche è individuabile in una ragione di carattere epistemologico, a causa della pluralità di teorie biogiuridiche, ossia di modi di intendere il diritto e dunque la funzione del diritto in bioetica<sup>1</sup>.

## 2. Biodiritto e pluralismo etico: quale biodiritto?

La posizione più estrema è quella dell'*astensionismo*<sup>2</sup> che, in nome della affermazione della libertà individuale, ritiene preferibile l'assenza del diritto (rispetto alla presenza del diritto) nelle questioni bioetiche. Secondo questa prospettiva si ritiene più opportuno escludere l'intervento pubblico del diritto, in quanto percepito come un'ingerenza che opprime ed interferisce indebitamente con l'autonomia soggettiva. Si tratta di un modello di pensiero che nell'orizzonte anti-giuridista e libertario chiede, proprio in bioetica, uno «spazio libero dal diritto» (presupponendo che tutto ciò che non sia né comandato né vietato da leggi, sia permesso), manifestando l'esigenza che si possa esprimere, nelle scelte che riguardano la vita e la morte, la salute e la malattia, la libertà privata della coscienza individuale, senza alcuna imposizione coercitiva esterna. È il movimento di pensiero noto come «Hil», ossia «*highly inappropriate legislation*», che ritiene che le legislazioni in bioetica, in qualsiasi modo siano formulate, non possano

<sup>1</sup> Per una analisi dei modelli biogiuridici cfr. F. D'AGOSTINO, *Bioetica e diritto*, in «Medicina e morale», 4, 1993, pp. 675-690; L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino 2009. Per una analisi del rapporto bioetica e diritto cfr. C. FARALLI e G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Gedit, Bologna 2007.

<sup>2</sup> Cfr. L. NIELSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna 1998, p. 50.

che risultare «altamente inadeguate» ed «inappropriate» in quanto inevitabilmente generiche rispetto alle specifiche esigenze individuali, incapaci di rispondere alla estrema variabilità ed inconciliabilità dei molteplici bisogni soggettivi. Su tali basi, il modello astensionista ritiene opportuno non legiferare in bioetica o comunque depenalizzare le eventuali leggi esistenti, preferendo alle leggi le regolamentazioni dei codici deontologici o le deliberazioni dei comitati etici, quali modalità normative indirette e flessibili, che fanno coincidere la responsabilità con l'autocontrollo di una comunità o l'autodisciplina dei singoli soggetti. È il modello che propone la degiuridicizzazione in bioetica, ossia la sottrazione delle problematiche bioetiche al diritto pubblico, con la conseguente privatizzazione delle scelte, riducendo al minimo l'intervento biogiuridico ed espandendo in modo massimo la decisione autonoma individuale.

Una seconda prospettiva biogiuridica è individuabile nell'orientamento *liberale*<sup>3</sup> che chiede l'intervento del diritto in bioetica, un intervento minimale con la funzione di garantire la libertà, intesa come autodeterminazione individuale. Secondo questo paradigma i «diritti morali» attengono alla sfera di autonomia delle scelte bioetiche rispetto alle quali il diritto positivo (ossia il «diritto giuridico» in senso stretto, posto in essere dal legislatore) non deve interferire, se non proteggendo le condizioni esteriori che consentano alla libertà di manifestarsi concretamente, abolendo gli impedimenti (o libertà negativa) e procurando i mezzi per la traduzione in comportamento (o libertà positiva). È il modello che chiede al biodiritto di potenziare la libertà soggettiva, amplificandola con la moltiplicazione delle possibilità di scelta. Il biodiritto liberale è chiamato a riconoscere il pluralismo etico (ritenuto inconciliabile), prendere atto delle nuove richieste individuali emergenti nella società, istituzionalizzare tutte le alternative possibili e prevedibili, senza prendere posizione a favore o a sfavore di nessuna modalità, affinché il singolo sia libero di esprimere la sua opzione individuale. In questo senso il biodiritto positivo (identificato con la codificazione legislativa e la forza di coazione formale ed esterna dell'ordinamento) avrebbe in bioetica un ruolo meramente estrinseco e comunque minimale, garantendo uno spazio privato alle decisioni morali, nella convinzione che ogni individuo possa fare ciò che vuole (anche nel caso si giudichi il comportamento disprezzabile, sconveniente o immorale), nei limiti del rispetto del danno ad altri (ove per danno si intende la interferenza con l'altrui

<sup>3</sup> T.H. ENGELHARDT JR., *Bioetica: i limiti della legislazione*, in «Biblioteca della Libertà», 125, 1994, pp. 85-107; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995; Id., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.



libertà). Solo nella misura in cui vi sia un fondato (ma anche solo presumibile) timore per eventuali rischi sulle conseguenze imprevedibili di determinate scelte, sono ammesse regole temporanee, stabilite di volta in volta, utili a tamponare le emergenze sociali, rivedibili ed eliminabili, se non necessarie. Da alcuni è ritenuto preferibile, rispetto alla legislazione minimale, l'intervento flessibile della giurisprudenza<sup>4</sup>.

Il *modello formalistico*<sup>5</sup> si iscrive in un orientamento di pensiero che tende a ridurre il diritto a traduzione normativa della volontà politica, facendo coincidere il biodiritto con la biopolitica. Secondo questa prospettiva il biogiurista ha la funzione estrinseca di registrare le decisioni espresse in sede politica, limitandosi a tradurle positivamente sul piano formale, verificando la conformità, la coerenza e la compatibilità normativa, secondo i parametri della certezza e della correttezza tecnica (codificando criteri interpretativi per risolvere eventuali antinomie o individuando principi per colmare, con modalità esclusivamente autointegrative, possibili lacune). Il biodiritto assume il ruolo, in questo ambito, di formalizzazione delle decisioni politiche (escludendo ogni discussione critica sui contenuti e sui valori), limitandosi alla verifica della validità della norma o all'interpretazione sulla base di criteri formali stabiliti (testuali o extra-testuali, ma mai antitestuali).

Secondo il *modello procedurale*<sup>6</sup> il biodiritto ha la funzione di difendere l'etica convenzionale pubblica, che fissa per tutti le procedure (pubblicamente concordate) per la gestione e la negoziazione dei conflitti sociali. Si tratta di procedure che hanno basi convenzionali (e non sostanziali), ma che, una volta concordate, sono e rimangono vincolanti per tutti (non potendo essere alterate arbitrariamente dai singoli individui): le procedure sono scelte mediante l'accordo politico che scaturisce dalla dialettica democratica. Secondo tale modello

<sup>4</sup> E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 31; ID., *La bioetica e i limiti del diritto*, in «Democrazia e Diritto», 4/5, 1988, pp. 21-41; A. VERZA e S. ZULLO, *Bioetica, diritto e diritti*, Gedit, Bologna 2006; P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano 1999; M. KOPPERNOCK, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, Nomos, Baden-Baden 1997.

<sup>5</sup> Si tratta di un modello antiquato, non tanto teorizzato in bioetica, quanto fatto proprio da molti bioeticisti nella prassi. Cfr. AA.Vv., *Biopolitics and the Mainstream*, Jai, Greenwich (Conn.) 1994.

<sup>6</sup> È un modello di pensiero più sofisticato dei precedenti, diffuso soprattutto nell'ambito della sociologia giuridica (noto anche come «paradigma dell'adattamento»). Per una presentazione critica di questo paradigma cfr. P. Donati, *Il contesto sociale della bioetica: il rapporto tra norme morali e norme di diritto positivo*, in AA.Vv., *Bioetica: un'opzione per l'uomo*, Jaca Book, Milano 1989, pp. 135-181.

il diritto in bioetica registra l'accordo tra le parti, manifestato nelle scelte della maggioranza; il criterio democratico diviene criterio giuridico-formale per la procedura della normazione bioetica. Si tratta di un modello modificabile in funzione dell'emergere di nuovi orientamenti, condivisi dalla maggioranza o dalla logica politica maggioritaria (l'etica dei più o procedura maggioritaria).

Il modello *sociologico-fattuale*, nella prospettiva che riduce il diritto a fatto e a prassi, ritiene che il biodiritto coincida con l'azione sociale, con le decisioni dei tribunali o con le previsioni di ciò che i tribunali effettivamente decideranno. In questa prospettiva il diritto è la registrazione della prassi, attraverso la percezione del comportamento ripetuto (nel tempo) e diffuso (nello spazio) in una determinata società e delle esigenze comunemente avvertite nel convivere collettivo. Il diritto si identifica con ciò che è deciso dai giudici (in riferimento a casi concreti) o con ciò che si ipotizza possa essere deciso dai giudici nel futuro. In questo senso il biodiritto si limita o a prendere atto passivamente del comportamento della maggioranza dei consociati o a registrare le decisioni giudiziali (tutt'al più tentando, probabilisticamente, di prevederle)<sup>7</sup>.

I modelli biogiuridici delineati sono molto diversi sia sul piano teorico, che sul piano operativo; per certi aspetti i modelli sono sovrapponibili, per altri contrastanti<sup>8</sup>. Il modello astensionista propone una degiuridicizzazione in bioetica; gli altri modelli (liberale, formalistico, procedurale, sociologico) si orientano verso una giuridicizzazione della bioetica<sup>9</sup>: da un lato il rifiuto del diritto, dall'altro un bisogno di intervento del diritto, anche se minimale.

Si tratta di orientamenti diversi che si basano su argomentazioni non coincidenti, nelle quali è individuabile una matrice teoretica comune: una visione non-cognitivistica sul piano etico (negando la conoscibilità di una verità oggettiva sul piano dei valori) e una visione del diritto giuspositivista-formalista (nell'affermazione dell'esclusività del diritto positivo nella dimensione della validità formale) o sociologico-empirista (nel riconoscimento della dimensione fattuale del diritto identificato con l'efficacia e l'effettività emergente dalla prassi). Si tratta di modi di intendere il diritto che si fermano alla rilevazione

<sup>7</sup> È questo l'orientamento «casistico» di Toulmin [cfr. A. JONSEN e S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, University of California Press, Berkeley 1988; M.H. SHAPIRO e R.J. SPECE, *Cases, Materials and Problems on Bioethics and Law*, West Pub. Co., St. Paul (Minn.) 1981].

<sup>8</sup> Si tratta di una presentazione schematica, sul piano teorico. Vi sono nel dibattito anche posizioni sfumate non inquadrabili nelle diverse posizioni delineate in modo rigido, che presentano aspetti intersecati delle diverse posizioni delineate.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 225.

di «come» sono le norme, in modo acritico, limitandosi ad esprimere giudizi di fatto, registrazioni dell'esistente (sia in riferimento al diritto positivo che al diritto 'vivente', sociale o giudiziale), senza mai pronunciare giudizi di valore. È il cosiddetto (bio)diritto «senza verità», ossia il diritto neutrale o avalutativo che esige uno svuotamento di contenuti sostanziali e di riferimenti etici: il diritto si riduce a mero recipiente, riempibile di qualsiasi contenuto o valore, in funzione della volontà individuale o politica, dell'accordo negoziato o dell'agire sociale o giudiziale.

Nei modelli biogiuridici, riconducibili alla prospettiva giuspositivista-legalista, l'affermazione della priorità ed esclusività del diritto positivo neutrale rischia di lasciare irrisolto il problema del conflitto tra autonomie private che esprimono visioni etiche opposte ed inconciliabili (contestuali e simultanee), di cedere ai pericoli dell'arbitrio politico (se ci si limita alla visione formale del diritto), di affidarsi ciecamente a procedure estrinseche (anche maggioritarie) senza ricercare un consenso sostanziale. In tale contesto, oltre all'eccesso di proliferazione giuridica, le esigenze di certezza formale rischiano di estraniare il diritto dalla vita sociale ed alienare il diritto dall'etica, costruendo un sistema astratto, statico e chiuso rispetto all'evoluzione dinamica dei problemi bioetici. I modelli biogiuridici nella prospettiva sociologica-empirista, se consentono una maggiore flessibilità e adattabilità alle circostanze concrete e al mutamento sociale, si espongono ai rischi di asistematicità; si tratta di prospettive che intendono la funzione del biodiritto in modo dinamico e contestuale, ma al tempo stesso discrezionale e mutevole, non in grado di garantire dei punti di riferimento stabili e linee omogenee condivisibili.

Si tratta di modelli che nel biodiritto optano per una legge «mite», «aperta» e «sobria», comunque «a maglie larghe» e «minimale» (che offra linee generali riempibili ermeneuticamente dai giudici in riferimento ad ambiti specifici, delimitando la sfera di discrezionalità) o per una giurisprudenza flessibile, situazionale e contestuale, garantita in una ampia sfera di creatività. Insomma per un diritto «debole», che si orienti verso una riduzione al minimo del diritto pubblico ed un ampliamento massimo dello spazio della libertà privata: ogni intervento legislativo o giurisprudenziale deve evitare la rigidità ed essere adattabile alle rapide trasformazioni sociali (in senso diacronico) e al pluralismo etico (in senso sincronico). Nell'orizzonte neutrale, il diritto, scisso dalla natura, diviene strumento tecnico estrinseco (formale o empirico), che rinuncia di principio ad includere valori oggettivi (ritenuti non conoscibili).

Eppure, anche chi fa appello alla neutralità del diritto presuppone il riconoscimento (inevitabilmente valutativo) di una esigenza etica

minima del diritto: l'esigenza della mediazione e pacificazione delle controversie. L'esigenza etica continua a riemergere nel diritto, consapevolmente o inconsapevolmente, almeno l'istanza ineliminabile, ossia l'istanza della ricerca di elementi di condivisione intersoggettiva che evitino la violenza, la prevaricazione, il conflitto. Ma allora il diritto non è e non può essere neutrale (come pretende esplicitamente il non cognitivismo) e nemmeno relativista (come presuppone implicitamente chi nega la conoscenza di una verità oggettiva), ma afferma un valore minimale, costitutivo ed irrinunciabile: è meglio la coesistenza del conflitto (assumendo la coesistenza come un bene, se non altro perché si riconosce che è la condizione per l'esistenza di ogni uomo). Ma questo è un pronunciamento etico, una presa di posizione rispetto alla realtà che contraddice l'intenzione iniziale di avallatività.

### 3. Biodiritto e giustizia

La filosofia del diritto può svolgere, nel contesto del dibattito biogiuridico attuale, un ruolo rilevante, un ruolo critico e al tempo stesso propositivo: un ruolo critico nel mettere in evidenza le contraddizioni del relativismo, identificabili nell'ambiguo appello alla neutralità; un ruolo propositivo, nel mostrare che l'alternativa al relativismo (quale negazione scettica dell'esistenza e della conoscibilità della verità, affidando all'autoreferenzialità arbitraria individuale ogni valutazione etica) non è il dogmatismo (o affermazione definitiva ed assoluta della conoscenza della verità, da cui desumere le norme che regolino ogni comportamento possibile). Il diritto, o meglio la riflessione fenomenologica sul senso costitutivo del diritto, mostra la possibilità di una via intermedia individuabile nel riconoscimento razionale dell'esigenza costitutivamente umana della coesistenza e della relazionalità intersoggettiva, quale riconoscimento condivisibile etico «minimo» (non minimalista) da parte di tutti gli uomini (sul piano della mera razionalità pratica, indipendentemente dalla posizione teorica, ontologica ed etica assunta a livello «massimo»)<sup>10</sup>.

La riflessione sul diritto consente di comprendere che il diritto

<sup>10</sup> Cfr. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2002; D. FOLSCHIED, B. FEUILLET-LE MINTER e J.F. MATTÉI, *Philosophie et droit de l'éthique médicale*, PUF, Paris 1997; G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Vrin, Paris 2000; L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990; A. OLLERO, *Derecho a la vida, derecho a la muerte*, Rialp, Madrid 1997; A. TARANTINO, *Diritti umani e questioni di bioetica naturale*,

può trovare l'etica dentro di sé, al suo interno: non si tratta di fare una scelta tra le etiche nel contesto della pluralità che caratterizza il dibattito attuale (tale scelta determinerebbe inevitabilmente il privilegio di un'etica e la delegittimazione delle altre etiche). Il diritto è chiamato a rendere ragione fino in fondo del significato interno del diritto stesso, quale strumento volto alla difesa della coesistenza umana e della dignità di ogni uomo, quale presupposto e condizione di possibilità strutturale della stessa esistenza e coesistenza umana<sup>11</sup>.

La filosofia del diritto richiama il biodiritto al significato strutturale della giuridicità, evidenziando il pericolo di un diritto che si estranei radicalmente dall'etica o che affidi l'etica alle sole scelte arbitrarie soggettive, il pericolo di un uso del diritto contro l'uomo. Nel diritto è importante recuperare quella consapevolezza, che è progressivamente maturata e si è consolidata dopo le atroci esperienze storiche dei totalitarismi: la consapevolezza che il diritto non può divenire mero strumento asservito alla volontà di chi è più forte e non può limitarsi alla registrazione della prassi (quale essa sia). In altri termini: la funzione del diritto non può essere solo formale ed empirica. Il giurista per quanto intenda essere neutrale nell'ambito della società plurale postmoderna, non può essere indifferente rispetto alla valutazione sostanziale, almeno ad una valutazione sostanziale minima, che riconosca la valenza etica del diritto nella difesa della dignità oggettiva dell'essere umano, nella tutela dei diritti fondamentali.

In questo senso il biodiritto è chiamato a tematizzare la giustizia, quale esigenza etica intrinseca al diritto, elaborando ed applicando ai temi bioetici i criteri di uguaglianza, simmetria e reciprocità<sup>12</sup>. L'appello del diritto alla giustizia mostra la rilevanza dell'imprescindibi-

Giuffrè, Milano 2003; D. VILA-CORO, *Introducción a la biojurídica*, Universidad Complutense, Madrid 1995; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma 1997; E. SGRECCIA e G.P. CALABRÒ (a cura di), *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Marco Editore, Cosenza 2002; E. SGRECCIA e M. CASINI, *Diritti umani e bioetica*, in «Medicina e Morale», 1, 1991, pp. 17-47.

<sup>11</sup> F. D'AGOSTINO, *La dignità umana, tema bioetico*, in P. CATTORINI, E. D'ORAZIO e V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano 1999, p. 103 e ss.; ID., *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino 2004; S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino 1993; G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Studium, Roma 1997; F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito biogiuridico*, Cedam, Padova 2005.

<sup>12</sup> Nel Preambolo della *Carta delle Nazioni Unite* (1945) «Noi, popoli delle nazioni unite, decisi (...) a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana»; *Dichiarazione universale dei diritti umani*

lità nell'elaborazione, interpretazione ed applicazione di una norma giuridica del riferimento al riconoscimento delle spettanze obiettive di ogni uomo. Appellarsi al principio di uguaglianza significa ritenere che ogni uomo, per il solo fatto di essere uomo, non può divenire oggetto di discriminazione: ogni uomo deve essere trattato come soggetto avente una dignità forte (intrinseca) a prescindere da altre considerazioni estrinseche, quali l'appartenenza politica, religiosa, culturale, ma anche la differenza sessuale, cronologica o di condizioni di esistenza (salute/malattia). Il principio di uguaglianza (principio primo della dottrina dei diritti umani fondamentali) si radica nell'essere dell'uomo, indipendentemente dal suo agire: il diritto riconosce all'uomo una dignità speciale e sostanziale (non generica ed accidentale) in forza della sua appartenenza alla specie umana in vista della salvaguardia della sua identità antropologica, essendo la dignità un dato naturale da riconoscere non una qualificazione da attribuire o conferire. Il biogiurista è chiamato a difendere, attraverso il diritto, la dignità dell'essere umano come bene indisponibile (sottratto all'arbitrio del più forte), proibendo ogni forma di strumentalizzazione del corpo umano e violazione della vita umana nella consapevolezza che la vita umana è degna perché l'uomo è l'unico soggetto naturale capace (ontologicamente) di identificarsi (di dire di se stesso io e di riconoscere relazionalmente l'altro come un tu)<sup>13</sup>.

La rilevanza di una adeguazione del diritto al senso della giustizia si esprime in una duplice dimensione: ad un primo livello il biogiurista è chiamato ad entrare nel merito del contenuto delle singole norme giuridiche esistenti, allo scopo di esprimere una valutazione critica sul diritto vigente, interrogandosi sulla conformità di esso (leggi, sentenze, regole) rispetto alle spettanze obiettive della natura umana (emergenti in seguito al progresso tecno-scientifico), promuovendo uno sforzo di riforma nella direzione della adeguazione del diritto positivo al senso proprio del diritto, laddove si rilevassero incongruenze o ambiguità; ad un secondo livello il biogiurista ha il compito di ricercare nuovi modi di positivizzare le spettanze obiettive dell'umano, nel momento della formulazione e della elaborazione di regole giuridiche, nella continua e dinamica ricerca di esplicitazione della normatività dalla natura, garantendo all'uomo le condizioni per attuare

(1948) art. 1 «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»; *Patti internazionali sui diritti civili e politici, economici sociali e culturali* (1966), Preambolo: «riconosciuto che questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana».

<sup>13</sup> F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2001; Id., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1997.

pienamente la propria dignità, a partire dalla tutela generale della integrità fisica.

Tale sforzo critico è particolarmente complesso nell'ambito della bioetica dove è in gioco il riconoscimento dei diritti ai confini della vita, di fronte al rapido avanzare della scienza e della tecnologia biomediche. Il biodiritto è chiamato a ritematizzare la soggettività giuridica umana, mostrando la necessità che tutti i soggetti umani (individuati in organismi biologicamente umani) godano di un'uguale tutela giuridica (secondo simmetria e reciprocità), anche coloro che per motivi accidentali o provvisori, non ontologici (dovuti all'età, allo stadio di sviluppo o a condizioni di malattia, provvisorie o permanenti) non sono in grado di gestire in atto determinate capacità o le gestiscono debolmente, divenendo dunque particolarmente vulnerabili e fragili di fronte alle pressioni dell'avanzamento del progresso biotecnologico<sup>14</sup>. Si tratta, in altri termini, di richiamare e attualizzare la dottrina dei diritti umani (rispetto alla quale si è registrato un consenso universale) sottolineando la necessità biogiuridica della protezione del corpo biologico dell'essere umano (dall'inizio alla fine) di fronte alle nuove possibilità di manipolazione e di intervento sperimentale non terapeutico.

Di fronte al pluralismo etico il compito della biogiuridica non è quello di combattere il pluralismo e tantomeno di negarlo, né di imporre dogmaticamente una visione etica come prioritaria ed assoluta, ma semmai quello di identificare e giustificare i limiti invalicabili di fronte al 'potere' della tecnoscienza, evitando il pericolo di asservire la tecno-scienza alla volontà arbitraria individuale o politica o alle mutevoli esigenze sociali, riconoscendo la rilevanza «etica minima» della difesa della dignità umana<sup>15</sup>.

L'auspicio è che la biogiuridica possa trovare principi comuni di giustizia in bioetica, nell'ambito di una integrazione giuridica internazionale. Se il biodiritto si chiude nell'ambito nazionale o culturale di appartenenza, tende sempre più ad implementare il fenomeno del «turismo bioetico» (ciò che è vietato in un Paese, è o può essere permesso in un altro Paese); inoltre la stessa elaborazione del biodiritto all'interno di una concezione giuridica particolare può essere smentita o contrastata da una concezione diversa. Emerge l'esigenza di individuare principi giuridici comuni che possano costituire un biodi-

<sup>14</sup> F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in S. BIOLO (a cura di), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Marietti, Genova 1993, pp. 137-147.

<sup>15</sup> S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2007.

ritto che, seppur rispettando la specificità politica, la diversità culturale e la eterogeneità etica, sia estensibile universalmente, in senso transnazionale ed interculturale. Un biodiritto che individui nel riconoscimento dei diritti umani fondamentali (espressi nelle dichiarazioni, convenzioni, patti e documenti internazionali) i principi irrinunciabili dell'agire bioetico<sup>16</sup>. Seppur nelle inevitabili diverse interpretazioni del significato dei principi nelle contrapposte visioni biogiuridiche, è rilevante lo sforzo di dialogo interdisciplinare e plurale che si registra a livello internazionale: si pensi alla ormai considerevole quantità di raccomandazioni, risoluzioni, direttive europee su temi bioetici (con l'obiettivo di orientare le legislazioni degli Stati membri), alle dichiarazioni universali di organismi internazionali; si pensi alla *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano con riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina* (1997) e alla *Dichiarazione universale di bioetica e diritti umani* dell'Unesco (2005).

Si percepisce una maturazione progressiva dell'esigenza di superare la frantumazione che sin dall'inizio ha caratterizzato la bioetica nella ricerca di linee minime omogenee che consentano di costruire, sul piano teorico, un fecondo dialogo (pur nelle differenze disciplinari, politiche, culturali, etiche e giuridiche) che permetta, sul piano pratico, di pensare una risposta efficace, globale e condivisa ai problemi urgenti della bioetica: si tratta di elaborare una sorta di metabiodiritto che garantisca il progresso della scienza e della tecnologia nell'ambito delle scienze della vita e delle scienze sociali nel rispetto della dignità umana (senza discriminazioni), della giustizia politico-sociale (nell'equa assegnazione delle risorse), della responsabilità (nella solidarietà e cooperazione internazionale).

<sup>16</sup> Per un inquadramento critico del rapporto tra bioetica e biodiritto internazionale si veda A. BOMPIANI, A. LORETI BEGHÈ e L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Giappichelli, Torino 2001; L. MARINI, *Il diritto comunitario ed internazionale della bioetica*, Giappichelli, Torino 2006; C. BYK, *Bioéthique et droit international*, LexisNexis Litec, Paris 2007. Sul rapporto biodiritto e culture cfr. F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffrè, Milano 2000.



*Ripensando a Pandora:  
il significato del limite nell'attuale emergenza  
biogiuridica fra laicità e laicismo*

di Francesca Zanuso

SOMMARIO: 1. Una dichiarazione d'intenti. – 2. L'ambigua laicità. – 3. Laicità e idea del limite. – 4. Una verifica. – 5. Laicità e biodiritto. – 6. Per concludere, evitando l'errore di Pandora.

1. *Una dichiarazione d'intenti*

Nel corso dei miei studi ho affrontato il tema bioetico cercando, innanzitutto, di «pulire la tela», di platonica memoria<sup>1</sup> dagli *éndoxxa* apparenti che gravano il dibattito biogiuridico, pregiudicandone la fecondità. I proclamati valori della difesa dei diritti umani, della salvaguardia della dignità della persona, del rispetto dell'autonomia, dell'incentivo al dialogo nella reciproca tolleranza mi sono sembrati tipici esempi di *éndoxxa* apparenti, atti a produrre quelli che Aristotele chiamava i sillogismi eristici, cioè illusori e fallaci poiché originati da una premessa maggiore solo apparentemente univoca e, quindi, solo apparentemente condivisa<sup>2</sup>. Tale esito mi è parso, inoltre, inevitabile

<sup>1</sup> Al riguardo mi sia consentito rinviare al mio *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova 2005. L'immagine della «pulizia della tela» è suggestivamente contenuta in PLATONE, *Repubblica*, VI, XIII 501. Anche Francesco Bellino attribuisce allo studioso di bioetica il compito di «tessere insieme fili differenti e... farli diventare tessuto» (F. BELLINO, *Bioetica e qualità della vita. Fondamenti*, BESA, Nardò 1999, p. 122); ma a mio giudizio la tessitura è proficua solo dopo una «pulizia», appunto, dei filati.

<sup>2</sup> La «tela» del dibattito bioetico appare composta, per rispettare la metafora, da vari *éndoxxa*, alcuni dei quali costituiscono la strutturale trama dell'argomentare, altri pericolose incrostazioni. Gli *éndoxxa*, come insegna Aristotele, sono le opinioni comuni (condivise dai più, o dai più competenti ed autorevoli), dalle quali muovono i sillogismi argomentativi. Possono costituire la premessa di due diversi tipi di sillogismo, quello dialettico e quello eristico. Il primo è manifestazione di verità, laddove non ci si trovi al cospetto di proposizioni vere e prime della scienza, che costituiscono le premesse del sillogismo apodittico; il secondo è ragionamento fallace, solo apparente e pertanto falso. Lo Stagirita ci insegna altresì come il sillogismo sia eristico laddove rispetti le premesse solo a prima vista, ma anche qualora il punto

laddove gli *éndoxa* venissero utilizzati all'interno di una mentalità che, a sua volta, si richiamava ad un altro valore, oggi percepito come principale «luogo comune» dell'argomentare, ovvero sia la laicità<sup>3</sup>.

In questo mio contributo intendo proseguire la mia attività di «pulizia della tela» poiché ritengo che l'ambiguità del concetto di laicità<sup>4</sup> generi un ulteriore *éndoxon* eristico che interessa l'idea del limite, tanto spesso richiamata, appunto, di fronte alle sfide che ci vengono proposte quotidianamente dall'avanzare delle biotecnologie. Per l'esattezza, mi propongo di dimostrare come una cattiva idea di limite accompagni la declinazione laicistica degli *éndoxa* suddetti, impedendo loro di svolgere un ruolo fecondo nel dibattito biogiuridico.

## 2. *L'ambigua laicità*

Inizierò in questo mio intento evidenziando alcuni aspetti fondamentali della critica all'ambiguità del modello laico.

di partenza sia solo apparentemente condiviso dall'uditorio, sia cioè costituito da un *éndoxon* illusorio (cfr. ARISTOTELE, *Topica*, 100b 24-30, trad. italiana di Marcello Zanatta, in ARISTOTELE, *Organon*, UTET, Torino 1996, vol. II, pp. 116 e ss.). Sulla struttura degli *éndoxa* cfr. F. CAVALLA, *Topica Giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, pp. 720-39; recentemente questi temi sono stati ripresi dallo studioso in F. CAVALLA, *Dalla retorica della persuasione alla retorica degli argomenti. Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in AA.Vv., *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 25-82. Giampaolo Azzoni illustra le varie traduzioni che del termine *éndoxon* si sono avute e ne commenta la plausibilità, in G. AZZONI, *Endoxa e fonti del diritto*, in AA.Vv., *La retorica fra scienza e professione legale*, cit., pp. 123-125.

<sup>3</sup> Ho trattato questo tema in *Laicità e laicismo nell'argomentazione biogiuridica*, in F. CAVALLA, *Retorica Processo Verità*, F. Angeli, Milano 2007, pp. 227-254, a cui mi permetto di rinviare.

<sup>4</sup> Fornero introduce il suo recente volume sulla laicità, proprio evidenziando l'ormai eccessivamente diffusa professione di laicità; cfr. G. FORNERO, *Prefazione*, in *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, Bruno Mondadori, Milano 2008, pag. XI. Piero Bellino ritiene addirittura che il concetto di laicità rimandi ormai ad un «flatus voci», ad una vuota formula a causa della sua esasperata «pieghevolezza concettuale» (cfr. P. BELLINO, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino 2007, p. XIII). Questa ambiguità è ormai ampiamente denunciata anche nei quotidiani. A titolo d'esempio si può segnalare quanto scriveva Magris nel Corriere della Sera del 6.12.1998 e che è stato recentemente ripubblicato in una sede scientifica: «laico non significa affatto...l'opposto di cattolico e non indica, di per sé, né un credente né un agnostico o un ateo. Laicità non è un contenuto filosofico, bensì un abito mentale, la capacità di distinguere ciò che è dimostrabile razionalmente da ciò che invece è oggetto di fede – a prescindere dall'adesione o meno a tale fede – e di distinguere le sfere di ambiti delle diverse competenze» (C. MAGRIS, *Laicità e religione*, in AA.Vv., *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 109).

Il concetto di laicità è oggi richiamato come valore chiave da gran parte degli studiosi biogiuridici. I più si compiacciono, infatti, di tributare alle loro tesi la qualifica di laicità poiché ritengono di esser immuni da dogmatismi e da fanatismi e di rispondere solo, nelle proprie argomentazioni, ai dettami della *recta ratio*<sup>5</sup>. La qualifica di laicità appare, inoltre, particolarmente ambita sotto il profilo sociale e politico poiché grazie ad essa si presume tutelata una delle caratteristiche fondamentali della mentalità occidentale, ossia la difesa della libertà da ogni fondamentalismo<sup>6</sup>.

Ritengo, tuttavia, irrinunciabile discernere il genuino atteggiamento laico dalla sua degenerazione, che denomino laicismo, per ricercare quella che, con una ironia degna di miglior causa, è stata definita una «giudiziosa laicità»<sup>7</sup>.

Per comprendere la distinzione è necessario ritornare a quella definizione di laicità che tanto consenso riscuote<sup>8</sup>: laico è chi si affida nel suo argomentare solo alla *recta ratio*, chi si pretende libero quindi da pregiudizi, preconcezioni e sottomissioni ad autorità esterne a quelle, appunto, della ragione. Laico è chi ritiene di dover scegliere ed orientare l'azione in base alle sue scelte indipendentemente dalle posizioni di «chiese» di vario genere o, meglio, di sistemi organizzati di credenze a cui spetterebbe il compito di accogliere o di «scomunicare» colui che non pare disposto ad adeguarsi<sup>9</sup>. Laicità è, quindi, autenticamente sinonimo di libertà, nel senso più elevato del termine, ossia libertà di piegarsi solo agli imperativi della *recta ratio*<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> A mero titolo d'esempio posso ricordare quanto è scritto in C.M. MARTINI e U. ECO, *In cosa crede chi non crede?*, Atlantide Editoriale, Roma 1996, p. 6.

<sup>6</sup> Sul tema valgano le appassionate e stringenti considerazioni contenute in M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani. Il liberalismo, l'Europa, l'Etica*, Mondadori, Milano 2008, passim.

<sup>7</sup> Cfr. C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. V.

<sup>8</sup> Ovviamente imprescindibile a questo riguardo è il tributo al bel libro di Fornero nel quale vengono distinti vari tipi di laicità, da quella debolissima a quella fortissima, cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Bruno Mondadori, Milano 2005, pp. 65 e ss.

<sup>9</sup> Come correttamente puntualizza Preterossi laici sono «tutti coloro che – non importa se agnostici, atei o credenti – rifiutano di fondare la politica, le istituzioni, la convivenza civile su basi teologiche, fideistiche; tutti coloro che nel discorso pubblico fanno proprio un orizzonte etico-culturale non *assoluto*, che contempra la pluralità delle ragioni e degli argomenti e l'apertura critica verso di essi; tutti coloro che non sono disposti a transigere sui diritti di libertà e sulla neutralità dello Stato verso ogni confessione religiosa (ciò che non significa affatto ostilità, ma anzi garanzia per tutti anche della libertà religiosa)» (G. PRETEROSSO, *Contro le nuove teologie della politica*, in AA.VV., *Le ragioni dei laici*, cit., p. 3).

<sup>10</sup> Non mi pare quindi accettabile la distinzione posta, e presupposta come esauritiva, da Fornero fra una bioetica cattolica, in senso lato e stretto, da una parte e

Questo abito mentale è, ovviamente, pienamente condivisibile a patto, tuttavia, di chiarire cosa significhi affidarsi solo alla *recta ratio*; ed ancor più di precisare cosa si intenda per *recta ratio*<sup>11</sup>. Mi pare altresì possibile sottoscrivere la definizione di Giovanni Boniolo, secondo il quale la laicità sarebbe un «atteggiamento intellettuale caratterizzato in modo sufficiente dal lasciare (e auspicabilmente dall'aver) libertà di coscienza, intesa quale libertà di conoscenza, libertà di credenza, libertà di critica e autocritica»<sup>12</sup>; a condizione, tuttavia, che questa libertà si fondi sulla ragione, sull'offrir ragioni e, in ultima analisi, sull'impegno a rispondere, nel senso pieno del termine, agli altri e con gli altri delle proprie scelte<sup>13</sup>.

Io propongo, infatti, che il laicismo come espressione degenera della laicità discenda da una concezione riduttiva della *recta ratio*<sup>14</sup> e suggerisco, pertanto, di intendere la laicità come quell'atteggiamento, genuinamente critico, in base al quale il ragionamento si basa solo sulla *recta ratio*, intesa però in modo ampio ed articolato<sup>15</sup>. Il laici-

una bioetica laica secondo un'accezione debole o forte del termine, dall'altra parte (cfr. G. FORNERO, *I concetti storiografici di bioetica cattolica e di bioetica laica*, in *Laicità debole e laicità forte*, cit., pp. 206-7); accanto a questi modi di affrontare i problemi posti dalle biotecnologie esiste un altro approccio, che mi piace definire semplicemente bioetico, che non si fonda su precostituite visioni del mondo ma che, appunto, sottopone a vaglio razionale ogni tesi, ogni scelta, ogni argomentazione. Condivido, pertanto, quanto argomenta Massimo Reichlin nel suo apprezzabile intento di distinguere la bioetica compatibile con le tesi del magistero cattolico e, in particolar modo, con il costante richiamo alla trascendenza dalla bioetica che si fonda in modo neo-tomistico sui testi del magistero cattolico; cfr. M. REICHLIN, *Cattolico e laico; i limiti di una dicotomia abusata*, in G. FORNERO, *Laicità debole e laicità forte*, cit., pp. 7 e ss.

<sup>11</sup> Ho già trattato questo tema in *Laicità e laicismo*, cit., p. 249.

<sup>12</sup> G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino 2006, p. XXVI.

<sup>13</sup> Al riguardo, mi sia consentito rinviare il lettore al mio *Il concetto di responsabilità tra legalità e etica*, in «Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza», LXXXI (2007), pp. 2039-45.

<sup>14</sup> Ad esempio, si può ricordare l'opzione di fondo di chi come Boniolo si riconosce in un concetto «debole» di ragione, che sembra riproporre l'antico paradosso dello scetticismo; secondo il filosofo della scienza, «con la ragione non si può fondare in modo assoluto nessuna verità, né assiologica, né politica, né storica, né religiosa, né scientifica, né filosofica. La ragione può molto: può giustificare e criticare; ma la ragione non può fondare in modo assoluto alcuna verità» (G. BONIOLO, *Introduzione*, cit., p. XXV).

<sup>15</sup> Condivido pertanto l'invito di Habermas a rifarsi a «una ragione che riflette sulle proprie radici più profonde (e) si scopre originata da un'istanza altra, della quale è costretta a riconoscere il fatale potere, se non vuole perdere il proprio orientamento razionale nel vicolo cieco di un'auto-appropriazione ibrida» (J. HABERMAS, *Quel che il filosofo laico concede a Dio (più di Rawls)*, in J. HABERMAS e J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, Marsilio, Venezia 2005, p. 54). Degno di nota è

smo mi pare, al contrario, fondato su di una assolutizzazione della dimensione immanentistica, sul rifiuto del *metà (tà)fisikà*, dovuto al ripudio dell'atteggiamento dialettico, erroneamente identificato con quello fideistico<sup>16</sup>; sotto questo profilo, è un *virus* presente nella mentalità moderna, che resiste tenace anche in quella postmoderna<sup>17</sup>.

In sintesi, a mio parere, la laicità consiste indubbiamente in un apprezzabile abito mentale; quest'ultimo impone di distinguere ciò che è oggetto di fede da ciò che è dimostrabile grazie alla ragione, ma anche da ciò che è suscettibile di prova dialettica, poiché l'attività del pensiero razionale non è riducibile a quella dimostrativa, di carattere analitico-deduttivo, ma è anche elenctica, ossia confutatoria. Il pensiero umano non solo dimostra, ma anche prova e fonda<sup>18</sup>, poiché non è solo *dianoia*, ma è anche, e fundamentalmente, *nous*<sup>19</sup>. Laico è, quindi, chi si riconosce nell'affermazione di Habermas per la quale il discorso sul mondo deve essere inteso come «ragionevolmente controverso»<sup>20</sup>.

Sotto questo profilo, la mia tesi riprende alcuni spunti presenti negli interessanti scritti di Giovanni Fornero, *maitre-a-penser* della lai-

altresì quanto afferma Negri: «Laica è la prospettiva che mantiene il concetto di natura umana all'interno della dottrina della creazione. La natura umana continua, cioè, a essere pensata non in modo auto-immanente quindi autosufficiente, ma in modo dipendente, come originata da un Mistero, che trascende il piano naturale della realtà... cosicché la laicità non scade nel laicismo nella misura in cui rimane in essa almeno un retaggio della dimensione della trascendenza» (L. NEGRI, *Ripensare la modernità*, Cantagalli, Siena 2003). Ho tratto la citazione in M. MORI, *Fecondazione assistita* in AA.Vv., *Laicità*, cit., p. 162.

<sup>16</sup> A titolo d'esempio di questa prospettiva rinvio alla tesi contenute in C. FARRALI, *Laicità e bioetica*, in AA.Vv., *Laicità e diritto*, BUP, Bologna 2007, p. 355; particolarmente emblematico è altresì quanto afferma Maurizio Mori, secondo il quale «la nozione di laicità che mantiene il retaggio della dimensione trascendente continua a vedere il mondo come originato da un mistero e viene pertanto a rifiutare il 'disincanto del mondo'. Assume come scontato il fulcro della prospettiva sacrale, precludendosi così la possibilità di una comprensione scientificamente profonda dei nodi oggetto di discussione» (M. MORI, *Fecondazione assistita* in AA.Vv., *Laicità*, cit., p. 163).

<sup>17</sup> Cercherò di dimostrare questo mio assunto esaminando due documenti fondamentali per la disciplina biogiuridica: il *Manifesto di bioetica laica* del 1996 e quello, più recente, della fine del 2007. Ambedue vanno annoverati, a mio giudizio, fra le manifestazioni, appunto, del laicismo.

<sup>18</sup> Non è quindi di carattere meramente scientifico cfr. J. RATZINGER, *Ragione e fede. Scambio reciproco per una etica comune*, in J. HABERMAS e J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, cit., pp. 66-7.

<sup>19</sup> Mi rifaccio alla tradizionale distinzione magistralmente illustrata in M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, ESI, Napoli 1987, pp. 205 e ss.

<sup>20</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002, p. 34.

cià, ma, nel contempo, ne rifiuta l'idea fondante. Secondo il filosofo accanto ad una «versione debole o metodologica della laicità», nella quale troverebbe espressione l'abito mentale da me apprezzato, ne esisterebbe un'altra, c.d. «forte» degna di ogni rispetto e consistente, in ultima analisi, in una intensa dimensione non solo a-confessionale ma anche, e soprattutto, anti-religiosa<sup>21</sup>. Non condivido quanto afferma l'autorevole studioso poiché mi pare che la sua distinzione e, in particolare, la difesa operata a favore della laicità c.d. forte legittimi una visione antireligiosa che, in quanto programmatica, appartiene paradossalmente ad una «chiesa», imponendo ai suoi adepti una adesione di stampo a-critico e fideistico; così facendo, mi pare si allinei fra quelle tesi che rifiutano aprioristicamente il dialogo con il diverso<sup>22</sup>, in omaggio ad un meno denunciato ma ugualmente inaccettabile fondamentalismo<sup>23</sup>. In conclusione, ritengo che la laicità, laddove non sia esclusivamente un rigoroso atteggiamento metodologico di a-confessionalità, si traduca in ideologismo, meritando così l'appellativo di laicista.

### 3. *Laicità e idea del limite*

Ricordare le modalità della trasformazione dell'antico concetto di laicità in laicismo ci consente di «lumeggiare» un concetto fondamentale per il dibattito bio-giuridico<sup>24</sup>: il significato del limite.

<sup>21</sup> Cfr. G. FORNERO, *Prefazione a Laicità debole*, cit., p. XI-XVI.

<sup>22</sup> Angelo Scola nel suo recente volume (A. SCOLA, *Una nuova laicità*, Marsilio, Venezia 2007, pp. 47 e ss.) ricorda una essenziale affermazione di Martin Buber, secondo il quale non vi può essere dialogo senza il riconoscimento della presenza del mistero, di «un reale inafferrabile»; cfr. M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1993, pp. 2005-6.

<sup>23</sup> Per quanto attiene a quello che usualmente viene definito fondamentalismo così Francesco D'Agostino pronuncia la sua condanna: «Il fondamentalismo ritiene che la prassi sociale e, più in generale, qualsiasi prassi umana debbano avere come propria misura esclusivamente la legge divina, in quanto assolutamente giusta, e che questa debba essere applicata rigorosamente e letteralmente al governo della società civile. L'esito del fondamentalismo è aberrante: ci si appella alla giustizia (anzi, alla giustizia di Dio) per giustificare violenze e crimini a volte particolarmente crudeli» (F. D'AGOSTINO, *Giustizia. Elementi di una teoria*, San Paolo, Milano 2006, p. 7). Tuttavia, il Filosofo sottolinea come il fondamentalismo sia il prodotto di una cattiva teologia politica che dimentica l'ammonimento evangelico: «Perché non giudicate da voi stessi ciò che è buono?» (Luca 12, 57); sotto questo profilo chiunque pretenda di argomentare mosso da pre-giudizi manifesta una qualche sorta di fondamentalismo. Sul tema e sulle sue ricadute in ambito biogiuridico cfr. V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Rubettino, Soneria Mannelli 2007, p. 51e ss.

<sup>24</sup> Giovanni Fornero riconosce come componente essenziale della laicità la sua

L'origine della laicità moderna, ossia del laicismo, è caratterizzata dalla «messa fra parentesi» del trascendente e, successivamente, dalla «rimozione» della prospettiva metafisica. Grozio *docet* al riguardo, invitandoci ad affrontare l'esperienza pratica *etsi Deus non daretur*<sup>25</sup> e portando progressivamente l'*homo faber* della modernità a rimuovere il trascendente<sup>26</sup>, ponendo sempre più in là la parentesi nella quale è collocato ogni riflettere che non verba puntualmente sull'insieme dei fenomeni nei quali si pretende consista il reale<sup>27</sup>. Nell'epoca moderna, infatti, il privilegio assegnato al metodo analitico-deduttivo promuove una concezione riduttiva dell'esperienza concepita

dimensione moderna per la quale laico sarebbe sinonimo di non-religioso o di non-credente (cfr. G. FORNERO, *Prefazione a Laicità debole*, cit., p. XI); al contrario secondo Fabio Macioce la laicità è un concetto organicamente connesso alla religione cristiana, come dimostrerebbe il detto «...date a Cesare ciò che è di Cesare etc.» (cfr. F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, Giappichelli, Torino 2007, p. 24). In effetti, il termine laicità deriva da *laos*, ovvero sia da popolo, e venne probabilmente coniato da Clemente I (fine I sec) per indicare tutti i battezzati che non erano né chierici, né religiosi; sul tema cfr. G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.Vv., *Laicità*, cit., XVI.

<sup>25</sup> Al riguardo degne di nota sono le considerazioni proposte da Franco Todescan: «L'ipotesi «etiamsi daremus» serve principalmente a separare il diritto naturale dallo *jus divinum voluntarium*... la separazione opera sempre lungo due fronti concatenati: è dapprima la secolarizzazione «sacra» che preserva il mondo della *lex divina* nella sua purezza, e poi di rimbalzo si traduce in umanistica secolarizzazione «profana», che garantisce l'assoluta autonomia alla sfera della natura... È questo un atteggiamento che, a prescindere dalle sue intenzioni, apre chiaramente la strada alla moderna morale «laica», la quale pretende appunto di affermarsi a prescindere dall'esistenza di Dio» (F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Giuffrè, Milano 1983, p. 106). Sul tema cfr. altresì G. ZAGREBELSKY, *Uomini, anche se Dio non esiste*, in *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 149-156.

<sup>26</sup> Emblematico è quanto afferma Fornero ritenendo che caratteristica della bioetica laica (in senso per lui forte!) sarebbe l'argomentare rifiutando l'orizzonte dell'Assoluto e della Trascendenza e la prospettiva creazionistica; cfr. G. FORNERO, *I concetti storiografici*, cit., pp. 222-4. Lo studioso osserva, tuttavia, che questa tesi dipende dall'assunzione, a sua volta, di una accezione forte del motto groziano che scambierebbe un'apprezzabile metodologia a-confessionale con una aggressiva ideologia cfr. G. FORNERO, *Lo Stato laico come laboratorio avanzato di una postmoderna coesistenza fra i diversi*, in *Laicità debole e laicità forte*, cit., pp. 275 e ss.

<sup>27</sup> Non condivido, pertanto, la scelta compiuta da Laura Palazzani di qualificare la sua proposta bioetica come originata da una etica «che ragioni etsi Deus non daretur, ossia ...mettendo fra parentesi la fede e la teologia» (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2002, p. 13). Ricorrendo al celebre motto groziano si intende qualcosa di più e di diverso, si allude ad un approccio non solo non confessionale ma anche, strutturalmente, immanentistico o, almeno, di rimozione del trascendente. Di Palazzani si veda anche *Laicità e bioetica*, in AA.Vv., *Lessico della laicità*, a cura di G. Dalla Torre, Studium, Roma 2007, pp. 73 e ss.

come assemblaggio di parti<sup>28</sup>: quest'ultima, a sua volta, rafforza lo stesso privilegio del metodo analitico-deduttivo dando origine, in un costante processo interattivo, ad una degenerazione razionalistica del pensiero umano<sup>29</sup>.

A titolo d'esempio degli estremi «guadi» a cui perviene questa mentalità vorrei riportare quanto viene affermato da uno dei più autorevoli esponenti della scienza italiana, Umberto Veronesi. In una recente intervista pubblicata in un volumetto programmaticamente intitolato «Essere laico», Veronesi dichiara che ciò che va al di là del contingente è il DNA: «Il nostro DNA non muore e continua a vivere nei nostri figli e in tutte le generazioni future. Il mio DNA, cioè tutti i caratteri fisici e psichici, proviene intatto dagli umani di millenni fa. L'immortalità potrebbe semplicemente consistere nel fatto che noi trasmettiamo il nostro DNA. È una forma moderna della metemempsicosi e della metempsicosi, cioè della reincarnazione»<sup>30</sup>.

La dimensione scientifica di questa affermazione mi pare conclamante e, pertanto, risulta superfluo ogni commento; bisogna però ricordare come una immagine riduttiva del *logos* umano non sia priva di conseguenze dal punto di vista pratico.

La dimenticanza dell'irrinunciabilità della dimensione del trascendente è particolarmente grave poiché genera un rifiuto del limite ed una conseguente assolutizzazione della autonomia razionalistica, accompagnata dalla tolleranza scettica e relativistica<sup>31</sup>.

Il limite viene pensato come un ostacolo da superare, poiché il mondo viene inteso come un fascio di fenomeni, componibili e scomponibili in base al ragionamento analitico-deduttivo. Il ribelle, l'eroe moderno, il novello Prometeo, rifiuta il limite perché non lo riconosce<sup>32</sup>;

<sup>28</sup> Sul tema cfr. l'ormai classico P. FAGGIOTTO, *Il problema della metafisica nel pensiero moderno*, voll. 2, Cedam, Padova 1969 e 1975.

<sup>29</sup> Confido di aver adeguatamente argomentato la deriva razionalistica della modernità in *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Cedam, Padova 2000, pp. 9-13.

<sup>30</sup> U. VERONESI e A. ELKANN, *Essere laico*, Bompiani, Milano 2008, p. 74. Sul tema cfr. il ben documentato C. DEL BÒ, *Laicismo, neutralismo e «legal enforcement of morals»*, in «Ragion Pratica» 28/2007, pp. 17 e ss.

<sup>31</sup> A riprova di quanto veniamo dicendo si può ricordare la peculiare idea del limite, inteso come vincolo posto nei confronti della sovranità, che ci viene proposto dalla Scuola moderna del Diritto naturale; esso convalida sempre una logica di tipo individualistico che, per la sua stessa struttura, pretende di porre e di disporre di quanto dovrebbe essere condizione di ogni porre e disporre; sul tema cfr. F. TODESCAN, *Uomo, natura, limite. Il problema del limite nella scuola del diritto naturale*, in *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova 2003, pp. 193-199.

<sup>32</sup> Il riferimento al titolo di un recente volume non è certo casuale; Boniolo sot-



ma non lo riconosce perché non ne comprende il significato più autentico. Se il mondo è somma di elementi componibili e scomponibili nessun limite può esser posto alla ragione dell'*homo faber* che, comprensibilmente, pretende di modificare in base al suo utile progetto ciò che lo circonda, in quello che è stato opportunamente definito il «nichilismo della modernità»<sup>33</sup>.

L'uomo, a cui Prometeo ha donato l'elemento in grado di forgiare i metalli e l'oblio dell'ora della morte che gli rende fondamentale il progettare, pretende di non esser limitato e di rispondere solo ai dettami della sua ragione calcolante. Questo esito è comprensibile laddove si ricordi, o meglio si voglia ricordare, quanto insegna l'etimologia: dal termine greco *péras*, ossia limite, deriva la parola perituro. Di conseguenza, solo chi rammenta la propria condizione di mortalità può non rimuovere l'idea del limite.

L'uomo prometeico infatti accetta, al massimo, di rinunciare ad alcuni dei suoi progetti, di procrastinarli o di ridurli in nome del buon vicinato, per non suscitare le ire o l'ostilità di coloro che incontra nel suo cammino verso il benessere. Ma altro non riconosce o, almeno, non considera come rilevante.

È, perciò, necessario, per dirla con Marcello Pera, «superare il razionalismo confinato alla sola dimensione calcolatoria, il materialismo vincolato alla sola testimonianza dei sensi, lo scientismo disponibile soltanto alla prove sperimentali. Ed è necessario che la ricchezza dell'esperienza umana non sia amputata della presenza nella nostra vita del senso del divino, del mistero, del sacro, dell'infinito. Non si è uomini senza queste dimensioni»<sup>34</sup>.

Dobbiamo confidare nella possibilità di superare questa riduttiva prospettiva semplicemente ricordando che il modello antropologico

tolinea l'ambiguità filosofica del termine limite, che non può essere inteso solo nell'accezione kantiana di invalicabilità ma anche come confine, in altre parole «limite come momento fisiologicamente invalicabile della ragione umana, ma pure limite (cioè confine) come steccato da frantumarsi necessariamente per il progresso del sapere» (G. BONIOLO, *Il limite e il ribelle. Etica, naturalismo, darwinismo*, Cortina, Milano 2003, p. 192).

<sup>33</sup> L'espressione è di Preterossi che afferma: «Per non suicidarsi, il pensiero laico deve imparare a sopportare il nichilismo della Modernità. O meglio, quella certa dose di nichilismo, quella vertigine determinata dall'assenza di Fondamenti ultimi e aprioristici, che comporta l'esercizio di una volontà realmente libera, la quale solo a partire da sé, dalla propria inevitabile infondatezza originaria, dal confronto discorsivo con altre parzialità, è in grado di produrre senso non eteronomo. Certo, il prezzo di essere laici è una certa dose di disincanto. Ma in cambio della libertà» (G. PRETEROSSO, *Contro le nuove teologie della politica*, cit., p. 13).

<sup>34</sup> M. PERA, *Perché dobbiamo*, cit., p. 57.

celebrato dalla modernità non è l'unico, né lo è l'idea di ragione e di rapporto dell'uomo con il limite e con l'illimitato.

La filosofia classica, basata sul privilegio dell'attività dialettica del pensiero, ci insegna, infatti, che il limite può e deve essere concepito, e quindi riconosciuto, sempre e solo in rapporto all'idea della totalità, della completezza<sup>35</sup>; ma ci ricorda altresì che l'autentica totalità, in quanto tale, non è mai riducibile a somma di tutte le parti. In questo senso è pienamente condivisibile affermare che «il pensiero del limite è la formalizzazione, tramite il pensabile, di un indicibile»<sup>36</sup>.

Se tutto ciò si trascura, o si dimentica dominati dalla «volontà di potenza», si giunge a concepire una «cattiva totalità», ridotta ad oggetto del pensiero. L'intero, infatti, diviene paradossalmente oggetto del pensiero sia che si pretenda di possederlo, definendolo nel senso puntuale del termine, sia che si pretenda di ignorarlo, presumendo così che nulla possa condizionare o mutare le nostre conoscenze di quella parte di realtà che abbiamo deciso di assumere come orizzonte di ogni nostra riflessione<sup>37</sup>.

In questo modo si celebra necessariamente una cattiva idea di limite, inesorabilmente concepito come ostacolo.

Ma il limite non è l'ostacolo, è piuttosto quanto dà senso al nostro *existere*, al nostro stagliarci, creature finite ma assetate di infinito, in quel *sinolo* strutturale che Cotta ben sottolineava<sup>38</sup>. Il limite non è un insieme più o meno confuso di massi, di rovi, che devono essere rimossi, con più o meno fatica, per avanzare verso la verità. È semmai come il mare nel quale possiamo tuffarci consapevoli della sua potenza, della sua illimitatezza e quindi dell'estremo rispetto ad esso dovuto, per la cangiante forza con cui sempre resiste alle nostre «bracciate», sostenendole nel contempo<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Suggestivo è quanto afferma Illetterati: «Il limite è ciò a partire da cui si riconosce quello che manca o è addirittura il mancare stesso...si coglie il legame fondamentale... che connette il concetto di limite a quello di totalità» (L. ILLETTERATI, *Figure del limite. Esperienze e forme della finitezza*, Verifiche, Trento 1996, p. 14).

<sup>36</sup> P. NERHOT, *Corso di bioetica*, Cedam, Padova 2008, p. 121.

<sup>37</sup> L'argomento è magistralmente trattato in F. CAVALLA, *Sul fondamento delle norme etiche*, in AA.Vv., *Problemi di etica: fondazione, norme, orientamenti*, Gregoriana, Padova 1990, pp. 142-202.

<sup>38</sup> Cfr., fra i molti degni di nota, S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, II ed., Giuffrè, Milano 1991.

<sup>39</sup> L'esempio adottato ricorda, ovviamente, il celebre passo della *Critica della Ragion Pura* in cui Kant parla dell'ingenuità della colomba che denigra la presenza dell'aria, ravvisandone solo la componente di attrito al volo, senza ricordare che è la stessa aria a consentirle di volare. Ho preferito un diverso esempio poiché Kant se ne serve per affermare l'importanza del riferimento al trascendente, negando nel contempo alla ragione la possibilità di pensare razionalmente allo stesso. In questo modo, il Filosofo

Tuttavia, il rapporto della nostra esistenza con la totalità, nel rispetto del limite, è riconoscibile solo grazie alla ricerca dialettica, che è nel contempo parola e silenzio, porsi e ritrarsi, come costantemente ci ricorda Francesco Cavalla<sup>40</sup>.

#### 4. Una verifica

Il laicismo è frutto della dimenticanza di questo *sinolo* e della ineludibilità del *metà (tà) fisica*.

Esemplari al riguardo dell'errore sono i due recenti manifesti della bioetica laica, ossia di quella che arroga a sé il valore della laicità.

L'economia di questo scritto non consente di analizzare nei dettagli i due manifesti; sarà peraltro sufficiente ricordarne i tratti costitutivi.

I firmatari del *Manifesto di bioetica laica* del 1996, esempio di laicismo moderno, propugnano, in nome di un intento anti-ideologico, il richiamo a principi etici definiti come «saldi e chiaramente riconoscibili», a prescindere da opzioni religiose o *latu sensu* metafisiche<sup>41</sup>. Questi principi impongono di riconoscere come fondamentale il progresso della conoscenza, che risponde ad un amore per la verità che non può sopportare limiti esterni precostituiti da qualsivoglia autorità; l'amore per la verità, poi, porta l'uomo, natura all'interno della natura, a interagire con quest'ultima modificandola «nel rispetto degli equilibri e dei legami che lo uniscono alle altre specie viventi»<sup>42</sup>.

Questi principi etici si traducono a livello pratico in alcuni valori irrinunciabili per ogni «laico»: primato della ricerca scientifica, intesa come manifestazione di libertà e di progresso morale, autonomia, rispetto e promozione della qualità della vita, tolleranza per le scelte altrui<sup>43</sup>.

favorisce, contro le sue stesse intenzioni, l'intensificarsi del razionalismo moderno; mi sia consentito rinviare al riguardo al mio *A ciascuno il suo*, cit.; pp. 68-69.

<sup>40</sup> Il pensiero corre doveroso agli scritti del mio Maestro di cui a questo riguardo segnalo F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova 1996, passim e, in particolare, pp. 136 e ss.

<sup>41</sup> Leggo il manifesto come appendice a V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Donzelli, Roma 2005, p. 148.

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>43</sup> Gli estensori del Manifesto del 1996 rifiutano l'etichetta di relativisti ed affermano: «L'accettazione del pluralismo non si identifica con il relativismo, come troppo spesso sostengono i critici. La libertà della ricerca, l'autonomia delle persone, l'equità sono per i laici dei valori irrinunciabili. E sono valori sufficientemente forti da costituire la base di regole di comportamento che sono insieme giuste ed efficaci» (*Ibid.*).

Questi richiami assiologici, benché suggestivi, sono appunto «moderni», nel senso pieno del termine, poiché rinviano ad una immagine della ragione umana, orientata dallo statuto scientifico e indirizzata ad essere *faber*, ossia costante modificatrice della realtà circostante in nome di un sistematico progetto di matrice utilitaristica.

Tale immagine, tuttavia, è ormai sempre più incrinata sia a livello epistemologico sia alla prova dei fatti, poiché i più non credono (e a ragione!) nella potenza creatrice di un uomo che modifica a proprio «illuminato» arbitrio ciò che lo circonda, dopo averlo preventivamente ridotto sul piano epistemologico a fascio di fenomeni componibili e scomponibili. Il dotto, al pari dell'*average man*, diffida dei nuovi apprendisti stregoni e, difatti, confida nella riflessione bioetica proprio per indirizzare e limitare una scienza e, ancor più, una tecnica che hanno rifiutato di riconoscere la presenza di un limite ulteriore rispetto alla propria sete di conoscenza e di dominio.

Il *Nuovo Manifesto di bioetica laica* del 2007, esempio di laicismo postmoderno, si articola su di una serie di pretese e di rivendicazioni che si concretizzano attorno ad un unico «principio» che, richiamando un vecchio slogan, potremmo sintetizzare in «vietato vietare»<sup>44</sup>. È un manifesto impregnato di quel minimalismo pragmatico e di quel relativismo situazionale che caratterizza la mentalità che si suole chiamare postmoderna. Gli estensori esordiscono, infatti, constatando la presenza di varie aspettative e desideri dei singoli che le conoscenze scientifiche paiono in grado di soddisfare e reclamano come etico il rispetto di «nuove libertà che dovrebbero consentire la coesistenza di persone che seguono orientamenti diversi senza danni o sopraffazioni reciproche». La nuova etica laica si riconosce attorno ad alcuni valori chiave che vengono percepiti come espressione di «una linea di tendenza che riesce ad individuare un ampio fascio di sensibilità morali (comprese quelle di ispirazione religiosa che rispettino l'autonomia individuale)»: «il rispetto della libertà individuale e dell'autodeterminazione, l'attenzione alla qualità della vita ed alla diminuzione delle sofferenze». Sensibilità morali, libertà dell'individuo, utilitarismo pragmatico: sono i vocaboli che appartengono in pieno al lessico della postmodernità e che si traducono in un paradossale imperativo: «vietato vietare».

In verità, è doveroso sottolineare come entrambi i documenti, al di là delle differenze, siano caratterizzati dalla pretesa che nessun osta-

<sup>44</sup> Il *Nuovo Manifesto di Bioetica Laica*, presentato a Torino il 25 novembre 2007 durante il Convegno nazionale «Manifesto di bioetica laica», organizzato dalla Consulta Torinese per la laicità delle Istituzioni, è stato pubblicato, fra i tanti, nel sito [www.italialaica.it](http://www.italialaica.it).

colo venga opposto alla volontà umana, alla autonomia, alla sete di conoscenza ma, anche, al semplice desiderio<sup>45</sup>. È vietato vietare, è vietato ostacolare. In particolare è vietato vietare in nome di pretese metafisiche che sono qualificate *tout court* come metastoriche, ossia come conoscenze indebitamente assolutizzate<sup>46</sup>.

Ma tutto questo ha il sapore di un involontario, ma non per questo meno riprovevole, paradosso. È, infatti, doveroso ribadire che il reclamare la libertà dell'individuo e dello scienziato, laddove la libertà venga intesa come assenza di limiti, significa dissolvere, in un certo senso, la ragion stessa dell'esserci della riflessione bioetica. Essa è sorta, proprio, per stabilire un «ponte» fra scienza ed etica, e quindi per guidare lo scienziato nella sua apprezzabile ricerca e per legittimare le pretese dell'individuo che chiede alla tecnica di offrire risposte ai suoi bisogni e ai suoi desideri. Come ben sa ogni viaggiatore, un valido aiuto alla guida è fornito grazie a precise indicazioni che orientino e consentano, quindi, di superare i guadi senza cadere nel fiume (per rispettare la metafora!), indicando la rotta ed i limiti del procedere.

Tuttavia, difficilmente questo «ponte» potrà reggersi sui principi richiamati nel Manifesto del '96 e, ancor più, sulla negazione della presenza di alcun criterio transituazionale, enunciata nel Nuovo Manifesto del 2007.

Infatti i principali *éndoxa* che caratterizzano il dibattito biogiuridico e che sono richiamati più o meno direttamente come principi informativi nei due manifesti (valori della difesa dei diritti umani, della salvaguardia della dignità della persona, del rispetto dell'autonomia, dell'incentivo al dialogo nella reciproca tolleranza) oltre che ambigui sono improduttivi se declinati all'interno di una dimensione di pensiero che rifiuta il riferimento al trascendente e, quindi, fraintende il senso del limite<sup>47</sup>.

Infatti, la presunzione di vivere senza riferimento al trascendente

<sup>45</sup> D'altro canto esiste una precisa continuità fra la mentalità moderna e quella postmoderna come ho cercato di dimostrare nel mio *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità*, in AA.Vv., *Pena e riparazione*, cit., pp. 200 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. C. FARALLI, *Laicità e bioetica*, cit., p. 359.

<sup>47</sup> Suggestivo è quanto scrive Vittorio Possenti sulla crisi postmoderna (*alias* postmetafisica) della ragione: «La ragione postmetafisica, riconoscendo affrettatamente il monopolio scientifico della produzione di sapere mondano, ossia riducendo l'autorità della ragione naturale ai fallibili risultati delle scienze istituzionali, allontana come impossibile e forse inutile la conoscenza razionale dell'essere: si manifesta cioè largamente sprofondata nell'oblio dell'essere, e perciò in difficoltà a raggiungere l'ontologia, il livello di una conoscenza speculativo-sapienziale dell'esistenza» (V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Rubbettino, Soneria Mannelli 2007, pp. 106-7).

porta l'uomo a dimenticare la sua strutturale indigenza di verità e la irrefutabile relazionalità intersoggettiva<sup>48</sup>. Lo induce, inoltre, a scordare la natura intrinsecamente dialettica del limite, della misura, eternamente testimoniata nelle pagine di Platone, che scriveva: «La misura ha senso solo in relazione alla giusta misura, al conveniente, all'opportuno, al dovuto, a ciò che sta tra il troppo e il troppo poco»<sup>49</sup>. In altre parole, la giusta misura è quanto non può esser posto una volta per tutte, secondo una ingenua immagine geometrica della stessa<sup>50</sup>; al contrario, deve essere costantemente ricercata, in comune e nella concretezza della singola esperienza<sup>51</sup>.

Se si dimenticano queste verità di principio, strutturali nell'esperienza umana, diviene arduo se non impossibile offrire convincenti risposte alle sfide biotecnologiche. Infatti, questo atteggiamento aporetico genera una inaccettabile concezione del diritto umano, della persona, dell'autonomia e, infine, del dialogo e della tolleranza<sup>52</sup>.

La pretesa di distinguere individuo e persona, da un lato, e la concezione del diritto sulla vita, dall'altro, sono emblematici frutti di queste dimenticanze su cui si basano le pretese dei due Manifesti. L'uomo,

<sup>48</sup> Essenziale al riguardo è quanto scrive Cavalla: «Visione antimetafisica della realtà, concezione tecnica del sapere, relativismo giuridico-politico, sono elementi di una prospettiva intimamente coerente e di un progetto grandioso: quello di ricostruire il mondo sprigionando illimita la potenza dell'intelletto e della volontà» (F. CAVALLA, *La verità dimenticata*, cit., p. 117).

<sup>49</sup> PLATONE, *Politico*, 284 e. Un valido suggerimento al riguardo è offerto dalle parole di Hannah Arendt: «La misura non può essere né l'impellente necessità della vita biologica e del lavoro, né lo strumentalismo utilitaristico della fabbricazione e dell'uso» (H. ARENDT, *Vita activa*, Bompiani, Milano 2000, p. 126). Per il ruolo della dialettica nella riflessione filosofica cfr. le fondamentali considerazioni contenute in M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, cit., p. 153 e ss.; per le conseguenze della stessa nell'argomentazione pratica cfr. F. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in AA.Vv., *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Cedam, Padova 1998, pp. 21-53.

<sup>50</sup> Il tema della giusta misura e delle sue implicazioni sul piano della formazione del consenso giuridico-politico è alla base delle riflessioni contenute in F. GENTILE, *Intelligenza politica e Ragion di Stato*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 35-39.

<sup>51</sup> Scrive al riguardo Francesco Cavalla: «Ciò che è assolutamente innegabile deve venire comunque approvato, ...ciò che risulta provvisoriamente innegato va anche provvisoriamente accolto, finché non si manifestino autentiche opposizioni: senza che peraltro si tolga il problema di rivedere e discutere le conclusioni accolte quando cambi il contesto in cui si pongono» (F. CAVALLA, *Topica Giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, p. 724). Dello stesso autore sul tema cfr. *Dalla retorica della persuasione alla retorica degli argomenti. Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in AA.Vv., *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 25-82.

<sup>52</sup> Al riguardo cfr. S. BAUZON, *La persona biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 17-18.

che si illude di vivere come se l'intero fosse la somma dei fenomeni manipolabili dalla tecnica, pensa alla vita come ad un ambito disponibile per una volontà che presume insindacabile e incoercibile. Il diritto alla vita, bene per eccellenza sottratto alla disponibilità di chiunque, si tramuta così in diritto sulla vita, la quale a sua volta viene intesa come un bene parificato a quelli che qualificiamo come oggetti di proprietà e, quindi, sottoposti alla logica della volontà soggettiva<sup>53</sup>. Questa trasformazione genera una fitta serie di aporie che culminano nella domanda relativa a chi possa disporre del bene-vita. Purtroppo, la tragica risposta che la realtà sempre più ci offre è che la volontà del più forte, sia essa singola o collettiva, pretende di arrogarsi la titolarità di un bene che è pensato come disponibile e fungibile<sup>54</sup>.

Questo è il destino delle pretese che si illudono di tutelare la libertà pensandola incarnata nelle volitività e nei desideri soggettivi e su questi presumono di poter fondare le scelte bioetiche nell'ambito dei cc.dd. diritti riproduttivi e in quello relativo alle scelte tragiche di fine-vita<sup>55</sup>.

La libertà, espressa nella autonomia e per questo così gradita agli estensori dei due Manifesti, ottiene quindi una illusoria tutela<sup>56</sup>. In-

<sup>53</sup> Sul tema valga quanto argomentato in F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in «Dialoghi del Diritto dell'Avvocatura della Giurisdizione», 1/2008, pp. 19-47. Ho, inoltre, trattato diffusamente questo tema nel mio *Neminem laedere*, cit., pp. 49-58. Al riguardo cfr. altresì le convincenti tesi esposte in S. TZITZIS, *La «belle mort» du droit à l'être aux droits de la personne*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, Paris 2006, pp. 585-604.

<sup>54</sup> Questo accade poiché una corretta impostazione del problema relativo alla titolarità dipende da una autentica comprensione della dimensione antropologica e della sua collocazione nel mondo dei fenomeni e di ciò che va al di là del fenomeno. In realtà, il titolare del diritto alla vita non è da pensarsi come l'atomo individuale, ipotizzato da Hobbes, né come la frazione del corpo sociale, auspicata da Rousseau; è piuttosto l'uomo in strutturale relazione con gli altri, laddove sia chiaro che proprio questa relazione dà senso, ma anche limite al vivere e alle scelte che lo riguardano; sul tema mi sia consentito rinviare al mio *Laicità e laicismo*, cit., pp. 232-234.

<sup>55</sup> Ad esempio, al rifiuto del riconoscimento della dimensione del mistero e alla pretesa di dominare, analizzandolo, il mondo ridotto a fascio di fenomeni si può ricondurre l'origine della idea di poter ravvisare un puntuale «fotogramma» nel fluire continuo della vita individuale dal quale avrebbe origine o fine la dimensione personale. Ed ancora, questa mentalità «legittima» la discutibile convinzione secondo la quale sarebbe lecito utilizzare una tale «finzione conveniente» per massimizzare il benessere dei più. La deriva eugenetica dell'utilizzo senza riserve della diagnosi preimpianto e pre-natale ben dimostra l'inaccettabilità di questa modalità di lettura dell'*éndoxon* persona, che pesanti ricadute ha anche nelle fasi successive della vita umana. Persona è, infatti, solo chi sa farsi valere come tale e, pertanto, resta escluso dalla tutela il debole, chi non può far udire in modo convincente il suo grido di dolore.

<sup>56</sup> Scrive Bodei: «Alla radice più profonda del relativismo etico e cognitivo, così

fatti, il concetto di autonomia, così convincente se inteso come attitudine a rispondere, si tramuta qui in insindacabilità razionalistica, difficilmente temperabile dal ricorso al principio di tolleranza che in ambito relativistico e contingente non offre alcuna risposta autentica, benché cerchi magari di manifestarsi nel dialogo. Ma quest'ultimo, laddove non sia sorretto dall'irrinunciabile consapevolezza dell'indigenza strutturale di verità dell'uomo e della conseguente sua necessaria intersoggettività, inesorabilmente si tradurrà in una sorta di apparente comunicazione finalizzata non a ricercare insieme il vero ma ad imporre la propria opinione, catturando un eristico consenso.

### 5. *Laicità e biodiritto*

Per tutti questi motivi è necessario ritornare alla laicità come rispetto della *recta ratio*<sup>57</sup>. Quest'ultima ci ingiunge di riconoscere in ambito bioetico la costanza di alcuni valori e di alcune verità di principio che non possono essere negati, né trascurati: il valore dialogico della persona, il significato profondo della libertà soggettiva e, conseguentemente, l'indisponibilità di alcuni beni.

Contrariamente a quanto presumono alcuni «laicisti», determinati beni, infatti, sono indisponibili proprio perché l'uomo è profondamente libero, laddove questa sua libertà non consiste nel fare, seguendo le pulsioni e i desideri più o meno momentanei, ma si esprime nella ricerca, nel dialogo incessante imposto dall'essenza della verità come «*ἀλήθεια*» (e non esclusivamente ma riduttivamente come «*ὀρθότης*»).

Queste verità di principio impongono di riconoscere l'antico impegno al *neminem laedere*; in altre parole ordinano di rispettare il limite.

Ma qui sorge l'autentico problema, articolabile in alcuni quesiti, particolarmente inquietanti: se il limite non è un ostacolo, come può fungere da confine? In altre parole, come stabilire il confine delle ricerche e delle manipolazioni sulla vita, se esso non può essere oggetto del pensiero? Ed ancora, in che senso la procedura dialettica può porlo come un innegabile relativo<sup>58</sup>?

come della deriva nichilistica della democrazia, si trova perciò la smisurata presunzione dell'uomo – o addirittura del singolo soggetto – di ergersi a giudice e a padrone della propria vita» (R. BODEI, *L'etica dei laici*, in AA.Vv., *Le ragioni dei laici*, cit., p. 18).

<sup>57</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, 1138b.

<sup>58</sup> Sul tema cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale*, cit., p. 74.



Ancora, e sempre, un valido soccorso ci proviene dalle nostre radici, dalla cultura greca. Essa, fin dagli albori, aveva sottolineato come il *péras*, nella sua struttura, sia ciò che consente ad ogni ente di essere ciò che è, purché riconosca la sua differenza, il suo differire e il suo rapporto con il comune<sup>59</sup>. In altre parole, l'uomo è indigente di verità e proprio per questo è strutturalmente in dialogo con i suoi simili. Vi è, pertanto, uno stretto legame simbiotico fra presenza del limite, da un lato, e indigenza di verità e strutturale dialogicità, dall'altro lato.

Alla luce di queste considerazioni è possibile offrire una prima risposta alle nostre domande: indisponibile, e quindi fonte di giustificazione del limite che non pretenda di ridurre il mistero ad oggetto del pensiero, è ogni espressione della soggettività in dialogo<sup>60</sup>.

Pertanto, un valido aiuto nel rispondere ai nostri quesiti può essere offerto dal ricorso, appunto, al metodo dialettico che ci consente di ricercare le regole nel rispetto di principi innegabili che però non possono mai essere determinati e posseduti una volta per tutte. Alla loro luce, simile a quella dei fari, intermittente e discontinua, devono esser tracciate delle «rotte», delle regole che non ci condurranno direttamente in banchina, né ci proteggeranno pienamente dalle onde e dai marosi. Ci consentiranno tuttavia di non incagliarci nelle «secche», né di naufragare sugli scogli degli «iceberg» biotecnologici, a patto di essere frutto di una autentica ricerca dialettica.

Da qui dobbiamo ripartire nelle scelte bio-giuridiche senza lasciarci fuorviare da *éndoxa* apparenti che pregiudicano un autentico dibattito.

Da qui dobbiamo procedere seguendo solo la *recta ratio* che, come la «retta» ricordata da Kant, non deve «inclinare»<sup>61</sup>, e cioè nulla deve concedere al relativismo individualistico e al dogmatismo assiologico.

Dobbiamo cercare di offrire delle risposte «miti», «elastiche» e «leggere» alle sfide biotecnologiche<sup>62</sup>, consapevoli che non esiste un

<sup>59</sup> Osserva puntualmente Luca Illetterati: «Agli albori della cultura filosofica i greci avevano pensato la struttura di ciò che è *péras*: in questo concetto, che attraverso in modo estremamente significativo sia la riflessione presocratica, come anche quella platonica e aristotelica, il limite è inteso, per così dire positivamente, come quella determinazione che conduce al compimento di una cosa e consente a ciascuna di essere ciò che appunto è» (L. ILLETTERATI, *Figure del limite*, cit., p. 19).

<sup>60</sup> Sul tema rinvio al complesso ed articolato studio monografico contenuto in P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004, passim.

<sup>61</sup> Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. di G. Vidari, Laterza, 4ª ed., Roma-Bari 1996, p. 38.

<sup>62</sup> In questo senso dobbiamo rispettare una idea antica, che nasce nella democrazia ateniese, l'idea «della legge come scoperta che si rinnova ogni giorno in con-

diritto naturale scolpito in maniera evidente nelle menti degli uomini che ci consenta di *neminem laedere*<sup>63</sup>; sotto questo profilo dobbiamo prendere le dovute distanze dall'idea di un limite invalicabile posto nella natura, secondo quanto ingenuamente pretendono alcuni *pro-life* e come opportunamente denunciano molti *pro-choice*<sup>64</sup>. È vero: nulla è più culturale dell'idea di natura, come sottolineano gli estensori del *Manifesto di Bioetica laica* del 1996. Agire, anche agire nel campo biotecnologico è scegliere, è decidere, è operare una *choice*; ma nessuna scelta e nessuna decisione può aver senso se non è verso la vita, a favore di essa, ossia se non è *pro-life*<sup>65</sup>. Infatti, decidere, in senso dialettico, può significare esclusivamente escludere quanto è inaccettabile dal punto di vista del Principio e, cioè, in ambito bio-

sequenza di una continua ricerca imposta dal confronto competitivo delle opinioni, è la più genuinamente occidentale e, nel contempo, la più idonea a scongiurare l'immissione, nel contenuto normativo, di dogmi o verità intangibili» (M. BERTOLISSI e U. VINCENTI, *Laicità e diritto*, in AA.Vv., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino 2006, p. 75). Questo concetto è, inoltre, strutturalmente connesso al sorgere della retorica e della teoria dell'argomentazione e, difatti, «il carattere del diritto occidentale secolarizzato e, dunque, laico sta fondamentalmente nella sua costruzione per argomenti razionali sempre suscettibili di critica» (*op. ult. cit.*, p. 75). Il concetto di «diritto mite» deve la sua fortuna agli scritti di Gustavo Zagrebelski (cfr. G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992). Di diritto «leggero» si parla invece in S. RODOTÀ, *Tecnologie e Diritto*, Il Mulino, Bologna 1995.

<sup>63</sup> A testimonianza dell'importanza, tuttavia, di tale riferimento si vedano i vari saggi contenuti nel recente AA.Vv., *La vitalità del diritto naturale*, Phronesis, Palermo 2008. Sul rapporto fra tematiche biogiuridiche e dottrina giusnaturalistica cfr. F. D'AGOSTINO, *Il diritto naturale, il diritto positivo e le nuove provocazioni della bioetica*, in «R.I.F.D.», LXXIX (2002), pp. 409-424.

<sup>64</sup> Secondo Preterossi i conservatori cattolici, che lui definisce «teocoon», drammatizzerebbero gli effetti bioetici opponendo una «natura fittiziamente assoluta (intangibile e perciò ultimo asilo dei valori)» alla tecnica che viene demonizzata» (G. PRETEROSSO, *Contro le nuove teologie della politica*, in AA.Vv., *Le ragioni dei laici*, cit., p. 4); questo atteggiamento sarebbe indice di «un bisogno di esonero dall'angoscia dell'artificio, il desiderio di affidamento, che ha radici oscure e profonde, a una potenza indisponibile, portatrice di una dismisura...Ma la natura umana è artificio?» «non a caso, da più parti si tende a dare per scontata – con una sorta di spiccia ingenuità – l'esistenza, l'incontrovertibilità, l'attingibilità certa e acconfittuale del diritto naturale» (*op. ult. cit.*, p. 5). Il ricorso ad una presunta oggettività della natura è rifiutato anche da Bodei che scrive: «L'etica laica si rende conto del fatto che non serve combattere il relativismo etico e le concezioni edonistiche della libertà ricorrendo al paradigma perduto della natura umana, a una forma di giusnaturalismo che presuppone l'esistenza di leggi immutabili ed oggettive, la cui essenza rimane costante e intatta pur tra gli innumerevoli cambiamenti attraversati dalla civiltà» (R. BODEI, *L'etica dei laici*, cit., p. 24).

<sup>65</sup> Corre doveroso il riferimento agli scritti al riguardo di Francesco D'Agostino e in particolare a F. D'AGOSTINO, *Bios, zoé, psiché*, in *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 27 e ss.

tico, respingere con fermezza tutto quanto impedisce il dialogo e la libertà, strutture ontologiche dell'uomo<sup>66</sup>.

Questi temi richiamano la spinosa questione relativa all'opportunità o meno di ideare un articolato biodiritto volto ad organizzare in maniera compiuta tutti gli ambiti bioetici<sup>67</sup>. Non c'è, infatti, uniformità di vedute nella dottrina a questo riguardo. A titolo d'esempio, si può ricordare come alcuni ritengano superflua la creazione di un biodiritto *ad hoc*, presumendo che nel nostro ordinamento siano presenti tutti quei principi e quei richiami ai valori giuridici che consentono di regolare ogni caso posto dalle c.d. sfide biotecnologiche<sup>68</sup>. Altri valutano l'essenzialità di elaborare norme giuridiche che sappiano offrire soluzioni legislative e giurisprudenziali in grado di garantire la coesistenza di diverse e spesso eterogenee morali, tutelando così non una scelta bioetica ma tante opzioni in ambito bioetico quante sono le capacità di argomentare razionalmente dei soggetti interessati<sup>69</sup>. Altri ancora ritengono essenziale individuare alcuni irrefutabili principi bioetici e tradurli in regole giuridiche, al fine di «tematizzare la giustizia, quale esigenza etica intrinseca al diritto, elaborando ed applicando ai temi bioetici i criteri di uguaglianza, simmetria e reciprocità»<sup>70</sup>.

L'economia di questo saggio non mi consente di prender posi-

<sup>66</sup> Cfr. F. CAVALLA, *Pratere legem agere. Appunti in tema di struttura e fenomenologia dell'atto libero*, in AA.VV., *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 53-73.

<sup>67</sup> Sul tema rinvio al bel volume di Salvatore Amato che ben evidenzia la complessità dei problemi S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2006; segnalo altresì, per un primo orientamento, gli ormai classici AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Il Mulino, Bologna 1998, F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino 2001, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006 e, infine, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Alcionè, Trento 2006.

<sup>68</sup> Al riguardo rinvio alle considerazioni svolte, in tema di scelte normative atte a regolare la c.d. eutanasia, in F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita*, cit., passim.

<sup>69</sup> A titolo di mero esempio posso segnalare il classico ma ancora fondamentale U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca di principi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Ambrosetti*, Milano 1989, pp. 345-370. Tuttavia, degno di nota è quanto ci ricorda Fabio Macioce secondo il quale il tema della laicità ritornerebbe perché oggi si contrappone un «paradigma debole della giuridicità, tale per cui essa debba ritrarsi il più possibile da ogni questione attinente al valore, e le richieste di riconoscimento giuridico di istanze e valori, nel nome di una loro intrinseca giustezza, e dunque di una loro affermata universalità» (F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, cit., p. 4).

<sup>70</sup> Cfr. il contributo di Laura Palazzani, contenuto in questo volume.

zione al riguardo; tuttavia, è opportuno sottolineare come le varie posizioni siano caratterizzate da un comune riconoscimento che concerne direttamente la nostra disciplina, la Filosofia del Diritto.

Tutti gli autori che si riconoscono nelle tesi suddette ritengono che il reale limite all'agire umano nelle biotecnologie sia da rintracciarsi nel necessario rispetto dell'autonomia dell'altro, della sua persona e dei suoi diritti. Come scrive Patrizia Borsellino, l'esclusivo divieto in ambito bioetico, degno di approvazione sia morale che giuridica, è quello che si basa sul principio secondo il quale «con l'unico limite del danno agli altri, ogni individuo adulto e consapevole ha diritto di vivere secondo le proprie convinzioni e i propri principi morali»<sup>71</sup>.

Non credo sia possibile rifiutare questo principio, che io riconosco nell'antico *neminem laedere*; tuttavia una puntualizzazione è opportuna. La richiesta di Patrizia Borsellino si basa sul condivisibile rifiuto del dogmatismo razionalistico e sulla convinzione del valore intrinseco del pluralismo etico, giustamente pensato come un bene da salvaguardare e garantire e non come un male da sconfiggere<sup>72</sup>. La sua tesi è, però, apprezzabile a condizione che non si fondi su di una esclusiva contrapposizione fra relativismo e dogmatismo che, opportunamente, è rifiutata da Laura Palazzani nella sua relazione quando afferma: «Il diritto, o meglio la riflessione fenomenologia sul senso costitutivo del diritto, mostra la possibilità di una via intermedia individuabile nel riconoscimento razionale dell'esigenza costitutivamente umana della coesistenza e della relazionalità intersoggettiva, quale riconoscimento condivisibile etico 'minimo' (non minimalista) da parte di tutti gli uomini (sul piano della mera razionalità pratica, indipendentemente dalla posizione teoretica, ontologica ed etica assunta a livello massimo)»<sup>73</sup>.

Come accennavo prima, tutto questo riguarda molto da vicino la Filosofia del Diritto e, in particolare la sua identità.

La nostra disciplina non è, infatti, un gioco intellettuale né dei filosofi né dei giuristi<sup>74</sup>. Non lo è per giuristi i quali, secondo una ingenua ipotesi, si dedicherebbero ad essa laddove sollevassero le mani

<sup>71</sup> Cito dal testo distribuito durante il Convegno e qui contenuto, rielaborato.

<sup>72</sup> Sul tema fra i tanti rinvio al classico E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari 1999.

<sup>73</sup> Cito dal testo inviato per il convegno che riprende tesi da tempo sostenute dalla Relatrice; fra i tanti in L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2002.

<sup>74</sup> Il pensiero, ovviamente, corre alla fortunata distinzione proposta da Norberto Bobbio fra la «filosofia del diritto dei filosofi» e la «filosofia del diritto dei giuristi»; cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965.

dai reali «attrezzi» da lavoro per «librarsi» in un non meglio identificato iperuranio delle idee di giustizia e verità. Non lo è per filosofi che, per un'altra altrettanto ripudiabile immagine, cercherebbero grazie ad essa di applicare ad una realtà bruta e disomogenea il presunto distillato del loro sapere.

Questi caricaturali filosofi del diritto, sia giuristi sia filosofi, fallirebbero nelle loro fatiche poiché non comprenderebbero l'autentico significato dell'esperienza che impone di assegnare alla nostra disciplina il compito di ricercare nel e per il diritto la *ractio* del suo esistere, in un continuo scambio dialettico con la concretezza dell'esperienza<sup>75</sup>.

In verità, volendo proprio servirsi dell'opposizione bobbiana, prendo per una «filosofia del diritto dei filosofi» a condizione, però, che il filosofo non sia pensato come il dogmatico detentore dei «massimi sistemi». Potrei, persino, concedere che il filosofo del diritto sia colui che cerca di applicare alcune «proprietà ontologiche costitutive all'esperienza giuridica»<sup>76</sup> a condizione, però, che si ricordi che quanto costituisce ontologicamente l'uomo sia la sua indigenza di verità e il suo essere strutturalmente in dialogo intersoggettivo. Compreso ciò, «applicare» queste proprietà ontologiche si traduce nell'ideazione di una dimensione giuridica volta a proteggere e a caldeggiare le diverse manifestazioni dell'esigenza morale ma nel pieno rispetto della tutela delle soggettività, ovvero sia nella costante promozione della dialogicità.

In sintesi, noi filosofi del diritto dobbiamo dar testimonianza del fatto che la mitezza e l'elasticità, da cui deve essere caratterizzata ogni scelta giuridica in ambito bioetico, non possono tradursi nell'accettazione supina di tutto ciò che il più forte, colui che riesce a far sentire il suo grido di dolore o, talvolta, di desiderio, vuole<sup>77</sup>. L'autentica via della laicità, la sola che può rispettare la *recta ratio* dell'esperienza giuridica, passa necessariamente per la fatica dialettica, per l'ascolto, per l'opposizione, per la comprensione<sup>78</sup>. Per tutto questo,

<sup>75</sup> Per una concezione autentica dell'esperienza cfr. M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, cit., pp. 61 e ss.

<sup>76</sup> Cfr. *contra* il saggio di Patrizia Borsellino contenuto in questo volume.

<sup>77</sup> È da osservare un possibile rischio insito nella pretesa di chiedere ai credenti di comportarsi come *etsi Deus non daretur*. Come denuncia acutamente Possenti, «in genere il laicismo non si limita a sostenere l'autonomia della sfera civile da quella religiosa (il che è certo legittimo), ma si connota per un doppio elemento: intende rinchiudere il fatto religioso nel privato e l'uomo nell'intramondano; considera la religione non un fattore positivo nella vita pubblica ma piuttosto un elemento nocivo e anche per questo la relega in una dimensione esclusivamente privata, non di rado sperando che scompaia anche da lì» (V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, cit., p. 6).

<sup>78</sup> L'idea di laicità può essere addirittura considerata «mallevatrice» del dialogo; infatti, come osserva Bellino, «è stata l'idea di laicità a fare del rispetto che dob-

il biodiritto, qualsiasi sia la sua estensione, deve testimoniare il necessario rispetto dell'indisponibile; il riconoscimento di quest'ultimo non è, infatti, prigione della libertà ma, piuttosto linfa della sua vitalità e palestra irrinunciabile del suo esercizio<sup>79</sup>.

#### 6. *Per concludere, evitando l'errore di Pandora*

Solo impegnandoci in questa direzione, accompagnati da queste consapevolezza, potremmo sperare di evitare l'antico errore di Pandora, e di farci autentico carico del significato del limite nell'esperienza umana.

Il mito greco di Pandora è alquanto emblematico per il nostro tema e può illuminarci con la sua arcaica sapienza.

Come si ricorda Pandora, e con lei tutta l'umanità, è punita per non aver rispettato il divieto, per non aver accettato l'unico limite che le era stato posto. Ella infrange il comando di Zeus non per *hybris*, ma per curiosità, consentendo così al vento del male di disperdersi sul creato.

Peccherebbe di ingenuità chi ritenesse semplicemente Pandora una superficiale donnicciola. Pandora è cognata di Prometeo, il ribelle per eccellenza, di colui che ha donato il fuoco e l'oblio dell'ora della morte agli uomini. Per inciso dobbiamo ricordare che Prometeo ha negato il *péras*, facendo dimenticare agli uomini di essere perituri e quindi facendo loro credere di essere intelligenti, come affermava Anassagora, perché in possesso delle mani<sup>80</sup>.

biamo all'altro proprio perché ci è altro la regola fondante del nostro star assieme: del rispetto che lui dobbiamo con tanto maggior scrupolo quanto più ci è altro» (P. BELLINO, *Il diritto*, cit., p. 13).

<sup>79</sup> Non si può dimenticare, infatti, la deriva fattualistica dell'opzione scettica. Come osserva giustamente Macioce, «l'idea che le visioni comprensive del bene, delle quali ciascun soggetto è legittimamente portatore, siano tutte di principio equivalenti, perché al Valore non viene riconosciuta alcuna consistenza oggettiva, ha come sua diretta conseguenza sul piano giuridico la pretesa di legittimare ogni pretesa soggettiva in nome del suo stesso esserci» (F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, cit., p. 7).

<sup>80</sup> Il riferimento è a Anassagora, la cui definizione antropologica è riportata in ARISTOTELE, *De part. Animal.*, 687 a7. In questo modo l'uomo ha posto le basi per l'odierna concezione dell'uomo come prodotto. Infatti, come ci ricorda Benedetto XVI, egli «non è più dono della natura e del Dio creatore; è prodotto di se stesso. L'uomo è giunto alla sorgente del potere, nel luogo di origine della propria stessa esistenza. La tentazione di creare infine l'uomo perfetto, di condurre esperimenti sugli esseri umani, di vedere gli esseri umani come spazzatura e di metterli da parte, non è una fantasticheria di moralisti nemici del progresso» (J. RATZINGER, *Ragione e fede*, cit., p. 72).

Tutto si tiene con mirabile profondità! Infatti, ritornando a Pandora, si può osservare come solo se si riconosce l'essenza, l'idea del limite, si rispetta il vaso. Se, al contrario, il limite è pensato come un ostacolo da superare non vi è alcuna ragione per non infrangere il coccio che ci separa dal mistero che vogliamo scoprire, che desideriamo illuminare a giorno.

Ma la sapienza antica, espressa nel mito, ci ha ricordato che rompere il coccio non significa svelare la verità. Anzi! La verità è «*ÎÁË*» ma l'alfa privativo non è eliminabile con un atto di volontà, poiché è strutturale alla stessa verità<sup>81</sup>; l'alfa privativo è semplicemente riconoscibile con l'intelligenza che lo pone a fondamento del dialogo, della ricerca incessante in comune.

Il limite che stiamo cercando può essere, pertanto, offerto dal riconoscimento di alcuni «paletti» irrinunciabili, ossia conficcabili nel terreno della ricerca. Essi esprimono il doveroso *neminem laedere*, ossia il rispetto dell'intersoggettività e della (dialogica) indigenza di verità, soprattutto di quella dei più deboli. Testimoniano, in altre parole il principio del dialogo, ossia l'essenza dell'amore per il sapere che è incessante ricerca<sup>82</sup>.

Mi sia concesso concludere sottolineando come il porre questi «paletti» non significhi essere «laici in ginocchio»<sup>83</sup>; piuttosto, significa ambire ad essere pensatori che non accettano di indossare una «visiera» che impedisca di vedere, o meglio, di intravedere la presenza del kantiano cielo stellato su di noi, che non ci impone di rinunciare alla ragione ma, anzi, ci invita ad informare autenticamente ad essa la legge morale. Non significa certo cadere vittime di fondamentalismi, ma anzi attivarsi per consentire il formarsi di un autentico dialogo, di un reale rispetto intersoggettivo a cui indubbiamente aspirano le nobili intenzioni di alcuni dei fautori della c.d. bioetica laica e a cui non giungono per non aver saputo riconoscere l'indisponibile, quanto costituisce il limite di ogni pretesa e di ogni desiderio umano.

Il limite, costituito dall'indisponibile, è rigorosamente invalicabile

<sup>81</sup> Cfr. F. CAVALLA, *La verità dimenticata*, cit., pp. 143 e ss.

<sup>82</sup> In questo senso ci riconosciamo pienamente in quella che Zagrebelsky chiama l'etica del dubbio, distinguendola dall'etica senza verità ma anche dall'etica fondata sulla verità dogmatica; come sostiene l'illustre costituzionalista: «essere per l'etica del dubbio non significa affatto sottrarsi al richiamo del vero, del giusto, del buono e del bello, ma, propriamente, cercare di rispondere alla chiamata, in libertà e responsabilità verso sé e verso gli altri» (G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, cit., p. VIII).

<sup>83</sup> Il riferimento è ovviamente al titolo del recente *pamphlet*, C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Laterza 2008.

poiché ciò che limita fonda la stessa autenticità; in altre parole, il rispetto per la soggettività e per la sua potenziale dialogicità rende concreto il proclama dei diritti umani, apprezzabile la tutela della dignità personale, giustificata la ricerca dell'autonomia in un orizzonte di dialogo non apparente ma costitutivo. Dia-logo, infatti, significa tenere insieme attraverso le differenze, pertanto queste differenze non possono essere negate, annullate ma tutte devono essere rispettate, fino a che, beninteso, la loro manifestazione non impedisca quella delle differenze dei più deboli, degli indifesi, di coloro che solo nel giusto diritto possono trovare tutela.



## *Elenco degli Autori*

AMENDOLA ADALGISO è professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Salerno.

AVITABILE LUISA è professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Cassino.

BORSELLINO PATRIZIA è professore ordinario di Filosofia del Diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

CANALE DAMIANO è professore ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università Bocconi di Milano.

COSÌ GIOVANNI è professore ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Siena.

LOSANO MARIO G. è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università del Piemonte Orientale.

MANCINI LETIZIA è professore associato in Filosofia del Diritto presso l'Università statale di Milano.

NERHOT PATRICK è professore ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Torino.

OMAGGIO VINCENZO è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Napoli «Suor Orsola Benincasa».

PALAZZANI LAURA è professore ordinario in filosofia del diritto presso la LUMSA di Roma nella Facoltà di Giurisprudenza.

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

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

PRETEROSSO 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)

