



Edoardo Dieni

**Il diritto come «cura»
Suggerimenti dall'esperienza canonistica ***

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Dalla «rocca sull'onda» ai «diritti sbagliati»: la giuridicizzazione dei rapporti inter-personali come problema - 2.1. L' «atomismo sociale» e i «diritti egoistici» - 2.2. I «diritti egoistici» nella tradizione canonistica: il caso del matrimonio - 3. Creonte e Antigone: diritto *vs.* morale o diritto «maschile» *vs.* diritto «femminile»? - 3.1. Gender Studies e modelli di genere nel diritto. - 3.1.1. Etica dei diritti ed etica della cura - 3.1.2. Dal non-diritto al diritto «altro»: categorie, tipi di ordinamento, stili «femminili» - 3.1.3. Dimostrazione *vs.* argomentazione, rigidità *vs.* flessibilità - 3.2. Il lato «femminile-materno» del diritto canonico e il diritto come «cura» - 3.2.1. «Maschile» e «femminile» nel cattolicesimo - 3.2.2. Diritto canonico, stereotipi sessuali e tipi di diritto - 3.3. L'esigenza di ricomporre la scissione - 4. Lo sfondo filosofico-politico del diritto post-moderno (radici ebraico-cristiane della critica interna al liberalismo) - 5. Uno *jus o potestas pro persona* come categoria della «cura»? - 5.1. Cura, responsabilità, diritti: l'opportunità di ripensare le categorie giuridiche tradizionali - 5.1.1. La responsabilità verso l'altro dell'amicizia. - 5.1.2. Un diritto («debole», e della cura) dell'amicizia? - 5.2. La pista ricoeuriana della collaborazione tra amore e giustizia (e l'«economia della gratitudine») - 5.3. La pista levinasiana del visage (e la razionalità concreta dell'empatia) - 5.4. Per un'ipotesi di nuove categorie positive.

1 - Premessa

Nonostante il dilagare dei paradigmi economico-utilitaristi nel diritto dell'«età della tecnica»¹, sembra ci siano ancora, tra i giuristi, sacche di resistenza in cui si combatte per conservare, recuperare, ricercare valori umanistici. Tra le «formazioni resistenti», il personalismo di ispirazione cristiana - per quanto difficilmente definibile sia la «cosa» che va sotto questo «nome» - è certamente una prospettiva teorica che ha influito e ancora influisce in diversi campi del diritto. Delle sue molte varianti, che risultano spesso dalla combinazione con altre tradizioni di pensiero, la più visibile e

* La pubblicazione postuma di questo scritto di Edoardo Dieni, rimasto in lettura al Prof. Salvatore Berlingò, intende ricordarne nell'anniversario della scomparsa la figura di studioso.

¹ Cfr. emblematicamente, in proposito, N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001. Sul tema heideggeriano della tecnica onnipotente ma cieca si è soffermato recentemente M. JASONNI, *La lealtà indivisa. Autonomia soggettiva e sacralità della legge alle origini e nella tradizione d'Occidente*, Milano, 2002, pp. 139-180.



«compatta» si direbbe senz'altro quella sostenuta dal magistero della Chiesa cattolica, che la propone strenuamente come modello ai legislatori e agli operatori del diritto dello Stato.

Il personalismo del cattolicesimo ufficiale, però, anche nella versione giuridica appare per molti versi poco sintonico con la sensibilità contemporanea: non solo e non tanto per le difficoltà di comunicazione tra i depositari della Verità e una civiltà proclive al non-cognitivismo etico, quanto forse piuttosto per la distanza che separa il soggetto postulato dall'antropologia della gerarchia cattolica² e l'individuo contemporaneo (in Occidente etichettabile come post-moderno o addirittura iper-moderno).

Nella stessa esperienza giuridica «interna» della Chiesa di Roma, la teoria e la prassi del personalismo non sempre si direbbero persuasivi, se appena ci si disloca al di fuori dei moduli di pensiero conformati sullo *stylus romanae curiae*. Uno *stylus* del quale è stata notata la coincidenza di metodo - affatto interessante - con quel positivismo normativista³ che oggi evolve (o degenera) nel formalismo vuoto di valori, nell'imperativismo cieco servente una tecnica senza scopo⁴.

Non sembra tuttavia impensabile che, *criticamente considerata*, e in dialogo con alcune prospettive culturali contemporanee, la tradizione canonistica (così strettamente intrecciata alla vicenda occidentale), possa evidenziare elementi utili per nuove sintesi, in grado di superare i limiti della tradizione liberale dei diritti⁵ cui ha dato un decisivo

² Come è noto all'impostazione metafisica (aristotelico-tomistica) della morale cattolica ufficiale si rimprovera un tipo di fondazione dei valori etici che induce a procedere «...o impoverendo l'essere umano di tutti gli elementi concreti, o presentando l'individuo umano in vesti tanto astratte e ideali che una tale rappresentazione finisce con il non avere alcuna presa sul piano delle azioni effettive»: cfr. E. LECALDANO, *Etica*, Torino, 1995, p. 73.

³ Cfr. in tal senso P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in *Quad. Fior.*, 27 (1998), pp. 395-396.

⁴ Riconduce a una radicalizzazione del positivismo di derivazione kelseniana la tendenza attuale di parte della scienza giuridica ad assecondare le dinamiche sociali contemporanee prodotte da una tecnica senza scopo L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 55 (2001), p. 4 e ss., commentando in particolare la posizione di Natalino Irti.

⁵ Se è lecito compendiare in formule più che sbrigative processi culturali complessi e articolati (né del tutto univoci né interpretabili semplicisticamente) - se è lecito rifarsi ancora una volta a quello che Richard Rorty chiama «*a cliché of intellectual history*» ma sembra nondimeno uno schema non infedele (cfr. R. RORTY, *The Priority of Democratic Politics to Philosophy*, in M.D. PETERSON - R.C. VAUGHAN [edd.], *The Virginia Statute for Religious Freedom: its evolution and consequences in American history*, Cambridge (England) - New York, 1988, pp. 257-282, nel quale lo stesso filosofo della politica si rifà ampiamente a tale *cliché*) -, si potrà ricordare ancora una volta come nella civiltà post-rinascimentale che ha rivoluzionato la cosmologia dell'Occidente sostituendo alla centralità di Dio (dell'ordine oggettivo delle cose che ne promana) la centralità



contributo, sia pur involontario, il pensiero scolastico del quale la scienza dei canoni è parte⁶. Ed anzi è forse pure immaginabile, su questa scorta, un personalismo giuridico, non inconsapevole del messaggio cristiano, che risulti, all'uomo e al giurista contemporaneo medio, più «simpatico» (in senso etimologico) di quello del cattolicesimo ufficiale.

Se, come dice icasticamente Luigi Lombardi Vallauri, «non si può con una scavatrice fare tenere carezze»⁷, la sfida per un diritto neo-umanista è quella di costruire «... una nuova dogmatica giuridica, che organizzi concettualmente le norme dal punto di vista del loro rapporto al fine ultimo, la persona appunto, il suo realizzarsi, il suo comunicare»⁸. Uno strumentario tecnico più raffinato ispirato, levinasiamente, al principio antieconomicista che «la carezza consiste nel non impadronirsi di nulla»⁹.

dell'uomo, si approfondisce e perfeziona un movimento di affermazione del soggettivismo che porta con sé un epocale cambiamento nel modo di intendere la nozione, oggi ancora al centro della dottrina giuridica e politica occidentale, di diritto soggettivo: non più, tanto, la misura della «giusta» partecipazione all'ordine oggettivo, che il medioevo aveva ripreso dall'eredità aristotelico-romanistica, quanto lo strumento preordinato a soddisfare le esigenze dell'individuo, a realizzare le prerogative del soggetto.

⁶ È ormai ben noto come si debbano ai filosofi della seconda scolastica decisivi contributi - rielaborando istanze complementari del tomismo e della scuola francescana, l'uno portato al soggettivismo razionalistico, l'altra al volontarismo - a fondare i presupposti teorici dell'individualismo moderno, giocando in particolare un ruolo determinante nella secolarizzazione del pensiero giuridico. Per il dibattito storiografico in argomento cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1985, pp. 293-338; F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, 1973; P. GROSSI (ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973; B. TIERNY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, (ed. or. 1997) trad.it., Bologna, 2002; K. SEELMANN, *Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 26(1999), pp. 277-298; C. FANTAPPIÉ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 1999, pp. 197-206; L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo*, Roma, 1999, e la serie di articoli di questo Autore pubblicati nelle più recenti annate dei *Materiali per la storia della cultura giuridica*; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, pp. 339-349.

⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, in R. ORECCHIA (ed.), *Il problema del «metagiuridico» nell'esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, Milano, 1984, pp. 59-60

⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Giuridico e metagiuridico*, cit., p. 78

⁹ E. LÉVINAS, *Totalità e Infinito*, trad. it., Milano, 1990, p. 265.



2 - Dalla «rocca sull'onda» ai «diritti sbagliati»: la giuridicizzazione dei rapporti inter-personali come problema

Il terreno di elezione per sperimentare nuovi strumenti di tal genere è verosimilmente quello dei rapporti interpersonali di tipo familiare e parafamiliare, in cui l'essere della persona si pone in primo piano rispetto all'avere.

Per riprendere la famosa similitudine di Arturo Carlo Jemolo assunta nella civilistica italiana al rango di luogo comune, non solo la relazione personale tra i coniugi, ma l'intera famiglia appare come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto». Jemolo così sviluppava il paragone: «La famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl'istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto»¹⁰.

Nel pensiero del giurista, peraltro, questi asserti si inserivano nell'ambito di un rilievo più generale: «... tutto il diritto, ramo della pratica, trova le sue basi salde quando si muove sul terreno

¹⁰ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, ora in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, p. 241. Su questa osservazione, che «...ha incontrato una fortuna inquietante», cfr. le dotte note di S. CAPRIOLI, *La riva destra dell'Adda*, lettura a F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la dogmatica ludicra*, ristampa anastatica, Bologna, 1981, pp. 4-12, e da ultimo S. BERLINGÒ, *Jemolo e il diritto canonico*, contributo agli atti del Convegno di studi «Arturo Carlo Jemolo a venti anni dalla scomparsa», Torino, 8 giugno 2001, che rileva come la tendenza di «Jemolo, studioso del diritto civile, a circoscrivere al massimo il ricorso alla regolazione giuridica dei rapporti parentali» (cfr. per esempio il passaggio citato *infra*, nota 12), riposi su un sentimento dell'ideale familiare che si esprimerà anche in altri momenti della sua attività di giurista, e che prefigurava il paradigma ecclesiologico della Chiesa come «famiglia di Dio» oggi acquisito dalla teologia e dal magistero cattolico. Su tale paradigma, cfr. H. ODILI OKEKE, *Church-as-God's Family: From African Ecclesiology to African Canon Law*, in *Studia canonica*, 32 (1998), pp. 397-414; S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare» nell'ordinamento canonico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 45 (1999), pp. 619-664; e, anche per l'esplicita assunzione della prospettiva «di genere», E.M. SYNEK, *OIKOΣ. Zum Ehe und Familienrecht der Apostolischen Konstitution*, Wien, 1999: come è ben noto, le varie teorie politiche femministe contestano oggi l'esclusione della sfera domestica da considerazioni pubbliche e di giustizia che viene riscontrata, in qualche modo, nei famosi passi di Jemolo citati, e la riflessione femminista sul diritto è in buona misura una applicazione regionale della critica alla separazione pubblico (=diritto) / privato (=morale).

Sulle diverse idee di diritto cui possono portare le diverse prospettive «di genere», *infra*, 3.



dell'economia: fuori di questo si asside su un suolo assai meno sicuro»¹¹.

La similitudine di Jemolo, dunque - che oggi rinnova la sua fortuna soprattutto grazie a interpretazioni di tipo « comunitarista » intese a rivendicare contro lo Stato un ambito di immunità in cui lasciar operare, piuttosto che un non-diritto, un altro tipo di diritto (per esempio religioso) -, può essere letta anche come un invito a esplorare il «suolo assai meno sicuro» costituito dall'ampio bagnasciuga che non è più «diritto» di tipo «economico» ma non è ancora necessariamente non-diritto, potendo essere semplicemente un diritto di tipo diverso¹².

2.1 - L'«atomismo sociale» e i «diritti egoistici»

Come è stato di recente ribadito ricordando l'esortazione weberiana a tener conto della complessità del concetto, «l'individualismo sembra passibile di una molteplicità di posizioni e di interpretazioni in cui è tutt'altro che facile collocarsi, a meno che non si scelga un punto di vista privilegiato a partire dal quale avviene una rilettura»¹³.

Uno di questi punti di vista è quello - tra i più ricorrenti nel dibattito contemporaneo - che focalizza l'attenzione sull'idea di «atomismo sociale»¹⁴. Il paradigma atomistico, guardando alla società politica come a un insieme di unità ciascuna delle quali è del tutto

¹¹ A.C. JEMOLO, *Sguardo sulla materia matrimoniale*, (1964), ora in ID., *Pagine sparse*, p. 119. Considerazioni simili sono sviluppate anche in *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, pp. 555-564.

¹² In effetti, Jemolo, partendo all'idea che «I rapporti economici sono il vero terreno in cui opera il diritto dello Stato», si domandava pure se non fosse il caso «...di lasciare il regolamento della famiglia alla religione ed al costume, limitandosi lo Stato a regolare le conseguenze economiche delle situazioni familiari di fatto» (*Sul diritto di famiglia*, cit., p. 556). Ma né un diritto religioso, né un diritto consuetudinario, sarebbero meno «diritto» di un diritto legale statale (come nota J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille. L'enfant, le couple*, Paris, 1999²⁰, p. 701, nelle società occidentali le unioni libere tendono a diventare, a lungo termine, consuetudini giuridiche), per cui la famiglia non «legale» non sarebbe mai, in senso stretto, «di fatto». Forse non è un caso, allora, che la proposta jemoliana di de-legalizzare gli aspetti non patrimoniali della famiglia, che toglierebbe il supporto della legge civile a un certo modello culturale di famiglia, non venga di solito ripresa dai giuristi che invocano la mitica isola di Arturo Carlo Jemolo.

¹³ E. PULCINI, *L'individuo senza passioni. Individualismo moderno e perdita del legame sociale*, Torino, 2001, p. 9.

¹⁴ E. PULCINI, *L'individuo*, cit., pp. 15-16, segnala nella riflessione tocquevilliana sulla democrazia la più perspicua analisi della forma «atomistica» dell'individualismo, che radicalizzandosi passa dall'aggressività all'indifferenza.



svincolata dall'altra, è auto-motivata, e non ha da tener conto delle altre particelle della stessa specie - atomi di un gas che rimbalzano in un contenitore, secondo l'immagine di Elisabeth H. Wolgast¹⁵ - trova nel concetto di diritto individuale una proiezione spontanea e uno strumento potente e utile, che realizza il bene della persona a misura che questa coincide con il modello di un soggetto indipendente, libero e con interessi individuali¹⁶.

Se però lo schema del diritto individuale viene applicato a soggetti che non si trovano in queste condizioni, nell'ambito di relazioni umane e istituzioni che hanno la loro struttura formale in un contratto - strumento di amministrazione dell'autonomia degli individui e del loro interesse singolare - il meccanismo si inceppa, rileva Wolgast¹⁷. Non tutte le relazioni umane, infatti, sono secondo questa studiosa giuridicizzabili in termini di diritti. Quando ci si ostina a far entrare nello stampo del diritto individuale una relazione in cui le parti non

¹⁵ Cfr. E.H. WOLGAST, *La grammatica delle giustizie*, trad. it., Roma, 1991, p. 12.

¹⁶ Sembra di poter dire che questo rilievo era già implicito nella critica di Jehring al diritto soggettivo interpretato come potere della volontà, che, nel caso del diritto dell'incapace, avrebbe voluto dire «offrire degli occhiali a un cieco». Il fatto che l'incapace abbia bisogno della *cura* (curatela, potestà) di un soggetto «atomistico» (indipendente, libero e con interessi personali) disposto a immedesimarsi nell'interesse dell'assistito, suggerisce che per mantenere l'unità concettuale della categoria «diritto soggettivo» si sia stati disposti ad accettarne consistenti deformazioni.

¹⁷ Per esempio, con riferimento a quel tipo di rapporto interpersonale che è il matrimonio, così si esprime l'Autrice: «Il matrimonio è un rapporto legale, stipulato volontariamente, e da questo punto di vista è simile a un contratto. Ma l'impegno a superare esigenze ignote è una caratteristica che nessun contratto può tollerare. D'altro canto, se il matrimonio dovesse esser tradotto in un contratto, si potrebbe anche sostenere che non vi sarebbe in esso nulla di lontanamente simile al matrimonio. La riduzione di simili rapporti umani a contratti ci viene imposta da un quadro, quello dell'atomismo, e i problemi che esso suscita suggeriscono si tratti di un quadro sbagliato» (cfr. E.H. WOLGAST, *La grammatica*, cit., pp. 22-23).

Viene subito alla mente il titolo con il quale Riccardo Orestano ribattezzò la versione riveduta di un suo fondamentale lavoro: *Un errore che ha fatto storia: il matrimonio fra i contratti*, in *Diritto: incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 315-337 (il testo rielabora le pp. 24-39 del volume *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milano, 1951). L'insigne storico scagiona i canonisti medievali dalla responsabilità dell'«errore», che essi ripresero invece dai civilisti.

È nota la tesi di Giuseppe Caputo che, attribuendo a un intento ideologico la qualificazione del matrimonio canonico come contratto sinallagmatico - veste cui la sostanza sacramentale del coniugio «irrimediabilmente rilutta» - riteneva quella di semplice atto giuridico la categoria dogmatica più appropriata in cui sussumere il matrimonio canonico (cfr. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, II, *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Padova, 1984, pp. 144-155).



perseguono (o non dovrebbero perseguire) il loro esclusivo interesse personale, una relazione in cui «le persone si assumono la responsabilità e la cura di altre», avvenga ciò nei «rapporti familiari, professionali, o semplicemente di benevolenza», si otterrebbero allora «diritti sbagliati»¹⁸. Diritti che non realizzano il bene delle persone coinvolte, ma producono un effetto diverso, che è quello di *sollevare dalla responsabilità un soggetto in posizione di forza e di controllo*¹⁹.

2.2 - I «diritti egoistici» nella tradizione canonistica: il caso del matrimonio

Sembra interessante accostare simili rilievi alla disciplina delle relazioni coniugali nel diritto canonico, che si direbbe offrire loro un ideale banco di prova.

Può essere intanto significativo risalire alle rappresentazioni dottrinali offerte da due autori emblematici di quella seconda scolastica spagnola che ha dato decisivi contributi alla secolarizzazione del pensiero giuridico moderno. Rielaborando la tradizione canonistica medievale del matrimonio come attribuzione contrattuale di un mutuo *ius in corpus*, nel trattato matrimoniale più autorevole nell'età della Controriforma Tomás Sánchez assimila al diritto di proprietà il diritto del coniuge sul corpo dell'altro in ordine agli atti finalizzati alla procreazione, facendone l'oggetto essenziale di un contratto sinallagmatico; questo diritto è, in ultima analisi, un diritto *super semen*²⁰

¹⁸ Cfr. E.H. WOLGAST, *La grammatica*, cit., p. 47.

¹⁹ Cfr. E.H. WOLGAST, *La grammatica*, cit., p. 53. Concetti molto simili a quelli che Wolgast esprime qui ponendosi nella prospettiva del momento costitutivo del contratto sono espressi da J.Q. WILSON, *Il senso morale*, trad. it., Milano, 1995, pp. 274-275, in relazione alle vicende modificative ed estintive del rapporto.

La critica alla concezione contrattuale del matrimonio - che è ancora motivo di dibattito tra i canonisti - non data certamente da oggi. Una analisi del fondamentale sottinteso all'idea del matrimonio-contratto - vale a dire l'eguaglianza formale tra i soggetti che vi possono accedere, e prima ancora il modello di questo soggetto eguale, l'individuo proprietario - è offerta da C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, trad. it., Roma, 1997. Il testo ricorda come già nel XIX secolo autori quali W. Thompson e J. Stuart Mill avessero denunciato che le donne non godevano in realtà della libertà di sposarsi, e che anche sul piano del rapporto il matrimonio si contrappone al regime del contratto (pp. 200 e ss.); ma è soprattutto interessante quando evidenzia le ragioni della speciale attenzione del femminismo teorico verso gli schemi contrattuali (pp. 19-25 e 289), e mette in guardia sui limiti intrinseci dell'indiscriminata contrattualizzazione dei rapporti interpersonali.

²⁰ Testualmente: «dominium unius coniugis in corpus alterius, est in ipsius semen» (*Disputationum de Sancto matrimonii sacramento [...] libri decem*, Venetiis, 1607, L. IX, d.



(costruzione che non risulterebbe sgradita a certa biogiuridica contemporanea di tendenza «liberal»). Analogamente, nel proprio *Tractatus*, Basilio Ponce de León, che pure propugna tutt'altra concezione di fondo del coniugio, muovendo dalle medesime categorie di base, che sono quelle dell'individualismo proprietario, applica il concetto di *ius in corpus* anche all'unione «spirituale» delle parti, giuridicizzata nei termini di un «dominio diretto» dal quale è scorporabile il «dominio utile» dello *ius ad copulam*²¹.

In entrambi gli autori, dunque, il principio individualistico sottinteso dall'idea di diritto sul corpo - una prerogativa del soggetto passibile di attuazione *ad libitum* tramite pretesa, come pure di rinuncia - costituisce una cornice teorica per dar conto, se l'interesse individuale di ciascuno non viene leso, della libertà delle parti di non eseguire la prestazione essenziale del rapporto (libertà tradizionale nel matrimonio canonico a causa della preferenza per le nozze «giuseppine»).

Questa concezione «juscorporalista», canonizzata in forma estrema nel Codice del 1917²² (ove la struttura essenziale del rapporto

19, n. 9); «dominium [...] super semen per cuius commixtionem efficitur una caro» (*ibidem*, L. IX, d. 46, n. 19).

Per una esaustiva analisi della concezione del matrimonio in Sánchez cfr. la monografia di G. CABERLETTI, *L'oggetto essenziale del consenso coniugale nel matrimonio canonico. Studio storico-giuridico sul pensiero di Tomás Sánchez*, Brescia, 1986. Basandosi più sullo spirito che sulla lettera di Sánchez, F.E. ADAMI, nella *Presentazione* alla monografia appena citata (pp. 8-9) prospetta l'ipotesi - coerente con le categorizzazioni proprietarie del canonista spagnolo - che l'autore spiegasse la stessa indissolubilità del matrimonio accostandola alla perpetuità connaturata al *dominium*.

²¹ «In primis ex generali ratione contractus, in quo est traditio dominii, non repugnat matrimonium esse sine ullo prorsus ordine ad copulam, ex illo generali principio passimque recepto, ubi dominium distinguitur ab usu, potest enim esse contractus circa materiam dominii, sine ullo ordine ad usum, etiam si alias deficiat usus; tam enim usus, quam dominium potest esse unumquodque separatim integra materia contractus. Unde duplex dominium in fundo, v.g. distingui solet, unum directum ac proprietatis; alterum utile quod pertinet ad usumfructum. Ex hoc ergo universali dogmate nihil repugnaret esse matrimonium, in quo sit mutua coniugum traditio, et dominium directum ac proprium, sine ullo tamen ordine ad usum, et copulam ex parte contrahentium»: *De sacramento matrimonii tractatus, cum appendice de matrimonio catholici cum haeretico*, Venetiis, 1645, L. I, cap. 18, n. 15.

Sull'opera matrimoniale dell'autore cfr. per tutti B. DAVID, *L'impuissance est-elle un empêchement de droit naturel ou positif? Etude historico-critique de la thèse de Ponce de León*, Roma, 1981 e S. ARDITO, *La dottrina matrimoniale di Basilio Ponce de León (1570-1629) e la letteratura ecclesiastica posteriore sino al Concilio Vaticano II. Contributo alla storia della rilevanza giuridica dell'amore coniugale*, in *Salesianum*, 43 (1981), pp. 757-815.

²² Cfr. E. DIENI, *Tradizione « juscorporalista » e codificazione del matrimonio canonico*, Milano, 1999. Sulla concezione del matrimonio cui si riferisce questo « brutto ma significativo neologismo » cfr. i recenti rilievi di P. MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, in *Dir. Eccl.*, 113 (2002), I, pp. 1009 e ss.



giuridico è esaurita dallo scambio dei diritti sul corpo²³, quasi come su qualsiasi altro bene che possa realizzare l'utilità di chi contrae), potrebbe dirsi in un certo senso sfuggire - *in una prospettiva interna*, e salvi i problemi di « tenuta logica » che la ricostruzione comporta²⁴ - alle critiche di Wolgast, in tanto in quanto esclude deliberatamente dal perimetro della rilevanza giuridica la relazione *interpersonale* non funzionale al conferimento, con atto istantaneo, del diritto in potenza (cioè, in pratica, qualsiasi profilo di quella relazione, il « fine secondario » del *mutuum adiutorium* non risultando, in questo sistema, rilevante)²⁵. La « riduzione a diritti » - anzi, a un solo essenziale diritto - è, nell'ambito di quella concezione « juscorporalista » estrema, pienamente sottoscritta, e *pour cause*. Nell'ambito invece di una concezione « juscorporalista » temperata, come quella del diritto giurisprudenziale successiva al Vaticano II, e poi del Codice del 1983 - il quale ultimo definisce il matrimonio ordinato al « bene dei coniugi » (can. 1055, § 1), e in cui si parla esplicitamente di comunione di vita - la critica ai « diritti sbagliati » sembra poter trovare applicazione. Il diritto

²³ Secondo P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, II, Romae, 1932, solo il diritto sul corpo, sia pure non esercitato, costituisce ed esaurisce il « vinculum seu ligamen matrimoniale » (p. 121); ciò che rende possibile « ...valere matrimonium cum pacto non habitandi in eadem domo, eademque mensa et toro non utendi » (p. 189).

²⁴ Circa i quali ci si permette di rinviare a E. DIENI, *Apories persistentes dans le droit matrimonial canonique*, in *Rev. Dr. Can.*, 50 (2000), pp. 171-196.

²⁵ Sulla scia dell'autorevole lezione gasparriana la giurisprudenza formatasi sul *Codex* del 1917 non ha mai riconosciuto significativa rilevanza al fine secondario del *mutuum adiutorium*, pur menzionato al can. 1013 § 1 di quel codice.

Il diritto canonico ha mancato, in proposito, un'occasione che è forse il caso di rievocare. Il momento decisivo in cui l'occasione fu perduta può probabilmente individuarsi nell'assestamento interpretativo in rapporto al seguente passo del *Decretum*, in cui è ripreso Agostino, dal *De bono viduitatis*, c. 8: « Nuptiarum bonum semper quidem est bonum, quod bonum semper in populo Dei fuit, sed aliquando fuit legis obsequium, nunc est infirmitatis remedium, in quibusdam uero humanitatis solatium. Filiorum quippe procreationis operam dare, non canino more per usum promiscuum feminarum, sed honesto ordine coniugali, nunc est in homine probandus affectus: et ipsum tamen laudabilis transcendit et uincit celestia cogitans animus Christianus » (C. 27, q. 1, c. 41). Se infatti all'*humanitatis solatium* fosse stato riconosciuto rango di finalità indipendente, alcuni problemi cruciali del diritto matrimoniale canonico non avrebbero avuto ragione di sussistere, a partire da quello posto dal matrimonio di Maria e Giuseppe, così difficoltoso per un « realista » come Graziano. Lo spunto di Agostino non ebbe tuttavia molta fortuna presso gli esegeti della raccolta bolognese: quando non fu interpretato minimalisticamente come la gratificazione che i padri trovano nella prole, il *solatium* venne retrocesso a motivo dei contraenti, come tale non rientrante nella struttura interna dell'istituto. Cfr. F. CANTELAR RODRÍGUEZ, *El objeto del consentimiento matrimonial en la doctrina medieval*, in *Curso de derecho matrimonial para profesionales del foro*, III, Salamanca, 1978, pp. 58-59, con l'indicazione delle fonti in nota.



matrimoniale canonico post-conciliare, infatti, assume ormai espressamente i valori personalistici, ma essi non sembrano adeguatamente perseguibili con i «diritti sbagliati» che costituiscono tuttora il suo strumentario; ciò che suggerisce l'esistenza di una contraddizione *interna* all'ordinamento. Si legga per esempio questo passo di Sobański e si provi a immaginare quali conseguenze l'idea di «diritto» del singolo che vi è teorizzata avrebbe sulla teoria «juscorporalista» del matrimonio, imperniata sulla possibilità di distinguere tra *jus* e *usus juris*:

Les droits dans l'Eglise sont strictement associés aux obligations. Ils ont un caractère dynamique, ils se rapportent à l'action. Aux droits fondamentaux du chrétien ne s'applique pas le principe que l'on peut bénéficier ou non des attributions. La catégorie dite de possession tranquille ne leur correspond pas. Cela équivaldrait à une appréhension statique des droits qui, dans l'Eglise étant de par son essence une communion de témoignage, est inadmissible. *Usus iuris* entre dans l'Eglise dans la structure même du *ius*²⁶.

In effetti, molte polemiche della canonistica del dopo Concilio sulla rilevanza giuridica dell'amore coniugale, e più in generale quelle, tutt'ora in corso, sulla traduzione giuridica del personalismo²⁷, sembrano essersi svolte sul presupposto che la nuova concezione del matrimonio avrebbe dovuto essere resa dal giurista in termini di «diritti egoistici»; e di «diritto» all'amore coniugale, come categoria riassuntiva dell'intera coniugalità, e fondata sul tradizionale *jus in corpus in ordine ad actos per se aptos ad procreationem prolis*, parlano ancora autorevoli ricostruzioni della figura matrimoniale consacrata nel C.j.c. 1983²⁸. Se però si esce dalla categoria - che ha una matrice storica

²⁶ Cfr. R. SOBANSKI, «*Iura propter officia*»? *Remarques liées aux en-têtes des I^{er} et II^e titres du livre II du nouveau CIC*, in W. SCHULZ - G. FELICIANI (edd.), *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, Roma, 1986, p. 225.

Per critiche alla distinzione *ius/exercitium iuris* applicata alla prestazione essenziale del matrimonio canonico, cfr. da ultimo e per tutti P. MONETA, *Il bonum prolis*, cit., pp. 1016-1017.

²⁷ Cfr. in proposito la retrospettiva di T. CERVERA SOTO, *Algunas reflexiones sobre la relevancia jurídica del amor conyugal en el consentimiento matrimonial*, in *Ius Can.*, 39 (1999), pp. 205-223.

²⁸ Cfr. il florilegio di posizioni dottrinali che giuridicizzano in termini di *jus* -più o meno temperato in senso personalista - l'oggetto del contratto matrimoniale, recensite da G. CABERLETTI, *L'oggetto essenziale*, cit., pp. 24-27. Agli Autori colà menzionati potrebbero aggiungersi le impostazioni riconoscibili in alcuni dei contributi al volume



schiettamente individualista, e soprattutto una conformazione strutturale che mira a soddisfare esclusivamente il sé, e non l'altro²⁹ - il matrimonio come rapporto personale dovrebbe trovare ben più diretta possibilità di apprezzamento. Apprezzamento anche giuridico, se il binomio diritto/obbligo, che struttura tanta parte delle relazioni giuridiche, non le innervasse tutte o trovasse modo di formalizzarsi - su quel suolo «meno sicuro» di cui parlava Jemolo - in termini diversi da quelli tradizionali, con tutte le difficoltà (ma anche le opportunità) di affinare i nuovi strumenti che la (ri)scoperta della persona, realizzata nel ventesimo secolo, chiede alla scienza del diritto di predisporre³⁰.

di AA. VV., *Matrimonio. El Matrimonio y su Expresión Canónica ante el III Milenio*, Pamplona, 2000 (ma 2001).

²⁹ Le diverse ascendenze culturali dell'idea di « diritto » (in senso soggettivo) che sono confluite nella tradizione canonica presentano quale costante una forte accentuazione individualistica. All'influenza del diritto romano (che pure non conosceva, come si ritiene comunemente, l'idea moderna di «diritto soggettivo») si deve il modello del rapporto tra diritti e doveri per cui al diritto di A corrisponde il dovere di B (cfr. J.P. MCINTYRE, S.J., *Rights and duties revisited*, in *The Jurist*, 56 :1996, p. 112); e l'exasperazione di questo modello è stata attribuita proprio alla dottrina matrimonialistica della Chiesa medievale, che ha elaborato uno *jus in corpore* perfettamente riconducibile ai moderni «diritti di pretesa» (cfr. CH.J. REID, JR., *The Canonistic Origins of the Western Right Tradition*, in *Boston Law Review*, 33 :1994, pp. 80-92). Attraverso la mediazione del razionalismo tomistico e del volontarismo francescano, e poi quella della seconda scolastica spagnola (cfr. i riferimenti *supra*, nt. 6) - oltre che, più in generale, della cultura giuridica successiva -, si perverrà a definizioni dello *jus subiectivum* come quelle tipiche di A. VERMEERSCH, *Theologiae Moralis*, Romae, 1945³, II, p. 237 («*Facultas moralis inviolabilis quidpiam habendi, agendi, exigendi (pro triplici obiecti iuris)*») e di F. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, Romae, 1945, p. 6 («*Potestas seu facultas moralis aliquid faciendi, exigendi, possidendi, omittendi*»). «*In the catholic ethical tradition, the contractual right has always taken pride of place. Why? It is enforceable at law according to the moral rule, "nulla est lex sine rimedio"*»: J.P. MCINTYRE, S.J., *Rights*, cit., p. 115.

³⁰ «[I]l contratto non è l'unica forma possibile di libero accordo, e si tratta quindi di avviare la ricerca di alternative al contratto, una ricerca parallela a quella di alternative all'individuo proprietario»: C. BIASINI, *Postfazione* a C. PATEMAN, *Il contratto*, cit., p. 310. Una prima esplorazione volta a rinvenire, tra le categorie tradizionali del diritto civile, figure che si prestino a supportare un « diritto leggero, elastico e flessibile », è approssimata da A. GALASSO, *Diritto civile e relazioni interpersonali*, in *Dem. e dir.*, 36 (1996), pp. 252-262. Significativo è il ripudio preliminare del « contratto », per il suo valore simbolico di scambio patrimoniale, e l'interesse per quei rapporti *de bienfaisance* che si collocano al limite della rilevanza giuridica (verso i quali aveva rivolto la sua attenzione la più lungimirante canonistica immediatamente postconciliare: cfr. F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Ipotesi di sviluppo della dottrina del matrimonio dopo il Concilio Vaticano II*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, II-2°, Milano, 1972, p. 1452). Cfr., per una eventuale assonanza con la problematica, i richiami a diritto e non-diritto in Carbonnier, *infra*, nt. 154.



3 - Creonte e Antigone: diritto *vs.* morale o diritto «maschile» *vs.* diritto «femminile»?

3.1 - Gender studies e modelli di genere nel diritto

3.1.1 - Etica dei diritti ed etica della cura

Nel costruire queste categorie - in diritto civile inquadrabili nel modello della «funzionalizzazione»³¹ - possono risultare molto interessanti le prospettive aperte dalla crisi di paradigma conseguita allo sviluppo degli studi femminili. Senza volere invadere il campo della *Feminist Legal Theory*³² - ma semmai cercando di lucrarne alcuni

Nel diritto matrimoniale canonico si tratterebbe, in particolare, di riprendere in chiave critica la classica contrapposizione tra concezione contrattuale e concezione istituzionale del coniugio, alla ricerca di un 'giusto mezzo' (o di qualcosa di più) tra l'istanza della persona in sé e il suo dissolvimento nell'istituto. Per una ricerca di nuovi approcci imposta dall'avvento della concezione personalistica del matrimonio, che muove dal magistero pontificio contemporaneo, cfr. P. MONETA, *Il bonum proles*, cit., pp. 1017 e ss.

³¹ Così, sinteticamente, su questo modello, richiamando il precursore Duguit, P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, pp. 152-153: «Mentre il diritto soggettivo viene attribuito al singolo per la realizzazione di un proprio interesse, la funzione, invece, esprime il collegamento fra potere e dovere nell'interesse di altri».

³² Su questo ed altri indirizzi dell'approccio femminista al diritto cfr., per una prima panoramica S. COLOMBO, *Femminismo giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 247-253 (molto prudente nel valutare la prospettiva ancora giovane e sperimentale di un «diritto femminile»); l'antologia F. OLSEN (ed.), *Feminist Legal Theory*, I (*Foundations and Outlooks*) e II (*Positioning Feminist Legal Theory Within the Law*), New York, 1995; M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Teoria femminista del diritto e processo al diritto moderno. Appunti sull'astrazione e sulla concettualizzazione giuridica*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 25 (1995), pp. 477-493; T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, pp. 193-241, con un panorama relativo al Nordamerica e ai paesi nordici; A. FACCHI, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in G. ZANETTI (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999, pp. 129-153; L. PALAZZANI, *La cittadinanza tra uguaglianza e differenza: le istanze del femminismo giuridico*, in *Arch. Giur.*, 219 (1999), pp. 321-353; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. Bologna, 2001, pp. 213-246; la bibliografia in C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, 2002, pp. 110-111 (la presentazione dei capisaldi del movimento a pp. 42-45). M.-CL. BELLEAU, *Les théories féministes : droit et différence sexuelle*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, janviers-mars 2001, pp. 1-39, propone la seguente tipologia di teorie femministe del diritto: I) femminismo sistemico, suddiviso in 1) femminismo della simmetria contrapposto al 2) femminismo della differenza; II) femminismo radicale (corifee: C.



spunti - sarà forse legittimo a questo scopo provare ad ascrivere una connotazione «sessuale» in senso idealtipico a categorie più e meno tradizionali in uso presso i sistemi giuridici *culti* abitati (e costruiti) dai giuristi occidentali.

L'ipotesi implica la disponibilità a un revisionismo concettuale più complessivo - che è quello portato dalla crisi di identità del diritto post-moderno -, in cui al nuovo modo di guardare al «micro» del diritto soggettivo corrisponda un nuovo modo di guardare al «macro» del diritto oggettivo. Una simile *metanoia*, indubbiamente tale da turbare i rassicuranti «a priori» sottintesi dal giurista tradizionale (ove mai questo fosse in grado di mettere in discussione il proprio linguaggio e in definitiva se stesso)³³ sembra in qualche modo richiesta dagli sviluppi contemporanei della teoria psicologica in rapporto alla filosofia morale, che in effetti stanno esercitando una certa influenza nel campo della scienza politica³⁴ e (forse in minor misura, quasi per trascinamento di questa) del diritto. Si pensa in particolare, come può facilmente intuirsi, alla rivoluzione epistemologica cui ha dato impulso Carol Gilligan, che, col celebre saggio *In a Different Voice*³⁵, ha interpretato la diversità maschio/femmina nell'affrontare le questioni morali nei termini di una *differenza* contrapposta al preteso *deficit* di moralità attribuito alle donne da schemi mentali andronormativi. Questa

Mackinnon e A. Dworkin); III) femminismi identitari (a base razziale); IV) femminismo relazionale (corifea: M. Minow); V) femminismo post-moderno.

I. MANCINI, *Negativismo giuridico*, I, Urbino, 1981, pp. 21-22, fa del «principio femminile come categoria alternativa del diritto» la «prima delle grandi idee generatrici del diritto».

³³ Cfr. in proposito, esemplificativamente, H. PETERSEN, *Dalla Scandinavia un'interpretazione femminista postmoderna del diritto*, in *Dem. e dir.*, 33 (1993), pp. 145-173: partendo dall'esperienza normativa di microcomunità a prevalenza femminile nei luoghi di lavoro, l'Autrice ha elaborato una nozione di «diritto informale» dalla cui «prospettiva è ovviamente difficile distinguere fra norme morali, etiche, politiche, religiose da una parte e norme giuridiche dall'altra [...]. Questa è una situazione difficile, incerta e spiacevole per i giuristi e studiosi di diritto educati al pensiero giuridico moderno, ma un periodo di incertezza è forse inevitabile se si vuole raggiungere una conoscenza più ricca di prospettive ed una più profonda comprensione degli ordinamenti normativi, di quanto non possano offrirci al momento le ristrette analisi giuridiche attuali» (p. 160).

³⁴ Per un *overview* delle posizioni che muovono da un approccio «di genere» cfr. A.E. GALEOTTI, *Terorie politiche femministe*, in S. MAFFETTONE - S. VECA, *Manuale di filosofia politica*, Roma, 1996, pp. 46-67.

³⁵ *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, 1982; trad. it. *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, 1987. Le riflessioni di Gilligan nascono come critica ad alcuni punti del pensiero di L. Kohlberg: su tali critiche cfr. J. HABERMAS, *Etica del discorso*, trad. it., Roma-Bari, pp. 183 e ss., nonché alcuni dei contributi cui si fa rinvio *infra*, nt. 39.



differenza si proietterebbe in due diverse modalità di pensiero: mentre quella propria della cultura maschile sarebbe, secondo la psicologa americana, logico-deduttiva e applicata a un'etica dei diritti e della giustizia astratta, quella femminile avrebbe invece natura «narrativa e contestuale» e si incentrerebbe piuttosto sulla comprensione delle responsabilità e dei rapporti³⁶. (Ma già Piaget aveva notato, studiando il comportamento dei bambini dei due sessi, come la mentalità maschile, costretta all'alternativa tra rapporti e regole, sacrificherebbe i primi a favore delle seconde, mentre quella femminile salvaguarderebbe i rapporti a costo di modificare le regole)³⁷.

La tesi di Gilligan, discussa all'interno dello stesso pensiero femminista anche giuridico (e in particolare accusata di essenzialismo)³⁸, ha fatto emergere dal movimento di ricerche sul campo e dal dibattito teorico che ha innescato³⁹ il rilievo secondo cui

³⁶ C. GILLIGAN, *Con voce di donna*, cit., p. 27. A questa classificazione sembra almeno in parte sovrapponibile quella, delineata da J. ANTONIO MARINA, *Etica per naufraghi. Un discorso sulla felicità, il desiderio e molto altro*, trad. it., Milano, 1999, p. 45, tra uno stile etico «centrifugo» e uno «centripeto»: «Quello centrifugo parte dal soggetto, dalle sue strutture psicologiche, dai suoi bisogni e problemi, e approda all'etica come soluzione. [...] Quello centripeto parte invece dall'universale, dalla giustificazione delle regole e dei principi della giustizia e della società, e solo dopo si approssima all'individuo, quando lo fa». L'Autore si richiama in proposito a studi di psichiatria contemporanea (p. 46). Ma sembrano affini anche opposizioni più generali e tradizionali, quale quella deontologico/teleologico, o quella weberiana tra etica della convinzione ed etica della responsabilità.

³⁷ Cfr. J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, 1985⁶, il quale, muovendo da un'idea convenzionale del diritto, esprimeva a sua volta il seguente giudizio: «L'observation la plus superficielle suffit à montrer que dans les grandes lignes, les petites filles ont l'esprit juridique beaucoup moins développé que les garçons» (p. 53).

³⁸ «L'essentialisme consiste à réduire une identité à une essence, c'est-à-dire à quelques traits conçus comme nécessaires, inévitables, généraux et généralisés. Par exemple, l'essentialisation de la "femme" consisterait à penser le féminin comme nécessairement maternel, instinctif, émotif et attentif»: M.CL. BELLEAU, *Les théories*, cit., p. 11.

³⁹ Cfr. esemplificativamente, per il versante filosofico: E. KITTAY - D. MEYERS (edd.), *Women and Moral Theory*, Totowa (N.J.), 1986; L. BLUM, *Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory*, in *Ethics*, 98 (1988) 3, pp. 472-491; O. FLANAGAN - K. JACKSON, *Justice, Care and Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited*, in C.S. SUNSTEIN (ed.), *Feminism and Political Theory*, Chicago, 1989; per il versante giuridico C. DALTON, *Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, in *Berkeley's Women's Law Journal*, 4 (1988) 3, pp. 1-13; C. BROOKS WHITMAN, *Review Essay: Feminist Jurisprudence*, in *Feminist Studies*, 17 (1991) pp. 493-507; J. MORGAN, *Feminist Theory as Legal Theory*, in *Melbourne University Law Review*, 16 (1988), pp. 743-759 (questi ultimi contributi sono reperibili anche nella citata antologia *Feminist Legal Theory*).

S. MOLLER OKIN, *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, trad. it., Bari, 1999, p. 35, rileva come le ricerche ulteriori suscitate dall'opera di Carol Gilligan



«nel carattere degli individui, maschi e femmine, sono sempre presenti in diversa misura sia un'etica della cura sia un'etica dei diritti, e [...] la corrispondenza tra un tipo di attitudine e genere maschile o femminile deriva da fattori culturali ed aspettative sociali ed è dunque modificabile»⁴⁰.

3.1.2. -Dal non-diritto al diritto «altro»: categorie, tipi di ordinamento, stili «femminili»

In un senso non assoluto ma relativo, allora - nella consapevolezza tuttavia della carica simbolica che il tipo di stilizzazione comporta - si potrebbe dire, ispirandosi a Gilligan, che il « genio » maschile e quello femminile esprimono opposte propensioni nel risolvere la tensione tra *typos* (l'uniforme, il predeterminato, la misura

abbiano problematizzato la contrapposizione tra un modo maschile e un modo femminile del ragionamento morale, né siano ancora riuscite a evidenziare il fondamento naturale di tali differenze. La studiosa tuttavia riconosce tale fondamento sul piano *culturale*, come conseguenza dell'essere la donna, a tutt'oggi, il genitore primario (*ibidem*, p. 35, e pp. 175-176). (Okin contesta al femminismo delle etiche differenti di aver offerto alle forze reazionarie il pretesto per confinare le donne nella « sfera interna » in cui si svolgono tipicamente le attività di cura, e assume ad emblema di questa strategia l'esortazione apostolica di Giovanni Paolo II *Mulieris dignitatem*, che peraltro cita da una edizione parziale). È ancora la stessa Okin, inoltre, nell'avversare una netta opposizione tra etica della giustizia ed etica della cura, a sostenere che le teorie della giustizia più solide comprendono come parte integrante di quest'ultima la nozione di cura e di empatia (*ibidem*, pp. 35-36 e 75-125). Lungi dunque dal mettere in discussione l'esistenza, *di fatto*, di modelli culturali maschili e femminili - utilizzati nel testo per identificare come « maschili » o « femminili » certi tratti del diritto - l'Autrice indica piuttosto, nel momento in cui auspica una partecipazione degli uomini agli ambiti finora primariamente femminili, correlata alla crescente presenza femminile nella « sfera pubblica » (p. 177), un ideale di persona più completa ed equilibrata che possa riflettersi nell'esperienza del diritto, così da propiziare un recupero della dimensione « femminile » di questo correntemente repressa (benché Okin sembri caldeggiare un Neutro-*tertium genus* in cui non sia più possibile distinguere maschile e femminile, invece che un AndroGino in cui maschile e femminile siano fusi paritariamente e armonicamente).

⁴⁰ Cfr. A. FACCHI, *Il pensiero*, cit., pp. 136-137, in nota. In senso analogo A.E. GALEOTTI, *Teorie*, cit., pp. 64-65. Le Autrici richiamano tra gli studi specialistici che hanno analizzato questo punto, rispettivamente, J.C. TRONTO, *Moral Boundaries. A political argument for a Ethic of Care*, London, 1993, e O. FLANAGAN - K. JACKSON, *Justice, Care and Gender*, cit.

Sulla tesi antropologica secondo cui «il sesso non determina il genere», nel senso che «... sesso biologico da un lato, e attitudini, comportamenti e identità personale dall'altro, non sono collegati: si può nascere con un sesso femminile ed essere educati, considerati e riconosciuti come maschi, e viceversa », cfr. per tutti M. BUSONI, *Genere, sesso, cultura. Uno sguardo antropologico*, Roma, 2000 (le parole citate a p. 22).



costante) e *kairos* (il conveniente, l'opportuno, la giusta misura) - tra la giustizia come certezza e la giustizia come verità, tra la giustizia formale e la giustizia materiale -; tensione connaturata al diritto e massimamente (nella forma *akribia vs. oikonomia*) a quello canonico⁴¹.

Reinterpretazioni aggiornate degli stereotipi sessuali come quella appena ricordata, nel fare apparire problematiche le stesse forme di base degli apparati concettuali utilizzati nei sistemi normativi, tra l'altro: 1) mettono in crisi, contribuendo a un processo più generale di ridefinizione del diritto, i confini consueti tra giuridico e non giuridico (e in particolare tra diritto e morale) tracciati da una tradizione elaborata nell'ambito di uno solo dei modelli sessuati di pensiero (da uno solo dei generi)⁴²; e 2) offrono una serie di parametri in base ai

⁴¹ Anche etimologicamente, tra l'altro, *oikos* richiama la sfera « privata »-domestica in cui si esprime (o è stata storicamente indotta a esprimersi) eminentemente la relazionalità femminile.

⁴² L'attribuzione della «maschilità» o della «femminilità» a determinate categorie non solo è naturalmente in buona misura convenzionale e fondata su stereotipi culturali relativi, ma sembra anche destinata a cadere inesorabilmente in una sorta di trappola di autoreferenzialità, dovuta al fatto che è la lingua stessa ad essere sessuata e monopolizzata dal sesso dominante. A. CAVARERO, *Il pensiero femminista. Un approccio teorico*, in F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Torino, 1999, parla di una «gabbia del linguaggio» costituita dall'economia binaria strutturante sia il linguaggio specialistico della filosofia e delle altre discipline sia il linguaggio quotidiano. «Il gesto femminista di cambiare il segno della dicotomia, esaltando il valore *positivo* delle equazioni donna/natura e donna/altruismo, contro il valore negativo delle equazioni uomo/tecnologia e uomo/egoismo, più che dissolvere l'ordine patriarcale, dunque, lo legittima» (pp. 120-121). L'Autrice riconosce quanto sia lenta, difficile e faticosa la costruzione di un linguaggio diverso (nelle more della quale neanche il presente scritto si è sottratto a un linguaggio dicotomico): « Il compito di pensare la differenza sessuale è [...] un compito arduo poiché essa giace nella cancellazione sulla quale il pensiero occidentale si è fondato ed è cresciuto. Pensare la differenza sessuale a partire dall'universale uomo significa pensarla come già pensata, ossia pensarla attraverso le categorie di un pensiero che si regge sul non pensiero della differenza stessa. [...] La donna non ha un linguaggio suo, ma piuttosto utilizza il linguaggio dell'altro. Essa non si autorappresenta *nel* linguaggio, ma accoglie *con* questo le rappresentazioni di lei prodotte dall'uomo. [...] La lingua materna nella quale abbiamo imparato a parlare e a pensare è in effetti la lingua del padre. Non c'è una lingua materna perché non c'è una lingua della donna» (A. CAVARERO, *Per una teoria della differenza sessuale*, in *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, Milano, 1987, pp. 48 e 52). Sembra riecheggiare da giurista queste ultime affermazioni M. ALBERTSON FINEMAN, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Others Twentieth Century Tragedies*, New York - London, 1995, p. 38, che parla di «"colonized categories"- initially defined, controlled, and given legal content by men»: «Law as an institution - its procedures, structures, dominant concepts, and norms - was constructed at a time when women were systematically excluded from participation. Insofar as women's life and experiences were (are) the subjects of law, they were (are) of necessity translated in to law by men ». Proprio la diffidenza verso il diritto come tecnica «sessuata» ha originato,



quali classificare le categorie storiche del diritto, gli ordinamenti, e gli «stili» dei loro interpreti.

Così, potrebbe dirsi che il diritto individuale nell'accezione moderna - quella dell'«atomistico» diritto soggettivo di pretesa concepito come libertà di realizzare l'interesse del singolo -, costituisca una categoria «maschile»; e che nuove tecniche di tutela della persona impennate sulla cifra della «cura», della sollecitudine per l'altro - che pure derivano da un'idea di giustizia, ma di una giustizia diversa da quella di tipo «maschile» - siano categorie «femminili»⁴³. Le une e le altre necessarie per interpretare la realtà giuridica, che presenta fenomeni meglio governabili da un diritto rigido e altri da un diritto flessibile, ma non può essere esaurita - come la realtà umana in generale - né dal solo principio maschile né da quello femminile⁴⁴.

Oppure si potrebbe rileggere la *summa divisio* del diritto occidentale in *common law* e *civil law* rimarcando come il primo, per il fatto di essere una tecnica giuridica che presuppone una conoscenza esatta sia della condizione esistenziale della persona, sia dell'ideale comunitario⁴⁵, sembrerebbe esprimere una razionalità concreta ed

presso il «femminismo della differenza», da un lato un dibattito sull'utilità del diritto, dall'altro la ricerca di un diritto al femminile (cfr. A. FACCHI, *Il pensiero*, cit., p. 139). Si potrebbe pensare, però, che, invece di essere inesistente e in attesa di una faticosa elaborazione, un linguaggio femminile (per esempio quello della cura) sia sempre esistito, anche se è stato represso - senza che tuttavia si riuscisse a impedirne del tutto il riaffiorare - anche nel diritto.

⁴³ L'analisi, cui ci si è sopra richiamati, di E.H. Wolgast, che nella *pars destruens* denuncia l'inadeguatezza delle categorie tradizionali in rapporto a determinate situazioni, mira ad individuare le opportune tecniche di tutela da applicare in tali situazioni: quella del malato, quella del bambino, quella del concepito. Un esempio delle difficoltà incontrate dalla scienza giuridica in un'epoca in cui emergono le istanze della persona in quanto tale potrebbe essere offerto dalla problematica civilistica della risarcibilità dei « nuovi diritti »: dal diritto alla salute, al diritto di libertà alla procreazione cosciente e responsabile, al diritto alla vita sessuale (qui si potrebbe avvertire un'eco juscorporalista), su cui cfr. per esempio F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 50 (1996), pp. 1-25. Come emerge anche da questa analisi, non sempre lo strumento del diritto soggettivo, che è il presupposto del concetto tradizionale di danno e della sua risarcibilità, è idoneo a tutelare i valori della persona.

Il dotto studio di J.M. TRIGEAUD, *Identidad de la mujer y perspectiva familiar. De lo justo a lo femenino*, in *Persona y Derecho*, 34 (1996), pp. 201-275, trova modo di concludere che una domanda di divorzio presentata da un coniuge non amato sarebbe «justificar lo injustificable» (p. 257).

⁴⁴ Per una impostazione compatibilista, in prospettiva filosofica, tra etica della cura ed etica dei diritti, cfr. V. FRANCO, *Etiche possibili. Il paradosso della morale dopo la morte di Dio*, Roma, 1996, pp. 194-198, che invoca in tal senso la posizione di Luce Irigaray.

⁴⁵ Per l'attribuzione al *common law* di queste caratteristiche cfr. G. LESAGE, *Les droits fondamentaux de la personne dans la perspective du « common law »*, in AA. VV., *I diritti*



empatica più facilmente qualificabile come «femminile», in quanto non subisce l'astrattismo teorico e deduttivo del *civil law*⁴⁶, il quale appare per converso più «maschile».

O si potrebbe suggerire che (su un piano classificatorio in larga parte non coincidente col primo) un diritto il quale proceda per rigidi schemi sillogistici - o un diritto risolvibile per intero negli operatori deontici tradizionali (dovere, divieto, permesso) che rendono possibile anatomizzarne il contenuto in unità computabili - in quanto pretenda di appartenere al regno della logica formale («pura») «che si presta, come la matematica, a operazioni e al calcolo»⁴⁷, è un diritto «maschile». Mentre un diritto più propenso all'argomentazione che alla dimostrazione di teorema esatto⁴⁸, in quanto linguaggio informato non

fondamentali del Cristiano nella Chiesa e nella società. Atti del IV congresso internazionale di diritto canonico, Milano, 1981, p. 867.

⁴⁶ Interpreta in termini radicali le differenti mentalità proprie all'operatore del *civil law* e a quello del *common law*, nel senso addirittura di una incomunicabilità epistemologica, P. LEGRAND, *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Pol. Dir.*, 27 (1997), p. 11, che riporta emblematicamente un celebre *dictum* di Lord Macmillan agli atti di *Read vs. J. Lyons & Co* ([1946] 2 All E.R. 471 [H.L.], p. 478): « Le argomentazioni che si basano sulla coerenza logica sono fuorvianti perché il *common law* è un insieme di regole pratiche, adatte ad avere a che fare con le multiformi realtà della vita umana e come un grande giudice americano ha ricordato: "the life of the law has not been logic; it has been experience" » . Il « grande giudice americano » è H.W. Holmes, e la citazione è tratta dalla prima pagina di *The Common Law*. Tanto la motivazione di Lord Macmillan quanto il luogo di Holmes sono ripresi da A.G. GUEST, *Logic in the law*, in ID. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1961, pp. 175 e 178, secondo il quale «it is clear that the law is not a logically monistic system in fact, being full of paradoxes and contradictions. We experienced a pleasant surprise when it proves capable of even a small amount of consistency. It would be wrong, however, to attribute this degree of consistency necessarily to the dictates of logic, for its coherence may be due to other extra-logical factors» (p. 178).

La tesi estrema di Pierre Legrand è discussa da V. ZENO-ZENCOVICH, *Il « codice civile europeo », le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 121 (1998), V, coll. 60-68.

⁴⁷ Cfr. CH. PERELMAN, *L'Empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1997 (troisième tirage), p. 18.

⁴⁸ M.C. NUSSBAUM, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*, trad. it., Milano, 1996, contrappone un tipo di giustizia (di razionalità) «tabulare» a una sensibilità giuridica (a una razionalità) empatica, in virtù della quale l'interprete dovrebbe sapersi immedesimare nelle vicende umane che giudica. È una empatia che ricorda l'*aequitas* (= *caritas* = *Deus*) che deve ispirare il giudice e l'interprete canonico. Nella dottrina canonistica un richiamo al «sé cristomorfo» di Ricoeur si trova in S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, 1998, p. 106; ma già Leibniz, in un luogo degli inediti citato da F. RIGOTTI, *La verità retorica. Etica, conoscenza e persuasione*, Torino, 1995, pp. 135-136, esaltava il valore euristico, in morale come in politica, del precetto di Cristo di mettersi al posto dell'altro.



a una logica ma a una «... *retorica*, che è poi la LOGICA DEI CONCETTI SFUMATI»⁴⁹, sarà un diritto «femminile».

3.1.3 - Dimostrazione *vs.* argomentazione, rigidità *vs.* flessibilità

Circa questo punto della «femminilità» della retorica e di una concezione retorica del diritto⁵⁰ la possibilità di inoltrarsi (o risalire) ulteriormente lungo il sentiero che intreccia stereotipi sessuali e modelli epistemologici sembra in effetti particolarmente suggestiva, potendosi per esempio ricordare che nel *Gorgia* (XVII-XVIII e XX) Platone separa *alétheia* e *dóxa*, esaltando la prima e ascrivendo alla seconda la retorica, da lui condannata attraverso le metafore infamanti della cosmetica e della culinaria - superflue arti femminili. E come la scissione tra Verità e Persuasione, inaugurata dal discepolo di Socrate, poggia su due opposti modelli espressivi: il primo sulla «metafora della luce, integrata nel campo semantico della dimostrazione»; il secondo sulla «metafora del peso, inserita nel campo semantico dell'argomentazione». Il modello della luce è, più in particolare, quello del «ragionamento deduttivo diretto a provare la verità della sua conclusione fondandosi su premesse riconosciute come vere», in virtù di una «illuminazione» ricevuta dall'alto - e lo si potrebbe definire «maschile» per la prevalente sensibilità visiva dell'uomo⁵¹. Il modello del peso è quello che «... mette a confronto ragioni e contro-ragioni, *soppesa* pro e contro, si decide per la ragione migliore o più forte in quanto più probabile, o più

Sull'empatia, cfr. L. BOELLA - A. BUTTARELLI, *Per amore di altro. L'empatia a partire da Edith Stein*, Milano, 2000, anche per i rinvii bibliografici alle pp. 112-113.

⁴⁹ Cfr. U. ECO, *Trattato di semiotica generale*, Milano, 1999¹⁷, p. 355 (corsivo e maiuscoletto nell'originale).

Anche sulla retorica, modellizzazione *flue* particolarmente adatta a gestire la complessità del sistema giuridico, cfr. J.-L. LE MOIGNE, *Sur quelques topiques de la complexité... des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques*, in *Droit et Société*, 46-2000, pp. 407-424.

⁵⁰ Circa la possibilità di rinvenire questa concezione nell'esperienza del diritto canonico si permetta il rinvio a E. DIENI, *Una «retorica» canonica come pedagogia della legge?*, in *Dir. eccl.*, 112 (2001), pp. 214-264.

⁵¹ Ciò sembra legittimare la congettura che l'intransigenza dogmatica derivante dal modello della verità come illuminazione, nel cattolicesimo, sia aggravata dall'esclusiva maschile nella titolarità del potere gerarchico (sulla continuità nel papato del « régime d'«illumination» », dalla tradizione medievale sino ad oggi, cfr. GH. LAFONT, *Imaginer l'Église catholique*, Paris, 1996, p. 243). È appena il caso di ricordare l'ossessiva ricorrenza della metafora della luce, sin dal titolo, nell'enciclica *Veritatis splendor* (ma cfr. anche alcuni passaggi chiave della *Fides et ratio* come i nn. 43 e 79).



ragionevole» - e lo si potrebbe definire «femminile» per la prevalente sensibilità tattile della donna⁵². Né sarà incongruo pensare che la costitutiva disponibilità ad adattarsi alle caratteristiche dell'ascoltatore (i cui presupposti sono empatia e flessibilità mentale)⁵³ esprima la natura «femminile» della retorica, e con essa della «concezione retorica» del diritto.

Sembrerebbe insomma di poter dire che un diritto «flessibile» (o «mite», o «duttile») opposto ad uno rigido, come le soluzioni «deboli» opposte a quelle «forti»⁵⁴ siano espressivi di un genio giuridico più «femminile» che «maschile»⁵⁵.

Correlativamente, un interprete propenso a (in)seguire modelli inesorabilmente deduttivistici nel motivare, formalista e positivista,

⁵² Virgolettati e spunti sono tratti da F. RIGOTTI, *Verità*, cit., pp. 21, 39-46, 50-52; nostra l'esplicita «sessualizzazione» dei modelli.

⁵³ « Il rapporto con gli altri implica conoscenza; il trovare il modo più adatto per farsi capire implica partecipazione, l'adeguamento del discorso al destinatario [...] richiede simpatia umana, capacità di mettersi dal punto di vista dell'altro, di sentire il polso della situazione »: B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 1994⁸, p. 10.

Su questa linea delle caratteristiche «femminili» della retorica potrebbe aggiungersi, per soprammercato, che il potere seducente di quest'arte è stato associato, nella civiltà greca (e quindi nella nostra) agli allettamenti erotici della donna (cfr. ESCHIOLO, *Prometeo incatenato*, v. 172, ove Peithò, dea della persuasione e dell'oratoria, sovente poi identificata con Venere, è detta disporre di «sortilegi dalle parole di miele»); e che forse questo legame fra retorica e piacere può spiegare, insieme all'idea neoplatonica di verità fatta propria dai primi intellettuali della Chiesa, l'avversione del pensiero cristiano nei confronti della retorica (per queste suggestioni cfr. ancora F. RIGOTTI, *Verità*, cit., pp. 18-19).

⁵⁴ Cfr. G. ZAGRABELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, 1992 (la traduzione spagnola, Madrid, 1997, di questo saggio rende «mite» con «ductil»), pp. 167 e ss. Si è potuto precisare altrove (*Una «retorica»*, cit., p. 233-234, nt. 50) come i procedimenti «discorsivi» e «persuasivi» che traducono in pratica le soluzioni «miti», ritenuti da Zagrebelsky estranei alla retorica, - qui invece assunta come una tipica modalità del diritto «mite», discorsivo, argomentativo - possano essere ascritti a una nozione positiva di retorica.

⁵⁵ Dopo avere analizzato l'idea di mitezza - annoverata tra le virtù «deboli», contrapposte alle «forti» che sono proprie alla sfera politica - e dopo essersi cimentato in una elencazione di virtù «miti» che sembrano prese di peso dall'annuncio matrimoniale di una fanciulla d'altri tempi (l'umiltà, la modestia, la moderazione, la verecondia, la pudicizia, la castità, la continenza, la sobrietà, la temperanza, la decenza, l'innocenza, l'ingenuità, la semplicità, la mansuetudine, la dolcezza, e, appunto, la mitezza), N. BOBBIO (*Elogio della mitezza*, in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 1994) finalmente (p. 30, penultima dell'*Elogio*) dichiara: «Così come l'ho presentata, è probabile che la mitezza vi sia apparsa una virtù femminile. Non ho difficoltà ad ammetterlo. So di dare un dispiacere alle donne in rivolta contro il secolare dominio del maschio se dico che la mitezza mi è parsa sempre desiderabile proprio per la sua femminilità».



ispirato al *fiat justitia* [formale], *pereat mundus!*, sarà un tipo di giurista «virile» o, meglio, «virilista». Ed uno più problematico, disposto a soppesare i *pro* e i *contra* di ciascuna ragione, alla ricerca dell'argomento migliore, consapevole che la sua scelta può incidere sulla situazione esistenziale di una o più persone, sarà più facilmente ascrivibile a un modello «femminile»⁵⁶.

Per contro, allo stesso modo che in natura non è dato riscontrare il tipo psicologico «puro» del maschile e del femminile, ma soltanto la prevalenza più o meno accentuata di uno dei due caratteri sull'altro, anche negli ordinamenti giuridici (e nei loro interpreti) sarà dato rinvenire la compresenza (squilibrata o equilibrata) delle «forme» determinate dal genere. La scoperta di una «bisessualità naturale» degli individui, che rende possibile un autentico sviluppo eterosessuale della persona, infirma infatti l'interpretazione tradizionale del rapporto psicologico tra i sessi nei termini assolutizzati del passato. Essa sembra anzi il passaggio obbligato da attraversare per ridefinire ciascun genere rispetto all'altro sulla base di rinnovati assetti, grazie ai quali la polarità maschio/femmina trovi in una dimensione più profonda la sua costitutiva fecondità⁵⁷.

⁵⁶ Ovviamente, anche quando usate per caratterizzare il «tipo» dell'interprete, le note della «maschilità» e della «femminilità» vanno intese come categorie dello spirito, rielaborate culturalmente rispetto all'indole «naturale» (se pure questa esista) di ciascuno dei sessi: così come infatti vi sono dei giuristi «miti» o «femminili» di sesso maschile, tra i più «maschili» si annoverano molte donne.

⁵⁷ M.-O. Métrol ha individuato nel modello egualitario della cortesia il prototipo di una nuova «maschilità» e «femminilità» in cui l'androginia/bisessualità si riveli in effetti il meccanismo per realizzare la più piena eterosessualità: «*Dans un échange réciproque, les amants dépassent les inégalités préalables - sociales et sexuelles -, transformées en une égalité dans la différence. Dans l'amour, en effet, la femme, de femme dominée qu'elle était nécessairement, devient une femme, dans un vis-à-vis avec un homme. L'homme se féminise pour devenir capable d'aimer, non que l'amour et la jouissance soient typiquement féminins, mais parce que l'amour et la jouissance, ou plutôt la jouissance dans l'amour, demande l'abandon d'une poursuite narcissique et solitaire du plaisir. L'amour courtois comporte une sorte de dialectique du masculin et du féminin. La femme devient femme en se virilisant; l'homme devient homme en se féminisant. Mais, bien loin d'aboutir à une identité, le processus correspond à un devenir de la sexualité qui se découvre bisexuelle sans donner lieu à un uni-sexe ni à une quelconque hybridation androgynique. La bisexualité est une dimension de la sexualité hétérosexuelle. Elle est à la sexualité ce qu'est l'altérité du devenir à l'identité d'un moment. Cette identité passe par la médiation d'un autre, qui représente sa propre altérité et la fait advenir. Le chemin de la différenciation apparaît comme un chemin d'égalisation*». M.-O. METRAL, *Le mariage. Les hésitations de l'Occident*, Paris, 1977, p. 168. Sull'evoluzione dei rapporti di coppia secondo uno schema simile cfr., rispettivamente da un punto di vista sociologico e psico-sociologico, A. GIDDENS, *La trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne*, trad. it., Bologna, 1995, pp. 211-216, e U. BECK - E. BECK-GERNSHEIM, *Il normale caos dell'amore*, trad. it., Torino,



L'ordinamento in cui la convivenza del «maschile» e del «femminile» dovrebbe essere almeno potenzialmente più armonica ed equilibrata (quasi una forma di ermafroditismo perfetto, di ricostituzione dell'Uno dopo la scissione dolorosa in due sessi)⁵⁸ - e che non a caso possiede tratti propri del *civil law* e del *common law*⁵⁹ - è quello canonico.

3.2 - Il lato «femminile-materno» del diritto canonico e il diritto come «cura»

In un famoso passo di *Cattolicesimo romano e forma politica* Carl Schmitt descriveva in toni ammirati l'«androginia» della Chiesa cattolica:

Il papa trae il nome da Padre, e la Chiesa è madre dei credenti e Sposa di Cristo: una meravigliosa combinazione dell'elemento patriarcale con quello matriarcale, che permette di rivolgere e di orientare verso Roma le due correnti che determinano gli istinti e i complessi più primitivi, e cioè il rispetto per il padre e l'amore per la madre⁶⁰.

1996; in prospettiva pluridisciplinare, si vedano infine i diversi contributi raccolti in X. LACROIX (ed.), *Homme et femme. L'insaisissable différence*, Paris, 1993.

⁵⁸ Si tratterebbe di reinterpretare nei termini di una fusione felice tra diritto «maschile» e diritto «femminile» la prospettiva compatibilista tra concezione «logica» e concezione «retorica» cui si è fatto cenno sopra.

⁵⁹ Sulla compresenza, nel diritto canonico, degli elementi propri alla cultura giuridica anglosassone e a quella continentale, cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico (a proposito della evoluzione post-conciliare della giurisprudenza matrimoniale)*, in *Dir. Eccl.*, 89 (1978), I, pp. 331-337; sui rapporti tra le due culture dalla prospettiva del diritto della Chiesa cfr. J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Madrid, 1991, e M. VENTURA, *Diritto canonico e diritti comuni in Europa. Common law e ius commune in due comparazioni*, in *Quad. Dir. e Pol. Eccl.*, 1993/2, pp. 415-439, con ampie indicazioni di letteratura. L. DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Eph. Iur. Can.*, 3 (1947), pp. 46-66, propone un parallelo in questa sede tanto più interessante se si consideri l'equità appartenere al versante «femminile» del diritto.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica. [La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica]*, trad. it., Milano, 1986, p. 36.

Erich Fromm ha accostato, secondo un'interpretazione molto suggestiva anche dal punto di vista del giurista, il rapporto patriarcale/matriarcale nel cattolicesimo a quello che si ha nel protestantesimo: «Per poter capire l'essenza della religione patriarcale, dobbiamo solo ricordare [...] che [...] [l']amore materno è incondizionato, protettivo, illimitato; poiché è incondizionato, non può essere controllato o



La teologia cattolica del novecento ha, come è noto, approfondito dogmaticamente - basti pensare a von Balthasar - la bipolarità sessuale⁶¹

conquistato. La sua presenza dà alla persona amata un senso di benessere; la sua assenza suscita un senso di disperazione e di squallore. Se la madre ama i suoi bambini perché sono i suoi bambini, e non perché sono "buoni", obbedienti o appagano i suoi desideri e obbediscono ai suoi ordini, l'amore materno è basato sull'uguaglianza. [...] Lo stadio successivo dell'evoluzione umana [...] è la fase patriarcale. In questa fase la madre è detronizzata dalla sua posizione e il padre diventa l'Essere Supremo, sia nella religione sia nella società. La caratteristica dell'amore paterno è che il padre fa delle richieste, stabilisce principi e leggi, e che il suo amore per il figlio dipende dall'obbedienza di quest'ultimo alle sue richieste. Egli ama di più il figlio che più gli somiglia, che è il più obbediente ed il più adatto a diventare il suo successore, l'erede dei suoi beni. (Lo sviluppo della società patriarcale va di pari passo con lo sviluppo della proprietà privata). Di conseguenza la società patriarcale è gerarchica; l'eguaglianza tra fratelli dà adito a competizioni e lotte. Se pensiamo alle civiltà indiana, egiziana o greca, o a quella giudaico-cristiana o all'islamitica, siamo in pieno mondo patriarcale, coi suoi dei maschi, sui quali regna un dio principale, o in cui tutti gli dei sono eliminati, ad eccezione di Uno, il Dio. Tuttavia, poiché l'amore per la madre non può essere sradicato dal cuore degli uomini, non c'è da sorprendersi se la figura della madre amorosa non possa mai essere eliminata dal pantheon. Nella religione ebraica, gli aspetti materni di Dio sono introdotti di nuovo, specialmente nelle varie correnti del misticismo. Nella religione cattolica la madre è simbolizzata dalla Chiesa e dalla Vergine. Perfino nel protestantesimo la figura della madre non è stata completamente sradicata, anche se rimane nascosta. Lutero stabilisce, come suo maggiore principio, che niente che l'uomo *faccia* possa meritargli l'amore di Dio. L'amore di Dio è la grazia, la tendenza religiosa ad aver fede in questa grazia, a rendersi piccoli e indifesi; nessun lavoro ben fatto può influenzare Dio - o può indurlo ad amarci - come le dottrine cattoliche sostenevano. Possiamo qui riconoscere che la dottrina cattolica del lavoro ben fatto fa parte del quadro patriarcale; posso procurarmi l'amore paterno con l'obbedienza e l'adempimento dei suoi ordini. La dottrina luterana, d'altro canto, ad onta del suo carattere patriarcale, porta con sé molti elementi matriarcali. L'amore materno non può essere conquistato: o c'è, o non c'è; tutto ciò che posso fare è aver fede (come dice il salmista: "Tu fammi aver fede nel seno di mia madre" [Salmo 22, 9]). Ma è caratteristica della fede di Lutero che la figura della madre sia stata eliminata dal quadro e sostituita da quella del padre; all'incertezza di essere amato dalla madre si sostituisce la speranza di un amore paterno incondizionato». (E. FROMM, *L'arte di amare*, trad. it., Milano, 1968², pp. 85-87).

⁶¹ Cfr., a titolo d'esempio, due rassegne critiche utili anche per gli apparati bibliografici: C. GIULIODORI, *Intelligenza teologica del maschile e del femminile*, Roma, 1991 (che si sofferma su von Balthasar per il versante cattolico; bibliografia alle pp. 263-274); A. AMATO, *Paternità-Maternità di Dio. Problemi e prospettive*, in ID. (ed.), *Trinità in contesto*, Roma, 1994 (ove si discutono altri autori contemporanei; bibliografia ragionata alle pp. 273-296). Più in generale, sui rapporti di genere in prospettiva teologica, non soltanto cattolica, cfr. i contributi raccolti in X. LACROIX (ed.), *Homme et femme*, cit.; C. MILITELLO (ed.), « *Che differenza c'è?* ». *Fondamenti antropologici e teologici della identità femminile e maschile*, Torino, 1996.



che affascinava Schmitt, mentre gli studi storico-teologici degli ultimi decenni ne hanno rintracciato la trama risalente lungo i secoli⁶², sino alle fonti scritturistiche; sino, in particolare, a «... quegli spunti che i Vangeli offrono per una considerazione di Gesù [...] come la persona che ha equilibrato in sé anche le dimensioni femminili e materne»⁶³, e, più indietro ancora, sino alle metafore materne di Dio nell'Antico Testamento⁶⁴. I documenti del Concilio Vaticano II - per rifarsi solo alla rilettura della tradizione prodotta dall'evento che nel Cattolicesimo segna la fine del secondo millennio - sono punteggiati dalla presenza, oltre che di Dio-Padre⁶⁵, di Maria-Madre⁶⁶ (assunta a modello dell'amore materno della Chiesa)⁶⁷ e del *topos* della Madre-Chiesa⁶⁸. È risaputo poi quanta parte abbiano, nel magistero pontificio contemporaneo, i modelli sessualizzati della «sponsalità», e, in particolare, del «principio petrino» e del «principio mariano»⁶⁹.

La diade come principio metafisico che si esprime nella dipolarità sessuale è stata assunta addirittura a paradigma cosmologico, sulla scorta dell'opposizione simbolica taoista Yang/Yin, da F. CAPRA, *Il Tao della fisica*, trad. it., Milano, 1989.

⁶² Cfr., ancora a titolo d'esempio, C.W. BYNUM, *Jesus as Mother. Studies in the Spirituality of the High Middle Ages*, Berkley-London, 1982; K.E. BØRRESEN, *Le madri della Chiesa. Il Medioevo*, Napoli, 1993, anche circa le metafore femminili di Dio elaborate dai padri della Chiesa; G. ZARRI, *Gender, Religious Institutions and Social Discipline: The Reform of the Regulars*, in J.C. BROWN - R.C. DAVIES (edd.), *Gender and Society in Renaissance Italy*, London - New York, 1998, pp. 193-212, per un'analisi del rapporto di genere nella professione monastica.

⁶³ Cfr. G.P. DI NICOLA, *Uguaglianza e differenza. La reciprocità uomo-donna*, Roma, 1989, p. 229, con rinvii. Adde E. SCHÜSSLER FIORENZA, *Gesù figlio di Miriam, profeta di Sophia. Questioni critiche di cristologia femminista*, trad. it., Torino, 1996.

⁶⁴ Cfr. L. BOFF, *Il volto materno di Dio. Saggio interdisciplinare sul femminile e le sue forme religiose*, trad. it., Brescia, 1981, pp. 84 e ss. Adde V. RANEY MOLLENKOTT, *Dio femminile. L'immaginario biblico di Dio come donna*, trad. it., Padova, 1996; I. GÓMEZ-ACEBO, *Dio è anche madre. Riflessioni sull'Antico Testamento*, trad. it., Cinisello Balsamo, 1996, anche per la bibliografia.

⁶⁵ *Lumen gentium*, nn. 15, 28, 41, 51; *Dei Verbum*, n. 3; *Gaudium et spes*, nn. 21, 92; *Unitatis redintegratio*, nn. 7, 15, 20; *Presbiterorum ordinis*, nn. 2, 5; *Gravissimum educationis*, n. 2; *Nostra aetate*, n. 5; *Dignitatis humanae*, n. 15; *Ad Gentes*, 2, 11.

Sul *topos* cfr. il fascicolo monografico di *Concilium* 3/1981, curato da J.B. METZ e E. SCHILLEBEECKX, *Dio come Padre?*.

⁶⁶ *Sacrosanctum Concilium*, n. 103; *Lumen gentium*, nn. 15, 46, 52, 54, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 69; *Unitatis redintegratio*, n. 15; *Orientalium Ecclesiarum*, n. 30.

⁶⁷ *Lumen gentium*, n. 65.

⁶⁸ *Sacrosanctum Concilium*, nn. 14, 60, 85, 102, 122; *Lumen gentium*, nn. 6, 14, 15, 42; *Dei Verbum*, nn. 11, 19; *Gravissimum educationis*, *Proemio*; *Inter mirifica*, n. 2.

Il 15 maggio 1961 Giovanni XXIII aveva dato l'enciclica *Mater et magistra*.

⁶⁹ Il magistero romano ha fatto propria, sul punto, l'elaborazione della teologia «sessuata» di H.U. von Balthasar, il quale, su ispirazione di Adrienne von Speyr (cfr. A. VON SPEYER, *Mistica oggettiva*, antologia degli scritti a cura di B. ALBRECHT, Milano,



Una volta premesse come chiavi di lettura il doppio volto dell'Istituzione ecclesiastica (*Rex tremendae majestatis* da un lato, *Mater misericordiae* dall'altro), e l'associazione stereotipa rigidità-(patri-arcale-)maschile e flessibilità-(matri-arcale-)femminile, una citazione di Francesco Ruffini - celebre anch'essa, come quella di Schmitt - sembra prestarsi in modo peculiare ad essere interpretata quasi come una trascrizione giuridica dell'immagine schmittiana:

Ha la Chiesa davvero un interesse a fissare in un codice l'intero suo diritto?... Stretta fra la rigidezza medievale delle sue linee direttive e l'incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento abbia in sé raccolte, essa ha potuto fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura, alla romana, di virtù; perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza. Dove il protestantesimo ha provveduto ai mutabili indirizzi dei tempi e ai diversi umori degli uomini con la infinità delle sue *variazioni*, come le chiamava il Bossuet, o delle sue confessioni e denominazioni, come le diciamo noi; il Cattolicesimo ha posto la infinita varietà dei suoi provvedimenti od anche dei suoi espedienti.

La Curia romana ha portato ad una eccellenza insuperabile l'arte di dire e non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutto e di *dissimulare*: *temporum ratione habita*. Che capolavoro di adattabilità pratica non è l'istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica, che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo di casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto!⁷⁰.

1985², pp. 180-182) distingue un principio maschile («petrino») e un principio femminile («mariano») nella Chiesa, in rapporto di reciproca inclusione, nel senso che il maschile trova il suo arricchimento nel convertirsi al femminile e viceversa (cfr. *Lo Spirito e l'istituzione*, trad. it., Brescia, 1979). L'Adhort. apost. *Mulieris dignitatem*, cita espressamente il teologo svizzero al n. 27, in nt. 55.

È rimasta celebre l'affermazione di Giovanni Paolo I, nel discorso all'Angelus del 10 settembre 1978, secondo cui «Dio è papà; più ancora è madre».

Analizza il simbolismo, vincolato al genere, del sacerdozio tradizionale per come viene rappresentato dalla teologia di curia, H. HÄRING, *Una facoltà non concessa a Gesù? Analisi del documento di Roma*, in *Concilium*, 35 (1999), pp. [431]29-[436]34.

Per una prospettiva teorica e teologica più generale, cfr. C. VON BRAUN, *La codificazione culturale del corpo maschile e del corpo femminile*, in *Concilium*, 38(2002), pp. 46[206]-61[-221].

⁷⁰ F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Studi di diritto in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, ora in ID., *Scritti giuridici minori*, Milano, I, 1936, pp. 93-95.



Anche quella di Ruffini, ancorché forse colorata di criticismo anticlericale, è, come quella di Schmitt, una descrizione ammirata di quell'*unicum* composto da rigorismo e lassismo, stretto diritto ed eccezione alla regola - autoritarismo patriarcale e indulgenza materna - che è l'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica. Una *complexio oppositorum* la cui lettura in negativo vede gli ambiti di arbitrio che gerarchi infedeli al mandato ricevuto possono sfruttare a fini di puro potere; ma la cui lettura in positivo configura un sistema dinamico costantemente proteso a superare i propri assetti ogni qual volta questi si dimostrino incompatibili col valore originario che lo anima, la carità, di modo che se la tipicità di questo diritto consiste nell'essere atipico essa dipende dalla sua massima disponibilità a sacrificare la certezza formale della norma in nome di una certezza superiore, quella che si realizzi il bene del soggetto⁷¹. Così che si è potuto vedere in quegli strumenti peculiari a questo ordinamento, cui si ricorre per supplire a una lacuna formale o materiale della legge (in tale ultimo caso dovuta all'inapplicabilità della legge perché realizzatrice nella fattispecie di *summa injuria* alla stregua del parametro costituzionale della carità) «il punto di equilibrio tra l'elemento autoritativo-patriarcale e quello epicheietico-matriarcale»⁷².

3.2.2 - Diritto canonico, stereotipi sessuali e «tipi» di diritto

Alla luce di quanto si è detto in precedenza, la contrapposizione - schematica e, in quanto tale, grossolana, ma si spera non priva di una qualche utilità euristica - tra diritto «maschile» e diritto «femminile», «messa a reagire» con una sostanza sperimentalmente ideale quale l'ordinamento canonico, potrebbe essere scomposta in una serie di coppie oppositive relative ai singoli attributi che concorrono a definire gli stereotipi, quali: forte *vs.* debole, precettivo (o imperativo) *vs.* persuasivo (o esortativo), coattivo *vs.* mite, deduttivo-sillogistico(-dimostrativo) *vs.* induttivo-argomentativo(-retorico), autoritativo-monologico *vs.* liberale-dialogico, sanzionatorio *vs.* curativo⁷³. L'ultima

⁷¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, p. 28.

⁷² R. MAZZOLA, *Il diritto vivente nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in R. BERTOLINO - S. GHERRO - G. LO CASTRO (edd.), *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino, 1996, p. 321.

⁷³ Specialmente in diritto internazionale (un diritto nel quale i rapporti di forza sono evidenti più che altrove) è diffusa l'opposizione *Hard Law vs. Soft Law*, sulla quale cfr. per tutti D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance. The role of non-*



opposizione parrebbe forse esprimere meglio delle altre il diverso modo di concepire il diritto. La si può intendere infatti come descrittiva di due atteggiamenti di fondo - quello di chi chiede al diritto di fare rispettare una serie, in ipotesi anche molto estesa, di regole sociali, ma lasciando il foro interno fuori del giuridicamente rilevante⁷⁴, e quello di chi ascrive al diritto la *cura* della felicità dei suoi soggetti. E si direbbe anche come riassumere in sé, rispettivamente, i singoli tratti enumerati come «maschili» (la sanzione come comando passibile di tradursi in coazione, inesorabilmente dedotto da premesse unilateralmente poste) e «femminili» (nella sua versione ideale la cura si accosta all'altro col rispetto di chi ripudia i metodi violenti; fa uso della sensibilità per comprendere senza pregiudizi i bisogni altrui; e pratica a questo scopo l'ascolto e il dialogo, cercando gli argomenti più adatti per

Binding Norms in the international Legal Sistem, Oxford (England) - New York, 2000, e in particolare l'introduzione della curatrice: *Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law'*. Come emerge anche da questo studio, però, un diritto «debole» non significa necessariamente un diritto inefficace.

Sul fenomeno recente qualificato come *droit mou* (non coincidente col *droit flou*) o *droit vert* o *droit à l'état gazeux* o *droit assourdi* o *droit recommandé*, che si caratterizza per l'impiego di regole di condotta non coercibili da un lato, e per la partecipazione degli interessati all'elaborazione della norma dall'altro, cfr., anche per richiami bibliografici, P. DEUMIER, *Le Droit spontané*, Préface de J.-M. Jacquet, Paris, 2002, pp. 258-259.

Oltre a quelle richiamate *supra*, nt. 42, alcune critiche alla sessualizzazione dei dualismi del tipo razionalità/emotività, cultura/natura, astratto/contestualizzato, impersonale/personalizzato, e alla loro gerarchizzazione, vengono mosse pure dall'esponente dei *Critical Legal Studies* Frances Olsen, che mette in discussione i confini tra i concetti contrapposti e ne nega la non-identità assoluta (cfr. *Feminism and Critical Legal Theory: An american Perspective*, in *The International Journal of Sociology of Law*, 1990, [18, 2], p. 205). Olsen censisce altri due possibili atteggiamenti in rapporto ai «dualismi sessualizzati». Uno è quello di chi accetta la gerarchia del primo termine della coppia sul secondo, ma ne nega l'associazione con il «maschile» (l'Autrice attribuisce questa posizione al *Women's Right Movement* statunitense). L'altro è quello di chi accetta la sessualizzazione dei dualismi, ma ne rifiuta la gerarchizzazione (e in questa categoria viene annoverata Carol Gilligan, che giurista non è, ma le cui tesi vengono considerate predisposte a fondare un'idea del diritto ridotta alle categorie «maschili», meritevole di critica per la funzionalità al mantenimento di un ordine patriarcale). Su Olsen, cfr. T. PITCH, *Un diritto per due*, cit., pp. 210-213.

⁷⁴ È il modello hobbesiano, nel quale la possibilità che ciascun individuo conservi una propria concezione della giustizia e della felicità, fatto salvo il rispetto esteriore per i comandi del sovrano, segna «il grande punto d'irruzione del moderno liberalismo» (C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, trad. it. in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986, p. 106), e determina l'assorbimento di tutte le idee di verità e giustizia nella decisione del comando legale. «L'uomo è ormai concepibile come atomo irrelato ad alcun vincolo organico, ad alcun contesto comunitario» (G. ZANETTI, *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, 1998, p. 50).



persuadere)⁷⁵. Tuttavia, in un senso lato, e in una prospettiva realistica, qualsiasi (concezione del) diritto sembra interpretabile in termini di «cura»: sia perché anche un diritto «minimo» si prende cura di quei pochi interessi che fa suoi, fosse pure con i rozzi strumenti di un cattivo precettore; sia perché la cura, archetipicamente femminile-materna essendone il rapporto madre/bambino la forma primordiale⁷⁶, una volta generalizzata in una condizione di responsabilità-potere su un altro soggetto, viene pure in qualche modo resa *neutra*: in quanto tale può inclinare verso l'autoritarismo o il liberalismo come potrebbe un *Pater* essere liberale o una *Mater* essere autoritaria.

Infatti, in quanto esercitata nei confronti di un « debole » - di chi ne ha *bisogno*, o comunque è impossibilitato a rifiutarla - la cura presuppone che chi la presta sia in una posizione di preminenza (l'adulto verso il bambino, il medico verso il malato, il giovane verso l'anziano; il legislatore verso il suddito, se si acceda all'idea di diritto

⁷⁵ In questo senso, che valorizza la libertà (autonomia) del dialogo (negoziato) fra soggetti pariaordinati (parti), si può accettare l'idea di C. SCHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Milano, 1992, pp. 128-132, che il contratto sia la disciplina giuridica - «leggera» - meglio in grado di tradurre la sensibilità femminile (in opposizione a quella - «pesante» - imposta con norme pubbliche coattive, espressione di una mentalità patriarcale autoritaria). Va sempre verificato però che non vi sia uno squilibrio nei rapporti di forza tra i contraenti tale per cui uno riesca a imporre le proprie posizioni all'altro (il che segnerebbe il ritorno al momento autoritario, monologico), e che ciascuna delle parti riesca ad uscire dal delirio narcisistico del soggetto irrelato per aprirsi alla responsabilità verso l'altro (e per questo sembra giustificata una pregiudiziale differenza verso la forma contrattuale). Sull'opportunità di ricercare forme convenzionali alternative al « contratto » inteso nella sua tradizionale accezione legata all'individualismo proprietario, cfr. *supra* i richiami di nt. 30.

La descrizione di un diritto della cura amorevole, flessibile, persuasivo si trova nel IV principio approvato dal Sinodo dei Vescovi che tracciò nel 1967 le direttive per la riforma della codificazione canonica (cfr. *Communicationes*, 1:1969, pp. 79-80); essa è ripresa nella *Praefatio* al *Codex juris canonici* del 1983: « *Ad curam pastorem animarum quam maxime fovendam, in novo iure, praeter virtutem iustitiae, ratio habeatur etiam caritatis, temperantiae, humanitatis, moderationis, quibus aequitati studiat non solum in applicatione legum ab animarum pastoribus facienda, sed in ipsa legislatione, ac proinde normae nimis rigidae seponantur, immo ad exhortationes et suasiones potius recurratur, ubi non adsit necessitas stricte iuris servandi propter bonum publicum et disciplinam ecclesiasticam generalem* ». E un'attenzione « retorica » all'uditorio è richiesta dal can. 769 del medesimo *Codex*: « *Doctrina christiana proponatur modo auditorum conditioni accommodata atque rationi temporum necessitatibus aptata* ».

⁷⁶ Sul «modello materno» si possono ricordare quelli che sono ormai divenuti due classici, suscinatori di incontrollabile letteratura secondaria: N. CHODOROW, *The Reproducing of Mothering. Psychoanalysis and Sociology of Gender*, Berkeley, 1978 (trad. it. *La funzione materna*, Milano, 1991), e S. RUDDICK, *Maternal Thinking. Toward a Politics of Peace*, New York, 1989 (trad. it. *Il pensiero materno*, Como, 1993).



come « cura »)⁷⁷ - salvi però casi di cura «reciproca», tra soggetti egualmente forti o egualmente deboli -, e nulla garantisce che questa forza venga orientata positivamente (a prescindere dalla buona fede di chi la detiene). Nella peggiore delle ipotesi, chi ha la responsabilità della cura può usare il suo potere per avvolgere il sottoposto in una rete protettiva di norme intese a regolarne unilateralmente (esercitando cioè una forma di violenza, ancorché «dolce») i più minuti aspetti della vita, per penetrarne i recessi più intimi della coscienza, per ottenere il governo totale della persona - al fine, eventualmente, di condurla al Bene. Può verificarsi, cioè, la degenerazione del modello «materno» in un modello maternalistico, e di quello paterno - se anche il padre è chiamato alla cura - in un modello paternalistico⁷⁸.

⁷⁷ Nel diritto canonico, alla vigilia del Concilio Vaticano II, si è rilevato che l'«organizzazione gerarchica [...] sembra costituire il logico e necessario presupposto della cura d'anime. Infatti, se per cura d'anime deve intendersi, in base allo schema tipico dell'ordinamento canonico, quel complesso di poteri e doveri istituzionalmente conferiti a determinati soggetti per provvedere ai bisogni spirituali dei fedeli, appare assai difficile, in linea di principio, ammetterne l'esistenza in quelle comunità, nelle quali i singoli membri si considerano legati tra loro da rapporti di natura meramente spirituale su di un piano di assoluta parità»: cfr. T. MAURO, *Cura d'anime*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 485. L'affermazione sembra ancora attuale nella misura in cui la Chiesa post-conciliare non si è emancipata, se non molto parzialmente, dai pregressi modelli gerarchici. La possibilità tecnica di una alternativa, come si accenna più avanti nel testo, sarebbe quella di una cura «reciproca» tra soggetti di pari dignità, eventualmente avvicinandosi ciclicamente nella «cura» degli altri. In questa direzione è stato colto nel dibattito della teologia femminista contemporanea un «paradigma della cura d'anime condivisa o contestuale», su cui cfr. H. MAYER-WILMES, *Molteplicità dei ministeri in una chiesa postmoderna*, in *Concilium*, 35 (1999), pp. [521]119-[522]120, che richiama come esemplificativo il testo di E. SCHÜSSLER FIORENZA, *Disciples as equals. A Critical Feminist Ekklesia-logy of Liberation*, New York, 1993. L'ipotesi più immediata è quella di un rapporto di coppia paritario, in cui non esista più una donna debole che debba essere «retta» paternalisticamente dal marito (come nella tradizionale versione del principio di «capitalità»), ma due compagni che si sostengono vicendevolmente. Si tratta di un modello che, almeno sul piano teorico (utopico?) potrebbe tuttavia ben essere esteso a quella «grande famiglia» che è l'intera comunità ecclesiale.

Forse può essere interessante notare come a una celebre lettura psicanalitica dell'assetto dualista chierico/laico del cattolicesimo, quella di Eugen Drewermann, sia stato rimproverato di riprodurre in qualche modo, attraverso la reinterpretazione della funzione presbiterale in termini di funzione terapeutica, un assetto dispari della comunità, in cui il sacerdote-terapeuta prende il posto del sacerdote-gerarca come mediatore necessario tra l'individuo e Dio: cfr. P. HOFFMANN, *Vangelo senza sacerdoti?*, in P. EICHER (ed.), *La controversia sui chierici. La sfida di Eugen Drewermann*, trad. it., Brescia, 1991, pp. 229-230.

⁷⁸ Sull'analisi toquevilliana che ha segnalato la paradossale saldatura dell'atomismo sociale con una funzione « paterna » del potere democratico, « intesa però nei suoi aspetti regressivi: una funzione di tutela e di cura da cui esso trae la sua autorità esercitando una coercizione dolce e invisibile che induce negli individui una



Anche il modello della cura dunque, naturalmente, è ambiguo come è ambiguo il Potere, e, come questo, suscettibile di usi buoni o cattivi⁷⁹.

3.2.3 - Il diritto canonico come diritto della «cura»

Pure nella prospettiva, solo da poco consapevolmente individuata, della «cura»⁸⁰ - e del diritto come «cura»⁸¹ - la tradizione

sorta di acquiescenza passiva, inibendone ogni autonoma crescita », cfr. E. PULCINI, *L'individuo*, cit., pp. 154 e ss. Per il rapporto tra propensioni paternalistiche dell'autorità e tecniche del diritto, cfr. J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1 (1971), pp. 105-124; H. HÄYRY, *Legal Paternalism and Legal Moralism: Devlin, Hart and Ten*, in *Ratio Juris*, 5 (1992), pp. 191-201.

⁷⁹ Sembra bene esprimere l'ambiguità e pericolosità di un modello eudemonologico del Diritto centrato sul paradigma della cura il fatto che la percezione odierna di questo paradigma sia stata vista come un positivo fattore dinamico in rapporto al « conflitto tra diritto spersonalizzante/autoritario e diritto umano/democratico », mentre se ne è segnalata la tendenza a scivolare verso derive integraliste in rapporto al conflitto tra « diritto laico (incompetente circa le credenze dei cittadini) e diritto neoreligioso »: cfr. M. VENTURA, *La legge nella cura; la legge della cura. Sui rapporti tra diritto, credenze e terapia*, in *L'arco di Giano*, 19/1999, p. 36.

⁸⁰ Come nota Laura Balbo nell'Introduzione (*L'Europa: (forse) una società-con-cura, una società del lifelong learning*) a D. DEMETRIO - E. DONINI - B. MAPELLI - S. NATOLI - M. PIAZZA - A. SEGRE, *Il libro della cura. Di sé degli altri del mondo*, Torino, 1999, p. 7, almeno nel linguaggio delle scienze sociali italiane di non molto tempo fa la parola e il concetto di «cura» erano «inusuali o meglio, inesistenti». Il recente e rapido emergere di questo paradigma sembra gravido di conseguenze «ancora quasi del tutto inesplorate»; «ciò che sembra certo è che esso catalizza una domanda trasversale di nuova etica, di nuova centralità del femminile, di flessibilità e pluralismo socioculturale»: cfr. M. VENTURA, *La legge nella cura*, cit., p. 32. Una panoramica aggiornata sull'indirizzo in campo morale è offerta da V. FRANCO, *Etiche possibili*, cit., pp. 159-201; un testo che fa propria la prospettiva della cura con ampia bibliografia è V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e famiglia post-patriarcale*, Milano, 1997. G.P. DI NICOLA, *Il linguaggio della madre. Aspetti sociologici e antropologici della maternità*, Roma, 1994, pp. 121-122, offre un'interpretazione in termini di cura della triade ricoeuriana potere-fragilità-responsabilità.

⁸¹ Oltre i precedenti relativi all'uso delle metafore medicinali a proposito della giustizia in Platone (per esempio nel *Gorgia*), nella tradizione occidentale del diritto l'idea di cura si trova, naturalmente, fin dal diritto romano, che le ha fornito la stessa terminologia (cfr. per esempio G.G. ARCHI, *Curatela*, a) *Diritto romano*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 489-494): è ben noto come «cura» fosse non solo lo strumento privatistico per supplire all'inabilità di un soggetto, ma anche la figura pubblicistica che descriveva la sfera di competenza dei magistrati durante la repubblica e dei funzionari durante l'impero, sino ad essere generalizzata in una *cura morum et legum* prerogativa dell'imperatore (sulla quale cfr. BL. PARSI-MAGDELAN, *La cura morum et legum*, in *Revue Historique de Droit français et étranger*, 42 :1964, pp. 376-389). Nell'età di mezzo (sulla quale cfr. per esempio A. MARONGIU, *Curatela*, b) *Cura (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 495-497), il termine assunse il senso di governo,



del cattolicesimo romano - e quella del suo diritto - sembra offrire, nel bene e nel male, una esperienza di tutto interesse, ed in termini abbastanza espliciti da poter essere colti con una certa facilità.

Quella che oggi si chiama «etica del *care*» è, infatti, la versione moderna di un paradigma (nel quale può vedersi una originaria tensione escatologica)⁸² che sostanzia di sé, prima ancora del diritto, la stessa istituzione cristiana, la quale si autorappresenta come struttura incaricata di *assistere* gli uomini - creature, quindi per definizione *deboli*⁸³ - lungo un percorso il cui termine alternativo è la morte (*damnatio*) o la vita (*salus*) eterna. Nella sua configurazione perfezionata nell'età gregoriana, e tutt'oggi influente, l'istituzione si pone come un

ufficio. Dopo la Rivoluzione francese (che esordisce con un Comitato di *salute pubblica*) il trapasso da un ancoraggio trascendente (« verticale ») del potere *sul* corpo sociale ad una fondazione immanente dello stesso *nel* corpo sociale determina - è stato detto - «...quella *solidarietà fra l'atteggiamento terapeutico e l'atteggiamento politico che segna la società contemporanea*» ove il «il potere giuridico-normativo funziona come potere terapeutico ...» (cfr. G. DALMASSO, *Natura, repressione e scienza della politica*, in ID. [ed.], *La società medico-politica. Teorie sul soggetto politico nella Francia post-rivoluzionaria. Testi di Saint-Just, Destutt de Tracy, De Maistre, Degénerando, Fourier, Saint-Simon*, Milano, 1980, pp. 20-21; corsivo nell'originale; sull'atteggiarsi del potere giuridico-normativo a potere terapeutico cfr. M. FOUCAULT, *Les jeux du pouvoir*, in ID. *Politique de la Philosophie*, Paris, 1975): non l'invenzione - si direbbe - ma la *trasformazione* per «secolarizzazione» dell'idea del potere come «cura». Sebbene sia sempre possibile scorgere nelle odierne concezioni del diritto assunti più o meno paternalistici, definizioni dell'ordinamento giuridico in termini di «cura» non sembrano particolarmente diffuse o popolari -meno, comunque, di quelle in termini di «servizio» o «ministerialità» care ai giuristi cattolici. Tra questi ultimi risolve tuttavia il diritto nella «cura», interpretando « le tre modalità elementari della normatività - prescrivere, vietare, permettere -» come « ...altrettante modalità dell'aver cura del soggetto quanto al suo essere », S. COTTA, voce *Pace*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995, p. 220.

⁸² Per l'ipotesi che l'«idea di al-di-là» sia comparsa con le parole della cura, cfr. D. DEMETRIO, *Protetti dalle nostre parole. La narrazione come cura interiore*, in D. DEMETRIO - E. DONINI - B. MAPELLI - S. NATOLI - M. PIAZZA - A. SEGRE, *Il libro della cura*, cit., p. 52.

⁸³ Esiste una tradizione «negativa» della cura, che origina in Agostino e giunge alla fenomenologia contemporanea, per la quale essa esprime la tendenza del soggetto a destrutturarsi -la sua natura fragile, mortale, finita -attraverso l'inseguimento (*cura*) di qualcosa d'altro (*curiositas*) che lo distolga dall'angoscia. «Non è questa appunto l'inconsistenza ontologica, la dipendenza e contingenza radicale della creatura, il cui corrispettivo vissuto è l'inquietudine e la cura, e il cui modo è la temporalità, questo essere costantemente perduto e rinviato, mai posseduto, compiuto solo nella morte?». Cfr. R. DE MONTICELLI, *L'ascesa filosofica. Studi sul temperamento platonico*, Milano, 1995, p. 167. Ad *Amore e cura* è dedicato il saggio VII di quelli raccolti nel libro, ma cfr. anche pp. 94 e 140-144.

Sviluppa l'idea che nascere significa *dipendenza*, contro l'heideggeriano essere «gettati nel mondo» degli individui, CH. BATTERSBY, *Phenomenal Woman: Feminist Metaphysics and the Patterns of Identity*, New York, 1998.



apparato somministratore di medicine (*sacramenta-remedia*) ai fedeli costantemente esposti alla malattia (*morbum*) del peccato; apparato costituito da quella parte di credenti più sana (*sanior pars*) che può fare da guida e da medico ai più infermi⁸⁴, e che è abilitata a salvare con ogni mezzo il paziente, anche quando questo sia riluttante («Heretici ad salutem etiam inviti sunt trahendi»: C. 23, q. 4, c. 38)⁸⁵.

Sicché si è potuto affermare, non senza una qualche enfasi, che «[l']intero sistema ecclesiale - in quanto sistema 'medicinale' e 'salvifico', legato a una religione storica che s'atteggia *quoad essentiam* a una *religio redemptionis* - fa perno alla fin fine sull'asse medico-malato-medicina»⁸⁶.

⁸⁴ Per una lettura molto nitida ravvisante tuttora nel cattolicesimo postconciliare una *figure grégorienne de l'Église*, la quale «...implica una coscienza molto viva del peccato originale, che vive nella concupiscenza dell'uomo, e del pericolo di dannazione; ciò mette in risalto l'aspetto *medicinale* dei sacramenti e l'importanza della figura del prete che li può amministrare», cfr. GH. LAFONT, *Storia teologica della Chiesa cattolica. Itinerario e forme della teologia*, trad. it., Cinisello Balsamo, 1997, p. 293; e, più ampiamente, ID., *Imaginer*, cit., pp. 49-84.

Alla riforma gregoriana risale, com'è noto, l'istituzione dell'obbligo annuale per tutti i fedeli di confessare i *peccata mortalia* (canone XXI del Concilio Lateranense IV, 1215) che sostituiva alla pubblica confessione capitolare la privata confessione auricolare: passaggio fondamentale, ribadito dal Concilio di Trento (Sess. XIV, cap. V) attraverso cui il sacerdote-medico potrà auscultare la coscienza del fedele alla ricerca della malattia del peccato.

⁸⁵ Ma si veda in tal senso tutta la parte VII della C. 23, cc. 37-48.

⁸⁶ Cfr. P. BELLINI, *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna, 1984, p. 142; l'insigne canonista ha parlato ancora, a questo proposito, di una «...concezione antropologica insieme pessimistica e ottimistica. La quale raffigura bensì l'uomo come un essere malato: come un infermo dalla nascita, minato da una tara ereditaria, e incapace di guarigione *'per sua tantum natura'*. E lo rappresenta come un essere insidiato ad ogni passo delle energie prevaricatrici della concupiscenza. Ma lo fa beneficiario - in pari tempo - della sollecitudine di Dio»: *Legislatore, giudici, giuristi nella esperienza Teocentrica della repubblica cristiana*, in ID., *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Torino, 1991, pp. 119-120. Con riguardo all'attenzione del diritto canonico (anche) per il corpo fisico del fedele, si è affermato che questo diritto è un diritto sanitario - quindi, potrebbe pure dirsi, della «cura» - perché protegge un luogo che è la sede dell'anima: cfr. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993, p. 136.

Più in generale - è stato detto -, «il carattere intrinsecamente immunitario della religione risiede precisamente nella sovrapposizione funzionale dei due versanti del sacro e del santo [...]. È, cioè, iscritto nel punto d'incrocio tra paradigma biomedico e paradigma giuridico». Paolo, interpretando il popolo di Dio «secondo la metafora organicistica del corpo e della corporazione, lo consegna inevitabilmente alla semantica immunitaria. Lo sottomette, cioè, alla logica della sua conservazione attraverso regole biologiche e giuridiche che salvaguardano dal male incorporandone il principio: vale a dire non solo la dialettica speculare di legge e peccato, ma anche il meccanismo omeostatico secondo il quale la colpa degli uomini può, e deve, essere



Assunto nel Cattolicesimo in termini formali e sistematici con il Concilio di Trento, il principio *cura animarum suprema lex esto*⁸⁷ ha svolto, secondo una autorevole interpretazione, un ruolo decisivo per «... l'individualizzazione moderna, diversa ma funzionalmente equivalente a quella della riforma protestante, alla quale in questo modo si intendeva reagire»⁸⁸. Carico di questa ulteriore ambivalenza, esso accompagnerà la Chiesa della Controriforma lungo le sue vicende, che sono in buona parte processi di accentramento e di rafforzamento delle strutture preposte al governo di fedeli considerati in condizione di totale minorità - cioè alla loro cura⁸⁹.

Il paradigma della cura, così intimamente collegato all'istituzione ecclesiastica, non può dunque non ricorrere anche nelle manifestazioni giuridiche della stessa (e addirittura nella concezione generale del diritto del cattolicesimo: chi pone le leggi è, nella celebre definizione tomistica, colui che ha la *cura communitatis*)⁹⁰. Nel *Codex juris canonici* del 1917 quella di *cura animarum* era locuzione così comune da scoraggiare l'inventario dei luoghi in cui compariva⁹¹. Nel *Codex* del 1983 (ove la parola «cura» e i suoi derivati diretti ricorrono 137 volte)⁹² essa viene ancora riservata, nella sua forma piena, al titolare del sacramento dell'ordine (can. 150), il quale, nella veste di confessore, è ancora tradizionalmente definito in termini che fondono l'attività di chi dice il diritto e applica la cura: *iudex et medicus* (can. 978, § 1). E apprestatore di cure intese a guarire ed educare, a «medicare» piuttosto

giuridicamente compensata dal sacrificio di un innocente»: R. ESPOSITO, *La religione tra comunità e immunità*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia*, 2/2000, pp. 111, 114.

⁸⁷ Per il decreto di riforma della *Sessio VII* in cui venne recepito questo indirizzo cfr. H. JEDIN, *Il concilio di Trento*, trad. it., II, Brescia, 1962, p. 422.

⁸⁸ W. REINHARD, *Il concilio di Trento e la modernizzazione della Chiesa. Introduzione*, in P. PRODI - W. REINHARD (edd.), *Il concilio di Trento e il moderno*, Bologna, 1996, p. 38.

⁸⁹ Con riguardo al processo di irrigidimento attraversato dalla Chiesa nella fase più accesa del contrasto con la modernità, viene subito alla mente l'enciclica *Quanta cura* (8 dicembre 1864), in cui la cura di cui al titolo è quella, cui si richiama in esordio Pio IX, dei successori di Pietro nel proteggere dall'errore i fedeli.

⁹⁰ *Summa Theol.*, I-IIae, q. 90, a. 4: «*lex est ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*».

⁹¹ Cfr. G. FORCHIELLI, *Cura d'anime*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 48, il quale rilevava, nella bibliografia premessa alla voce, come non esistesse tuttavia una letteratura particolare dedicata alla «*Cura animarum*», risultando l'argomento assorbito nelle trattazioni sulla parrocchia - giacché è il parroco o «curato» il normale responsabile di questa cura.

⁹² Computando i sostantivi *cura*, *curator*, *curatela* e le voci del verbo *curare*; l'aggettivo *accuratus* e l'avverbio *accurate* figurano altre 19 volte.



che a sanzionare, è chi esercita il potere giurisdizionale⁹³, pure quando irroga una pena⁹⁴.

Le degenerazioni del modello curativo, nel diritto canonico, sembrano ravvisabili in tutti quei casi in cui il *medicus*, convinto della gravità della malattia (*morbum peccati*) che la sua conoscenza privilegiata gli ha permesso di diagnosticare, ha applicato forzosamente il trattamento terapeutico al suo *subjectus*, in ipotesi refrattario alla cura e ignaro del proprio stato patologico (o di esso non persuaso).

Anche nel particolare campo del diritto di famiglia l'ordinamento della Chiesa non appare essere sempre stato estraneo a slittamenti di tal fatta. Rispetto ad alcuni di essi si potrebbero azzardare alcune ipotesi esemplificative.

3.2.4 - Alcuni esempi tratti dalla tradizione canonistica sul rapporto coniugale

In effetti, lungi dall'essere stata ignorata dai canoni in cui erano disciplinate le forme di vita familiare⁹⁵, la cura si direbbe semmai avere per lo più subito, in questi, una sorta di distorsione, dovuta al gravare di pesanti ipoteche culturali - a partire dal pessimismo sessuale cui si deve il «drenaggio» delle energie del sistema verso la predisposizione di strutture atte a minimizzare la *concupiscentia carnis*⁹⁶, a scapito di

⁹³ Cfr. per esempio Paolo VI, Allocuzione alla S.R. Rota dell'8 febbraio 1973: «bisognerà vigilare non solamente per tutelare l'ordine giuridico, ma altresì per guarire ed educare, dando prova di vera carità. L'esercizio pastorale del potere giudiziario è piuttosto medicinale che vendicativo».

⁹⁴ Il C.j.c. 1983 non ha tuttavia recepito, come è noto, la direttiva del Sinodo dei vescovi del 1967 (cfr. *Communicationes*, 1:1969, pp. 77-85) secondo la quale tutte le pene avrebbero dovuto essere medicinali e non vendicative, essendo tale distinguo conservato dalla legislazione riformata. Sulla « metafora medicinale » nel diritto penale canonico, cfr. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna, 2001, pp. 52-55, che le attribuisce una funzione creatrice di continuità terminologica e teologica tra penitenza e pena.

⁹⁵ Né è stata ignorata - sarebbe possibile aggiungere - dai canoni che hanno disciplinato in Occidente, con la struttura gerarchica della Chiesa, la vita dei fedeli partecipi della classe clericale, e per questo esclusi, in quanto celibatari, dalle cure e dalle reti di solidarietà di una legittima famiglia di sangue da essi fondata. Secondo quella che potrebbe esser detta la «teoria psicanalitica del beneficio ecclesiastico», infatti, il chierico è come un figlio che attinge alle risorse dedicate al suo sostentamento - alla sua cura - dalla Chiesa, madre-nutrice, la quale ne ricava in cambio totale dedizione filiale. Cfr. P. LEGENDRE, *Gli scomunicanti. Saggio sull'ordine dogmatico*, trad. it., Venezia, 1976, pp. 199 e ss.

⁹⁶ D'uopo un richiamo a M. FOUCAULT, *La cura di sé (Storia della sessualità 3)*, trad. it., Milano, 1995³, la cui lettura coglie nel movimento di riflessione morale, medica e filosofica dell'antichità pagana successivo al IV secolo lo sviluppo di un'arte



istanze più spirituali (il *mutuum adiutorium* non ha mai occupato un ruolo centrale nel matrimonio canonico)⁹⁷. Così che la «cura» (delle anime e dei corpi) è risultata modulata secondo priorità pedagogiche - proteggere il soggetto da se stesso, dalla sua infantile pulsione a *mortaliter peccare contra sextum* - suscettibili, nella prospettiva odierna, di valutazione critica: non è forse la tradizione «juscorporalista» del matrimonio (*supra*, 2.2.), che alla sensibilità contemporanea appare riduttiva, una particolare variante del modello curativo, in cui, ogni qual volta il malato («*aegrotis est in remedium*»), diceva del matrimonio Pietro Lombardo richiamandosi ad Agostino)⁹⁸ reclama la cura dovuta contrattualmente (*petitio debiti*), il coniuge è tenuto a somministrargli la *medicina* del proprio corpo per curare omeopaticamente la malattia della concupiscenza (*remedium concupiscientiae*: can. 1017 § 1 C.j.c. 1917)⁹⁹ secondo una posologia¹⁰⁰ e un modo d'impiego («*de usu matrimonii*») prestabiliti? Una medicina - se non è indulgere troppo nel tipo di metafora sanitaria - appartenente al genere degli antipiretici: secondo per esempio Guglielmo d'Alvernia la funzione terapeutica del matrimonio era quella di «*praestare magnum refrigerium contra ardorem concupiscientiae*»¹⁰¹.

L'individualismo moderno (e la sua versione giuridica) - che, per quanto sia paradossale, radica anche nel pensiero teologico della scolastica (e ha forse tratto linfa dal programma controriformistico di *cura animarum*) - non è l'ultimo dei fattori opposti a una tematizzazione diretta dei rapporti familiari come «cura» in un senso più personalista; esso è infatti sfociato in una stagione della morale -

dell'esistenza, dominata dalla cura di sé, che mette sempre più in risalto la fragilità dell'individuo nei confronti dei diversi mali che l'attività sessuale può generare; in parte continue, ma in parte discontinue rispetto a tale concezione, le morali successive, segnate dal cristianesimo, «...definiranno altre modalità del rapporto con se stessi: una caratterizzazione della sostanza etica a partire dalla finitudine, dal peccato e dal male; un modo di assoggettamento nella forma dell'obbedienza a una legge generale che è al tempo stesso volontà di un dio personale; un tipo di lavoro su di sé che implica decifrazione dell'anima ed ermeneutica purificatrice dei desideri; un modo di adempimento etico che tende alla rinuncia di sé» (p. 237).

⁹⁷ Sull'« occasione mancata » dalla dottrina canonistica per riconoscere anche all'*humanitatis solatium* il rango di finalità autonoma dell'istituto coniugale, *supra*, nt. 25.

⁹⁸ *Sententiarum libri quatuor*, IV, d. 26, c. 2, in PL 192, col. 909. La malattia, naturalmente, è l'«*Infirmas [...] incontinentiae, quae est in carne per peccatum mortale*» (*ibidem*).

⁹⁹ Cfr. C. 27, q. 1, c. 41, cit. *supra*, nt. 42.

¹⁰⁰ Di « posologie du remède » parla M. BERNOS, *Le Concile de Trente et la sexualité. La doctrine et sa postérité*, in ID. (a cura di), *Sexualité et religions*, Paris, 1988, pp. 225-229.

¹⁰¹ *De sacrosanto matrimonio*, c. 9, ed. Venetiis, 1591, p. 520.



quella della Controriforma, per certi versi a tutt'oggi perdurante - la cui ben nota caratteristica è stata lo «smarrimento» della persona dietro il fittissimo reticolo di norme predisposte per guidarne l'azione¹⁰².

Pure, al di fuori di questi registri in qualche modo viziati o distorti, sembra rintracciabile nel sistema una costante, che si è orientata, secondo le varie epoche, verso la protezione degli indifesi. Anche in questo senso, almeno, parrebbero potersi interpretare fondamentali episodi che hanno marcato la storia del matrimonio canonico, come il divieto di abbandonare la donna sterile¹⁰³; o il permesso di sposarsi a chi non poteva coonestare la sessualità (sterili, vecchi, impotenti)¹⁰⁴; o l'imposizione del vincolo «esterno» matrimoniale per potervi fondare l'obbligo di mantenimento anche quando il consenso fondativo del rapporto non era stato «matrimoniale» (matrimonio presunto)¹⁰⁵; o, sin dalla decretale *Ex litteris* di Alessandro III (X.IV.1.10), la comminatoria di censura all'inadempiente la promessa di matrimonio (senza eccessive preoccupazioni per la libertà del consenso che veniva così coartato)¹⁰⁶;

¹⁰² Addirittura, come è stato rilevato, per tutto il XVII secolo la carità, che è oggi considerata il tema centrale della morale cristiana, è risultata assente dalle trattazioni di teologia morale (cfr. PH. DELHAYE, *La Charité reine des vertus*, in *La Vie Spirituelle - Supplément*, 41 :1957, pp. 135-172). E, ravvisandone le cause nella sclerotizzazione della filosofia neoscolastica delle essenze immutabili, si è parlato esplicitamente di una «...fase aberrante - precettistico-razionalistica e in definitiva atea - della legge naturale cattolica dal XVI al XX secolo» (E. CHIAVACCI, *Legge naturale*, in L. ROSSI - A. VALSECCHI (a cura di), *Dizionario enciclopedico di Teologia morale*, Torino, 1973, p. 566).

¹⁰³ «*Sterilem uxorem dimittere et causam foecunditatem aliam ducere, alicui non licet*» (è il titolo sotto il quale il *Decretum* cita due passaggi di sant'Agostino che proibiscono il ripudio della moglie infeconda: C. 32, q. 7, c. 27-28).

¹⁰⁴ Per l'illustrazione della legislazione e della dottrina che legittimavano questi tipi di unione cfr. per tutti P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze, 1952, pp. 431-432, 442-448, 474-483.

¹⁰⁵ Sulla storia del matrimonio presunto J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise depuis le « Décret de Gratien » (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, 1933, pp. 55-75; P. CIPROTTI, *Il matrimonio presunto*, in *Arch. Dir. Eccl.*, 2(1940), pp. 299-318 e 446-465; J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, Roma, 1971; quanto ai profili dell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Les officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris, 1973, pp. 177-178, e gli atti di alcuni dei processi commentati nel volume a cura di S. SEIDEL MENCHI e D. QUAGLIONI, *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVII secolo*, Bologna, 2001, e contenuti nel CD-Rom allegato all'opera, sui quali S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati. Elogio del matrimonio pre-tridentino*, *ibidem*, pp. 43 e 54-56.

¹⁰⁶ Cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Ad matrimonium contrahere compellitur*, in *Rev. Dr. Can.*, 28 (1978), pp. 210-217, e ID., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996, pp. 281-283; G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico. Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale*,



oppure ancora il matrimonio putativo per la funzione di garanzia nei confronti della parte in buona fede e dei figli¹⁰⁷; ovvero l'istituzione della forma obbligatoria *ad substantiam* in quanto impediva alla parte più forte di abbandonare quella più debole profittando della difficoltà di provare la costituzione del rapporto¹⁰⁸; e addirittura la ricezione di patti di convivenza e solidarietà tra persone dello stesso sesso che intendevano alleviare reciprocamente i pesi della vita, come documentano gli archivi parrocchiali che registravano i casi di «vivere a compagnia»¹⁰⁹. Momenti, insieme a molti altri, i quali (benchè non sempre in via esclusiva) hanno voluto stigmatizzare, più o meno incisivamente, l'abbandono del più debole, e favorire forme di solidarietà interpersonale. Di modo che - anche in questa declinazione materiale e non ideologica: se si vuole, frammentaria - sebbene la cura diretta per chi, di volta in volta, è inerme, piccolo, «*puer*» (uno di «questi miei fratelli più piccoli»: Mt 25,40), non è stata esattamente «... la storia [...] del cattolicesimo, è però di certo [in buona parte] storia dei formanti e dell'interpretazione del suo diritto»¹¹⁰.

ora in « *Grandezza e miseria* » del diritto della Chiesa, a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Bologna, 1996, pp. 259-269.

¹⁰⁷ A. ALBISETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Milano, 1980, riassume le tappe del progressivo definirsi dell'istituto nel diritto della Chiesa (pp. 19-24), discutendo criticamente alcune ricostruzioni storiche (pp. 19-20, in nota).

¹⁰⁸ Come è stato segnalato, una delle funzioni cui intendeva assolvere la forma obbligatoria *ad validitatem* del matrimonio introdotta dal Concilio di Trento, fu quella di offrire «... la garantía de los derechos de las partes más frágiles en la eventual conflictividad matrimonial, incluso en la negación misma del matrimonio celebrado» (cfr. A. DE LA HERA, *Sobre el signo nupcial y los diversos significados de la forma: algunos temas para el debate*, in AA. VV., *Matrimonio. El Matrimonio*, cit., p. 543). Garanzia che in quel contesto storico il diritto canonico perseguì imponendo la formalizzazione dei rapporti di coppia.

Sintetizzando le più recenti ricerche sugli archivi dei tribunali ecclesiastici nel periodo che precede e segue le innovazioni legislative del Tridentino sulla forma matrimoniale (faticosamente affermatesi), S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati*, cit., p. 28, ha rilevato come «... i risultati delle esplorazioni finora condotte convergono nella conclusione che i giudici ecclesiastici fossero nella maggior parte dei casi fedeli e perspicaci interpreti - qualche volta perfino arditi promotori - di una norma consensualistica, che in definitiva favoriva i soggetti deboli, in particolare le giovani donne prive di risorse che non fossero la loro bellezza»; peraltro, era la solennizzazione del matrimonio con un rito pubblico a costituire, per le donne, la garanzia sociale della sussistenza materiale (pp. 39-40).

¹⁰⁹ Cfr. M. PALAZZI, *Donne sole. Storia dell'altra faccia dell'Italia tra antico regime e società contemporanea*, Milano, 1997, p. 237.

¹¹⁰ Si prende a prestito la frase da S. DOMIANELLO, *I nuovi studi di diritto ecclesiastico comparato: problemi e tendenze*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1997/2, p. 389, che la formula in rapporto a una concezione dello *jus publicum ecclesiasticum* intesa come ricerca di



3.2.5 - Diritto canonico e modello curativo nei rapporti familiari tra pubblicizzazione del matrimonio e codificazione

È interessante - sia pure solo per accenno - rilevare come gli «spazi vuoti» (o «meno pieni») al cui interno era possibile alimentare queste istanze vennero ridotti: prima dalla progressiva attuazione del programma gregoriano, poi dal processo di pubblicizzazione e sacralizzazione del matrimonio della Controriforma. Si pensi all'introduzione della forma solenne obbligatoria - che dunque agì non solo nel senso sopra accennato di proteggere i «deboli» - ma anche a un episodio emblematico come quello del breve *Cum frequenter* (1587), che toglieva avallo a quella forma di solidarietà interpersonale costituita dal «quasi matrimonium» degli «impotenti»¹¹¹ e così irrigidiva il sistema matrimoniale. Questo processo è culminato nel diritto del *Codex juris canonici* del 1917 - testo legislativo che certificava la soppressione del matrimonio presunto, abrogava le sanzioni canoniche per l'inadempimento della promessa matrimoniale (e, analogamente, non censurava chi aveva prestato in mala fede consenso invalido), generalizzava la forma solenne *ad substantiam* recependo il di poco anteriore (1907) decreto «*Ne temere*», nonché faceva obbligo alla parte pubblica di accusare d'ufficio il matrimonio degli impotenti come nullo¹¹². Il Codice infatti - quel codice che Ruffini, nel passo sopra citato, si chiedeva se la Chiesa avesse interesse ad adottare, giusta la prevedibile cristallizzazione del suo diritto a scapito dell'adattabilità che gli era stata fino a quel momento consueta - segnava oggettivamente una semplificazione e un irrigidimento del sistema normativo¹¹³, che si conformava al modello napoleonico fatto di asserti lineari da cui dedurre sillogisticamente il precetto concreto, e si atteggiava dunque a sistema tendenzialmente chiuso e compiuto in se

alleanze *libertatis et cooperationis*; ma è sembrata valevole anche per lo *jus ecclesiasticum tout court*, in continua tensione verso obiettivi di giustizia materiale che vadano oltre le imperfette cristallizzazioni storiche dei canoni.

¹¹¹ Cfr. per tutti P.A. D'AVACK, *Cause di nullità*, cit., pp. 444-445 e, *amplius*, A. McGRATH, O.F.M., *A Controversy Concerning Male Impotence*, Roma, 1988.

¹¹² Per maggiori dettagli sull'«effetto filtro» determinato in proposito dalla codificazione del 1917, cfr. E. DIENI, *Tradizione*, cit., pp. 470-479.

¹¹³ Sulle motivazioni ulteriori rispetto a quelle tecniche di razionalizzazione e semplificazione che mossero i codificatori del 1917, cfr. L. KONDRATUK, *Le Code de 1917 : entre nécessité technique et catholicisme intransigeant*, in *Rev. Dr. Can.*, 51(2001), pp. 305-321.



stesso. Il Codice segnava, si potrebbe dire, una decisa repressione del «lato femminile» del diritto canonico¹¹⁴.

3.3 - L'esigenza di ricomporre la scissione, di ripristinare l'equilibrio

La scissione in due momenti incompugnabili della natura umana - la ragione «pura» e il sentimento, e tutte le altre coppie oppositive di questo tipo, simbolizzabili attraverso la visione stereotipa del sesso maschile e di quello femminile - aveva conosciuto un tentativo di superamento già in Hegel, nella *Fenomenologia dello Spirito*¹¹⁵. Lì il filosofo di Jena si era servito dell'*Antigone* di Sofocle¹¹⁶ per rappresentare, attraverso il contrasto tra Antigone e Creonte, la dicotomia del mondo etico in legge divina e legge umana, la prima appartenente alla donna, la seconda all'uomo.

Infinite sono le interpretazioni e le suggestioni suscitate dal mito di Antigone¹¹⁷. Qui - se non è peccato di *hybris* proporre una delle

¹¹⁴ In effetti, sotto l'impero della codificazione del 1917, e pur dopo il Vaticano II, è stato segnalato che il diritto canonico avrebbe di che giovare da un'ispirazione più decisa al diritto comune: cfr. G. LESAGE, *Les droits*, cit., p. 867, e gli autori richiamati in nota.

¹¹⁵ Cfr. G.F.W. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, trad. it., Firenze, 1970, II, pp. 6-36.

¹¹⁶ Sull'interpretazione hegeliana della tragedia sofoclea cfr. le suggestive pagine di L. IRIGARAY, *Speculum. L'altra donna*, trad. it., Milano, 1998³, pp. 199-209.

¹¹⁷ Sull'eroina sofoclea, oltre al fondamentale saggio di G. STEINER, *Le Antigoni*, trad. it., Milano, 1990, cfr. tra i molti G.P. DI NICOLA, *Antigone. Figura femminile della trasgressione*, Roma 1990 e Pescara 1991; F. DUROUX, *Antigone ancora: les femmes et la loi*, Paris, 1993; i contributi al fascicolo monografico di *Persona y Derecho*, 39-1998, e quelli al volume curato da A. ARMEL, *Antigone*, Paris, 1999; la lettura, in parallelo con il *Prometeo incatenato* di Eschilo, di C. CASTORIADIS, *Antropogonia in Eschilo e autocreazione dell'uomo in Sofocle*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia* 4/99, pp. 199-209; alquanto personale il saggio di M.F. RABAGLIETTI, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone e Creonte*, Torino, 2000; F. CANCELLI, *Le leggi divine di Antigone e il diritto naturale*, Roma, 2000; L. CANFORA, *Diritto 'naturale'?*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia* 5/2002, pp. 230-236. Un commento recente alla tragedia è quello di M. GRIFFITH, *Sophocles: Antigone*, Cambridge, 1999; una versione italiana aggiornata è quella di M.G. CIANI, nel volume a cura della stessa che unisce all'originale sofocleo due riletture moderne: SOFOCLE, ANOUILH, BRECHT, *Antigone. Variazioni sul mito*, Venezia, 2000.

Una lettura particolare, che fa dell'*Antigone* la tragedia dell'amicizia politica, è quella di G. ZANETTI, *Amicizia*, cit., pp. 100-106. Zanetti evidenzia del testo la contrapposizione irriducibile tra due tipologie di legami sociali, quella dell'*ethos* condiviso (Antigone), e quella (quasi preschmittiana) della logica amico/nemico (Creonte). Il canonista non dovrebbe avere troppe esitazioni a preferire la prima, non solo perché (con Antigone) l'*ethos* comune è di solito sostanziato dalla religione o da un sentimento parareligioso, ma anche perché (contro Creonte) è costitutivo del cattolicesimo (etimologicamente: universalità) evitare qualsiasi esclusione di ogni



letture più semplici - viene spontaneo riconoscere nell'eroina sofoclea come la stilizzazione di un senso di giustizia materiale dettato dall'empatia, disposto a trasgredire la legalità formale-positiva¹¹⁸. Questa idea di giustizia si potrebbe ascrivere, secondo le precisazioni di cui sopra, non tanto al non morale o non giuridico (o al morale e non giuridico) - al *non droit* -, quanto al *diversamente* morale o giuridico: dove la diversità si qualifica, analiticamente, rovesciando nei loro opposti stereotipi quali la rigidità, l'astrattezza, la coattività, eccetera; e, sinteticamente, nell'atteggiarsi a cura espressiva di *pietas*: «Sofferto avrei invece, e senza misura - oppone la figlia di Edipo a Creonte -, se avessi lasciato insepolto il corpo morto di un figlio di mia madre»¹¹⁹.

Creonte ed Antigone, in altri termini, potrebbero essere assunti ad emblema di due tipi di diritto, non necessariamente incompatibili, ma piuttosto chiamati (o quasi condannati) a completarsi equilibratamente, come sono sempre chiamati nel diritto a unirsi, nella migliore composizione, forma e sostanza, giustizia come certezza (formale) e certezza della giustizia (materiale). Alcuni passaggi del

uomo e di ogni esperienza a misura d'uomo (cfr. S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto*, cit., pp. 86-87). Nell'interpretazione della tradizione ebraico-cristiana di René Girard, ormai imprescindibile (per l'impatto sulla teologia cattolica cfr. A. COLOMBO, *Il sacrificio in René Girard. Dalla violenza al dono*, Brescia, 1999), l'originalità della rivelazione culminata nei Vangeli è consistita, come è noto, proprio nel rivelare il meccanismo vittimario col quale una comunità chiusa esclude l'altro (*reso bouc émissaire*), e nel proclamare l'universalità della promessa di divinizzazione per *tutti* gli uomini (cfr. R. GIRARD, *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, trad. it., Milano, 1983, pp. 274-276).

¹¹⁸ Non a caso questa scelta per una giustizia superiore è stata canonisticamente considerata come una sorta di anticipazione del dualismo giurisdizionale cristiano: cfr. G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, Roma, 1996, p. 85.

Ancora con riguardo alla necessità di superare la legalità meramente positiva per poter attingere il più alto livello della giuridicità/giustizia, molto suggestive sembrano, anche quanto all'imprescindibilità di un apporto creativo dell'interprete, queste righe di C. CASTORIADIS, *Antropologia*, cit., p. 254: « *Antigone* ci permette almeno di affermare una cosa senza esitazione: la giustizia degli dei non è sufficiente, non più di quanto siano sufficienti le leggi della terra. Ubbidendo a queste leggi, l'uomo deve sapere che esse non definiscono esclusivamente ciò che è permesso e che non esauriscono assolutamente ciò che è proibito. Deve esistere, a fianco della legge di volta in volta istituita - legge positiva e necessariamente limitata da fattori spazio-temporali, dunque relativa - un altro elemento che, senza annullarla né dettarle i suoi contenuti, necessita di essere tessuto insieme con essa. Tale elemento, il poeta, con la lingua e le rappresentazioni della sua epoca e della sua città, lo chiama *theōn enorchon dikan* ».

¹¹⁹ Si fa uso della versione italiana di E. Cetrangolo, in *Il teatro greco. Tutte le tragedie*, Firenze, 1980, a cura di C. DIANO, p. 185.



dialogo tra Creonte e il figlio Emone, nel terzo episodio della tragedia, sembrano autorizzare una simile interpretazione.

[*Creonte.*] [...] Ma non esiste danno più grave dell'anarchia. Essa abbatte gli Stati, sovverte le case, rompe in guerra le schiere alleate, e provoca la rotta. La disciplina, invece, può salvare molte vite ben governate. Bisogna dunque difendere l'ordine e le leggi che sostengono l'ordine, e non cedere mai a una femmina! [...]

[*Emone.*] Non portare nell'animo l'idea, solitaria, che la verità sia tua, e che niente altro sia vero. Chi è convinto d'aver senno lui solo, d'aver lui solo la parola o l'anima, appena lo scopri, vedi che dentro è vuoto. [...] Tu sai come presso i torrenti gonfiati dalle piogge invernali l'albero che si piega sopravvive e conserva i suoi rami, e quello rigido perisce, fin dalle radici schiantato. Del pari, colui che tende troppo le scotte di una nave, e non cede al vento, naviga con la chiglia in aria¹²⁰.

Ci sono dunque leggi rigide e leggi flessibili, come rigidi e flessibili possono essere i rami e il tronco degli alberi; eppure le une e le altre sono sempre leggi, così come appartengono alla stessa materia lignea legni di genere diverso. Soltanto, leggi di genere diverso possono risultare adatte o disadatte a seconda dei casi.

Nell'esodo - dopo che Creonte ha revocato la condanna a morte di Antigone, e ha riconosciuto la superiorità delle leggi che costei aveva voluto rispettare - alla reazione del tiranno di fronte all'annuncio che la catastrofe si è nondimeno compiuta, il coro replica: «Tu riconosci tardi la *giustizia*»¹²¹.

Hegel aveva risolto la sua sintesi del principio maschile e di quello femminile - dello spirito di Creonte e di quello di Antigone - riaffermando, come è noto, la prevalenza del principio maschile, «giacché l'apparente universalità, che dovrebbe comprendere sia il femminile che il maschile, sancisce la superiorità dello Spirito assoluto, incarnato nello Stato, e quindi la superiorità del mondo legale e politico»¹²². E la causa del fallimento del suo tentativo di composizione si può trovare, è stato detto, «... proprio in quel suo voler cogliere l'universalità [del maschile e del femminile] attraverso la ragione [...]. [Hegel] si mostra incapace di accettare fino in fondo il limite della ragione nel cogliere la differenza e l'uguaglianza e quindi di rispettare il

¹²⁰ Cfr. pp. 188-189 dell'edizione citata.

¹²¹ Cfr. p. 198 dell'edizione citata. Il corsivo naturalmente è nostro.

¹²² Cfr. G.P. DI NICOLA, *Il capovolgimento del paradigma etico-antropologico*, in C. MILITELLO (ed.), « Che differenza c'è? », cit., p. 82.



mistero della persona, uomo e donna, nel loro rimando al trascendente»¹²³.

Avvertito che una ragione «pura» non esiste - dopo Freud è per lo meno problematico, per l'uomo, rappresentarsi come un impassibile produttore di *ratio* «cartesiana» - il soggetto contemporaneo, pressantemente chiamato a riscrivere i confini e l'idea stessa di razionalità, è ormai tenuto a ricomprensere campi prima attribuiti al non «razionale», quali il sentimento o l'intuizione, che fondano una dimensione «relazionale» della razionalità attraverso l'empatia¹²⁴. Tale processo potrebbe avere un canale preferenziale in quello che è stato chiamato il «codice materno» in quanto più adeguato ad esprimere l'essere per, ontologico ed etico, della persona. Nel simbolico che ruota attorno alla femminilità infatti si rende più evidente l'aspetto relazionale kenotico del rapporto all'altro come un prendersi cura reciproco che definisce la relazione oltre il dominio e la sudditanza, oltre la curiosità e la frivolezza, le strumentalizzazioni e l'indifferenza.

Il codice materno è indicativo di [come] intendere il soggetto oltre la modernità (il soggetto forte, razionale, dominatore) e nello stesso tempo senza cadere nel frammento, nell'insignificanza, nel nichilismo. Opportunamente questo aspetto è messo in rilievo in contrapposizione all'astratto universale maschile, considerato da Lévinas: «virile, troppo virile... tesi che mette l'ordine universale al posto dell'ordine interindividuale». Rispetto alla logica «fredda» dell'universale, il principio femminile - come già tratteggiato da Mancini - esalta la corrente calda del personale, vitale e relazionale¹²⁵.

¹²³ Cfr. G.P. DI NICOLA, *Il capovolgimento*, cit., p. 83.

¹²⁴ Secondo questo orientamento, lungi dall'essere abbandonata, «... la razionalità deve essere sottoposta a verifica e rivista alla luce dell'esperienza morale e deve essere integrata tramite la comprensione morale che può essere coltivata solo da persone reali, concrete, empatiche»: cfr. V. HELD, *Etica femminista*, cit., p. 46. Combinando da un lato la critica francofortese della razionalità (la *Dialektik der Aufklärung* di Horkheimer e Adorno), dall'altro il concetto di oggettività dinamica di Keller, J. BENJAMIN, *Soggetti d'amore. Genere, identificazione, sviluppo erotico*, trad. it., Milano, 1996, p. 18, in nota, ha ribadito significativamente che «la critica femminista della razionalità ci porta a ridisegnare la nostra mappa della mente per includere il territorio del sé e dell'altro [...] non si tratta di una proposta di buttar via la razionalità in favore di una razionalità romantica, quanto di definire la razionalità e di ampliarne i confini». Anche nella prospettiva psicoanalitica di questo studio si fa riferimento alla «relazione tra sé e altro, che l'ideale mascolino di razionalità e di autonomia ha eliminato» (p. 19).

¹²⁵ Cfr. G.P. DI NICOLA, *Il capovolgimento*, cit., p. 105. La citazione interna di Lévinas è da *Quattro lezioni talmudiche*, trad. it., Genova, 1982, p. 50. Sul richiamo alla filosofia di Lévinas ai fini di una rifondazione della categoria del diritto soggettivo, *infra* 5.3., e un richiamo al «principio femminile» nel diritto in Mancini *supra*, nt. 43.



4 - Lo sfondo filosofico-politico del diritto post-moderno (radici ebraico-cristiane della critica interna al liberalismo)

Ove si riconosca che pure nel diritto (non escluso quello canonico) si condivide generalmente il modello di individuo astratto e autonomo, e il tipo di razionalità ad esso propria¹²⁶, appare necessario «riempire un vuoto di analisi che il razionalismo moderno “cartesiano”, costituendo il concetto moderno di scienza, ha provocato»¹²⁷, con il ricorso ad approcci come quelli sopra evocati.

In effetti, la critica ai «diritti sbagliati» di Elizabeth H. Wolgast, o la critica all'etica dei diritti e della giustizia «maschili» di Carol Gilligan, come pure la fase adulta degli studi filosofici e teologici di impronta cattolica che hanno posto in primo piano la prospettiva «di genere» (*Women Studies in Theology; Theologische Frauenforschung; Femmes et*

Forse può soggiungersi, in rapporto a una femminilità archetipica positiva quale quella simbolizzata da Antigone, che rispetto alla forma «pura» dello stereotipo «femmina», l'eroina di Sofocle è abbastanza lontana, incarnando anche caratteri stereotipicamente «maschili» quali coraggio e fermezza d'animo (Creonte a un certo punto afferma: «Non sono più uomo, lo è diventata lei»); a riprova della compresenza di «maschile» e «femminile» nell'identità sessuale matura (*supra*, nt. 57); piuttosto, «femminile, troppo femminile» è la sorella Ismene, docile e cedevole (su tali punti cfr. L. IRIGARAY, *Speculum*, cit., p. 202).

¹²⁶ Una bibliografia sulla «persistente scelta, da parte dei giuristi, del punto di osservazione rappresentato, esplicitamente, dal “soggetto unico” - ossia dall'individuo razionale, adulto, sano e, si potrebbe aggiungere, maschio occidentale e bianco», si trova in M. BUSSANI, *Appunti sull'interlocutore del giurista e sul problema dell'interpretazione*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO (edd.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, p. 50, in nota.

Diversi sono, in realtà, i possibili modelli di razionalità nel diritto, anche nell'ambito di una concezione in senso lato intellettualistica e astratta, quale quella attribuibile a uno stile di pensiero «maschile». Per i principali di questi modelli, accomunati dall'individuazione di un criterio teorico iniziale da cui svolgere più o meno automaticamente tutte le implicazioni, cfr. i contributi al fascicolo degli *Archives de Philosophie du Droit*, 23 (1978), dedicato alle *Formes de rationalité du droit*, e in particolare la *Préface historique* di Michel Villey (pp. 1-10).

L. BENDER, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, in *Journal of legal Education*, 38 (1988), ora in D. KELLEY WEISBERG (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, 1993, pp. 58-74, propone di trasformare il paradigma del soggetto razionale che ha per antenato il «buon padre di famiglia» mediante l'integrazione di valori femminili nei concetti tradizionali: ispirandosi all'etica della cura di Gilligan, l'autrice caldeggia così la sostituzione dello «standard di diligenza» (inteso semplicemente a evitare condanne per responsabilità civile) con uno «standard di sollecitudine».

¹²⁷ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Retorica*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, I, Torino, 1985, p. 631.



Hommes dans l'Église) e che si riportano all'universo teorico e semantico del personalismo, appartengono al versante «femminista»¹²⁸ di un movimento più generale di ridiscussione, nella filosofia politica - e di qui, fatalmente, nel diritto - del pensiero liberale.

Si tratta di analisi che possono considerarsi non lontane, per certi loro aspetti, dalle linee di fondo del *neocommunitarism*, etichetta a sua volta del tutto convenzionale sotto la quale sono accomunati autori che muovono da una critica interna al liberalismo.

La polemica tra *liberals* e *communitarians* - ormai già da tempo parzialmente stemperatasi in posizioni mediane, che hanno dato luogo a un comunitarismo liberale o a un liberalismo comunitarista¹²⁹ - può essere dunque evocata come fondale della revisione di categorie che anche la scienza del diritto è chiamata ad affrontare nell'ora presente¹³⁰.

¹²⁸ Un quadro generale delle varie componenti di questo versante in M. VIDAL, *Manuale di etica teologica*, 2, parte seconda, *Morale dell'amore e della sessualità*, trad. it., Assisi, 1996, pp. 264-303.

¹²⁹ Un bilancio critico della controversia tra i due schieramenti è tracciato da A. BESUSSI, *Liberalismo e comunitarismo: le ragioni di un dissenso*, in S. MAFFETTONI e S. VECA (edd.), *Manuale*, cit., pp. 3-25. Adde - a titolo esemplificativo di una letteratura ormai incontrollabile - alcuni degli scritti raccolti in A. ETZIONI (ed.), *New Communitarian Thinking. Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, Charlottesville and London, 1995; G. DALLE FRATTE (ed.), *Concezioni del bene e teoria della giustizia. Il dibattito tra liberali e comunitari in prospettiva pedagogica*, Roma, 1995; con ulteriore bibliografia di analisi « in parallelo » delle due tendenze, M. GIUSTI HUNDSKOPF, *Contextualizando el contextualismo. Reflexiones sobre el debate entre comunitaristas y liberales*, da <http://quinbaya.udea.udea.edu.co/~wwwfil/artic2.html>, vis. il 16.4.1998; J.-C. MERLE, *La recezione dei comunitaristi in Germania*, in *Ragion pratica*, 1996/6, pp. 235-265; E. PARIOTTI, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Torino, 1997; CH. HEAT WELLMAN, *Liberalism, communitarism, and group rights*, in *Law and Philosophy*, 18 (1999), pp. 13-40; E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo*, Roma-Bari, 2000. Per una sintetica esposizione del pensiero dei principali *communitarians*, dalla prospettiva della categoria-chiave di diritto individuale, cfr. C.S. NINO, *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*, in *Law and Philosophy*, 8 (1989), pp. 37-52. Benchè dichiarati a più riprese di non volersi cimentare in una ricostruzione del dibattito *liberals/communitarians*, il citato saggio di G. ZANETTI, *Amicizia*, cit., offre una prospettiva, ancorché definita, di grande rilievo in rapporto alle due correnti e ad alcuni dei loro protagonisti.

¹³⁰ Riguardo al pensiero di E.H. Wolgast - cui ci si è richiamati in particolare perché è sembrato già elaborato in termini immediatamente apprezzabili da un giurista (critico) - è stato osservato, quanto al dualismo che risulta dal rifiuto di interpretare in modo indifferenziato i rapporti (di rilevanza giuridica) intersoggettivi in termini di «diritti», che «...in Wolgast sono presenti [...] rischi di slittamento dentro una prospettiva di tipo neocomunitario, laddove affiora l'ipotesi di due mondi, l'uno governato dai diritti, l'altro dalle "relazioni" (o dalla responsabilità)» (cfr. T. PITCH, *Un diritto per due*, cit., p. 226). Una simile propensione non sembrerebbe da valutarsi negativamente nella prospettiva del diritto canonico, posto che questo sia interpretabile anche in termini di *koinonía* (cfr. *infra* nt. 133). Anzi, forse proprio per



Tanto più questo richiamo appare suggestivo per il giurista che condivide i valori cristiani (*en canoniste* o *en civiliste*) se è vero che, come ritiene Harold Berman, la giustapposizione tra l'idea individualistica e quella comunitaria di giustizia consegue storicamente all'avvento di un nuovo sistema giuridico (l'ormai celebre «*papal revolution*», nata sotto l'egida del diritto canonico medievale) innestatosi sulla salda base di una società culturalmente omogeneizzata dal cristianesimo; e se è vero che, come ancora ritiene questa tesi, nella *respublica christiana* si era già potuta realizzare la convivenza delle due concezioni¹³¹.

Sembra inoltre interessante rimarcare come alcuni dei più eminenti autori *communitarians* (forse i più importanti) appartengano in modo non inconsapevole alla tradizione ebraico-cristiana¹³², e come

questo, rispetto a quello di altre filosofe o giuriste 'femministe', il pensiero di Wolgast può apparire particolarmente sintonico con certe linee di fondo dell'ordinamento canonico (per qualche suggestione in questo senso, *infra* nel testo). Nel rapportarsi alla « sempre più diffusa critica dell'atomismo », Wolgast si rifà in particolare ai comunitaristi Sandel e McIntyre.

¹³¹ Cfr. H. BERMAN, *Individualistic and Communitarian Theories of Justice: An Historical Approach*, ora in A. AARNIO - D. MACCORMICK (edd.), *Legal Reasoning*, Vol. II, Cambridge, 1992, pp. 549-575. In questo intervento (pp. 562-563, 566-567) l'Autore recensisce anche la prima ondata di reazioni al suo *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, Cambridge (Mass.), 1983.

Berman propugna una simbiosi tra interessi comunitari e individuali che tenga conto di come, nella tradizione dell'Occidente, i secondi si sono innestati sui primi. Lo storico - che riconosce a Rorty, tra i filosofi politici, di avere intuito questa via come la più corretta per legittimare e modulare la composizione tra l'istanza del singolo e quella del gruppo, seppure ad avviso di Berman Rorty non sarebbe riuscito a documentarla in modo corretto - rileva come il dibattito teorico contemporaneo ignori quasi del tutto la problematica giuridica sul fondamento positivo o metapositivo della legge, il che porta i filosofi ad accettare tacitamente una definizione positivistica della legge stessa, con l'ulteriore conseguenza che la razionalità alla stregua della quale è possibile valutarla è collocata all'esterno di essa. A ciò Berman oppone che «*in the Western tradition, law contains within itself its own theories of justice, its own meta-law, by which law itself is to be judged*» (p. 575). Forse è il caso di rilevare come, per sintetizzare la natura di quel diritto comunitario-consuetudinario in cui si esprimeva il genio giuridico delle popolazioni europee (sul quale la *legal revolution* della Chiesa gregoriana avrebbe sovrapposto il «*first modern legal system, the modern canon law*» nel cui ambito sarebbe nata la nozione di diritto soggettivo) lo studioso ricorra (pp. 564-565) a un verso dell'*Antigone* di Sofocle, ove si allude a quelle leggi «...che non da oggi, non da ieri vivono, ma eterne: quelle che nessuno sa quando comparvero» (p. 185 della versione citata in precedenza). Ciò naturalmente a riprova della possibilità di ascrivere al giuridico valori non formalizzati che certe concezioni relegano al meta-giuridico.

¹³² Segnala come del tutto rivelatore il fatto che ciascuno dei tre maggiori rappresentanti del comunitarismo (Taylor, MacIntyre e Walzer) appartenga attivamente a una tradizione religiosa (il cattolicesimo per i primi due, l'ebraismo per il terzo) M. GIUSTI HUNDSKOPF, *Contextualizando*, cit.



quindi il confronto con le loro impostazioni, per il canonista - che si occupa di un diritto di *Communio/koinonìa*¹³³ -, possa essere particolarmente proficuo¹³⁴.

Infine, è da tenere presente che (così come a ogni concezione eudemonologica, compresa quella della cura) alla matrice comunitarista, cui sono riconducibili concezioni «alternative» del diritto, è rimproverabile, ed è stata rimproverata, una pericolosa vocazione «pedagogica» e «totalitaria»¹³⁵ - come quella del cristianesimo, concezione «integrale» dell'uomo.

¹³³ Sul concetto di *Communio* nel diritto della Chiesa cfr. per tutti, anche per l'apparato bibliografico, M.M. SIKIRIĆ, *La Communio quale fondamento e principio formale del diritto canonico. Studio teologico-giuridico*, Roma 2001, recensito da chi scrive in *Rev. Dr. Can.*, 51 (2001), pp. 191-192.

Nella dottrina canonistica si lamenta che la codificazione post-conciliare, non avendo potuto andare oltre i compromessi del Vaticano II in tema di ecclesiologia, renda assai problematico definire il vigente diritto della Chiesa come un vero *jus communionis*: cfr. R. SOBAŃSKI, *L'ecclesiologia del nuovo codice di diritto canonico*, ora in ID., *La chiesa. Realtà teologica e giuridica del diritto ecclesiale*, Torino, 1993, pp. 199-201, e la sottolineatura di R. BERTOLINO nella *Presentazione* al volume, p. XV. Da una prospettiva teologica rimarca l'incompatibilità tra teologia (gerarcologia) della *sacra potestas* e teologia della *communio* L. BOFF, *La visione incompleta del Vaticano II. Ekklesia: gerarchia o popolo di Dio?*, in *Concilium*, 35 (1999), p. [457]55-[467]65, il quale tende a riservare al solo paradigma della «chiesa-società» il carattere della giuridicità, che tuttavia sembra rinvenibile anche nel paradigma della «chiesa-comunione», solo che si abbandoni una concezione tradizionale del diritto. Il tema della *communitas* e della *communio* è stato ripreso dal magistero pontificio, con specifico riguardo alla comunità familiare, nella *Lettera alle famiglie (Gratissimam sane)*, Città del Vaticano, 1994.

¹³⁴ Rileva il crescente interesse degli ecclesiastici per le opere di uno tra i più noti «*communitarians*», Charles Taylor, M. TIGANO, *L'idea di libertà nella prospettiva analitica della filosofia morale contemporanea*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1997/2, p. 407. Non sembra invece che analogo interesse verso questa corrente sia dimostrato, almeno a tutt'oggi, dai canonisti, i quali forse tendono a riportarsi direttamente alla dottrina del magistero ecclesiastico sui temi sociali; d'altronde, i pochi spunti offerti dal diritto codificato (cfr. nota precedente) possono spiegare la scarsità di trattazioni di impronta esegetica.

Sul confronto tra *communitarians* e pensiero cattolico, cfr. i contributi rinvenibili in K.L. GRASSO, G.V. BRADLEY, R.P. HUNT (edd.), *Catholicism, Liberalism and Communitarism. The Catholic Intellectual Tradition and the Moral foundation of Democracy*, Boston, 1995. C. ORWIN, *Comunidad: ¿ un antidoto a la "alienación" ?*, in *Persona y Derecho*, 33-1995, pp. 253-263, si dichiara scettico sull'effettiva superabilità dei limiti dell'individualismo liberale da parte del comunitarismo, e considera strutture tradizionali come la religione e la famiglia, ancorchè in parte illiberali, maggiormente idonee a proteggere l'uomo postmoderno dall'alienazione.

¹³⁵ Cfr. I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993, *passim*; ID., *Le contrat d'union sociale en question*, in *Esprit*, 1997/10, pp. 159-187.

Per i presupposti teorici di tale vocazione cfr. G. ZANETTI, *Amicizia*, cit. Evidenzia una virtualità illiberale (non semplicemente antiliberale) del comunitarismo - che però



I filoni culturali fin qui richiamati - etica della cura, teologie femministe, filosofie contemporanee di più o meno scoperta matrice religiosa, morali che patrocinano una visione comunitaria della vita, la critica alle forme tradizionali di razionalità (cui è collegato il *revival* della retorica negli ultimi decenni)¹³⁶, e, in diritto, la *Feminist Legal Theory* e gli approcci affini¹³⁷ - pur essendo eterogenei al loro stesso interno, sono accomunati dal rifiuto del modello astratto di individuo, e sembrano aver determinato una nuova atmosfera nel dibattito teorico degli ultimi anni, nel corso del quale sono state diffuse e volgarizzate. Si è forse in uno di quei momenti in cui la velocità di circolazione delle idee raggiunge il punto critico che permette la sintesi dei differenti punti di vista, o per lo meno la mutua influenza, uno scambio di apporti, che coinvolge anche, in primo luogo, i moderni eredi della tradizione liberale-formalista-proceduralista¹³⁸.

sembra dileguare se si guardi a quella comunitaria come a una teoria sociale, piuttosto che a una teoria politica normativa - S. VECA, *Il paradigma delle teorie della giustizia*, in S. MAFFETTONE - S. VECA (edd.), *Manuale*, cit., p. 191.

¹³⁶ «L'interesse per la retorica rinasce con la problematizzazione del concetto di ragione, con la crisi della ragione analitica»: L. GIANFORMAGGIO, *Retorica*, cit., p. 637.

¹³⁷ Quella parte della *Feminist Legal Theory* che ha stretti rapporti col movimento dei *Critical Legal Studies*, anch'esso espressivo di un'istanza revisionista verso la tradizione liberale, è nota come *Fem-crits*.

¹³⁸ Una simile ipotesi sincretista sembra adombrata da M. VIDAL, *Manuale*, cit., pp. 286-287. A proposito della recente evoluzione circa i nessi tra giustizia e carità nelle esperienze giuridiche profane, S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, 1991, pp. 25-26, assembla una bibliografia di autori dall'orientamento quanto mai diverso (dal proceduralista Habermas al neocomunitarista MacIntyre), i quali tuttavia sembrano convergere verso una metaregola che potrebbe ravvisarsi nel modello del dialogo; e richiama i moderni eredi della grande tradizione di pensiero dell'ebraismo, secondo i quali l'essere di ogni soggetto è situato « ...nella relazione con l'altro, risultando necessario superare l'incompletezza di ogni giustizia attraverso lo stimolo dell'amore, che solo può costituire la "legittimità di ogni legalità" » (pp. 26-27). L'Autore è tornato criticamente sulle concezioni esclusivamente proceduraliste del diritto, disancorate da una base sostanziale, in *L'ultimo diritto*, cit., pp. 59-60. in nota, 167 e ss., precisando, tuttavia, che i rilievi si appuntano su « ...una nozione di "processo" che si risolve in un'"analisi" o in un "gioco" fini a sé stessi, anziché in una procedura aperta alla massima valorizzazione di chi vi partecipa » (pp. 168-169, in nota).

A una prospettiva compatibilista tra *liberals* e *communitarians* si è già fatto cenno nel testo (un autorevole pessimismo è tuttavia espresso, al riguardo, da R. BODEL, *La filosofia del Novecento*, Roma, 1997, pp. 171-176). Rendono poi onore alla metaregola del dialogo i dibattiti Rawls-Habermas (ora documentati in J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, trad. it., Milano, 1998, ove il francofortese propone pure una via di riassorbimento del comunitarismo; e sulle concessioni di Rawls a certe istanze comunitariste cfr. anche S. VECA, *Il paradigma*, cit., pp. 191-194), o i correttivi proposti da Ricoeur al modello di discussione habermasiana (cfr. *Le paradigme de la*



5 - Uno *jus o potestas pro persona* come categoria della «cura»?

5.1 - Cura, responsabilità, diritti: l'opportunità di riconsiderare le categorie giuridiche tradizionali

5.1.1 - La responsabilità verso l'altro dell'amicizia

Per esempio, il contributo ricavabile dai *Gender Studies* può vedersi saldato con un tema tipico del personalismo moderno (o delle prospettive filosofiche che gli sono in qualche modo contigue o ne costituiscono lo sviluppo), quello della *responsabilità*¹³⁹: la responsabilità è innanzi tutto (ontogeneticamente, verrebbe da dire) cura di un altro essere, come mostra il paradigma primordiale del rapporto madre-bambino, che fonda, secondo l'«etica del *care*», la particolare modalità del senso di giustizia femminile¹⁴⁰. Se lo si dovesse utilizzare per - ad esempio - sostanziare una struttura di riconoscimento reciproco in grado di dare un senso pregnante al rapporto di coppia (para-coniugale o coniugale che sia), esso potrebbe venire rielaborato in due passaggi: prima, generalizzandolo a condizione dell'intero universo degli esseri umani, secondo la proposta di Habermas - che fonda così la necessità

traduction, in *Esprit*, 1999/6, pp. 8-19) o la sua critica alla rawlsiana *Theory of Justice*, o la simpatia del filosofo francese per le tesi di Walzer (veicolate in Francia dagli eredi del « personalismo comunitario », raccolti attorno la rivista *Esprit*). Sulla ricezione di Habermas presso alcune correnti del femminismo cattolico, *infra* la nota 141; è poi noto l'influsso di Ricoeur, in Italia, sulle ricerche personalistiche, condotte in una prospettiva di genere, da A. Danese e G.P. Di Nicola, della quale ultima si è già ricordata (*supra*, nt. 80, in fine) l'interpretazione in termini di « cura » dei concetti di potere, fragilità, responsabilità in Ricoeur.

Una pista di sintesi nel senso accennato è tracciata da A. HONNETH, *Etica del riconoscimento. Come integrare gli argomenti aristotelico e kantiano, alla ricerca di un aggiornato approccio alla moralità. Etica del riconoscimento, morale della cura, comunitarismo: un confronto produttivo*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia* 97, pp. 106-115; cfr. anche V. FRANCO, *Etiche possibili*, cit., pp. 159-201.

¹³⁹ Sul tema della responsabilità si richiama soltanto, tra una vastissima letteratura, l'interessante saggio di F. LERBET-SERENI, *Relation et éthique de la responsabilité*, 1998, in *Modélisation de la Complexité - Association pour la Pensée Complexe*, da <http://www.mcxapc.org/ateliers/10/lerbet1.hatm>, che contiene una bibliografia ragionata.

¹⁴⁰ È stata notata (cfr. M. REICHLIN, « Non uccidere » come norma etica fondamentale, in *Riv. Teol. Mor.*, 28:1996, p. 530) una perfetta convergenza tra Gilligan e Jonas nell'individuare la forma archetipica della responsabilità nella domanda di cura dell'indifeso piccolo d'uomo: cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it., Torino, 1993², pp. 162-168.



del rispetto reciproco, del riguardo l'uno per l'altro¹⁴¹ -; poi, specificandolo rispetto alle peculiarità del rapporto.

Quanto al primo passaggio, può rilevarsi che, sebbene nella sua forma originaria e «primordiale», costituita dal rapporto madre/bambino, la cura sia un rapporto per definizione asimmetrico, una volta contestualizzata in un rapporto interpersonale tra creature ugualmente fragili dal punto di vista ontologico, l'«incrocio» tra le due «asimmetrie», dato dalla reciprocità, dà luogo a una simmetria¹⁴².

Quanto al secondo passaggio, se «essere responsabili equivale a riconoscersi reciprocamente uguali e partecipare al discorso comune per stabilire norme giuste e fonderne l'universalità»¹⁴³; e se il discorso nell'ambito di un'unione di vita deve considerare le persone codialoganti non semplicemente come soggetti autonomi (titolari dei diritti «atomistici», giusti o sbagliati, di Wolgast), ma anche e soprattutto come soggetti singoli biograficamente individuati e interdipendenti: sembrerebbe allora che la relazione debba inclinare più verso l'amicizia che verso la giustizia in senso stretto-«maschile»:

Ciò che distingue la relazione con l'altro nell'istituzione dalla relazione di amicizia nel faccia a faccia, è precisamente questa mediazione delle strutture di distribuzione, alla ricerca di una proporzionalità, degna di essere chiamata equa. [...] non bisogna

¹⁴¹ Cfr. J. HABERMAS, *Teoria della morale*, Bari, 1994, pp. 12 e 98.

Habermas esercita, con la sua ermeneutica critica, un influsso specifico sull'impostazione teorica di alcune ricerche del femminismo cattolico, sulle quali cfr. J. FIELD-BIBB, *Le donne verso il sacerdozio nella chiesa romano-cattolica*, in *Concilium*, 32 (1996), ed. it., pp. 134-135. In effetti lo stesso Habermas considera la propria teoria dell'agire comunicativo un cambiamento di paradigma che sostituisce alla soggettività individuale una intersoggettività comunicativa.

¹⁴² In Jonas la vulnerabilità rende asimmetrico il rapporto di cura - che si identifica con la responsabilità -, di modo che risulta impossibile la reciprocità fra pari (cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., pp. 119 e ss.); mentre per Habermas la vulnerabilità fonda, con le morali della compassione, la necessità, come si è accennato, di un rispetto reciproco (cfr. J. HABERMAS, *Teoria della morale*, trad. it., Roma-Bari, 1994, pp. 11-13). Per un parallelo tra i due filosofi sul punto cfr. V. FRANCO, *Etiche possibili*, cit., pp. 10-11 e 161-163, che imposta pure il problema di come possa il paradigma del rapporto ineguale madre-bambino temperare i rapporti di reciprocità coinvolgenti individui adulti e autonomi (pp. 196-198). F. OST, *Du contrat à la transmission. Le simultanée et le successif*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 1998/3, pp. 453-475, rileva l'ostacolo costituito dal contrattualismo delle teorie della giustizia dominanti, che concepiscono il rapporto obbligatorio come intercorrente tra soggetti pressoché uguali e impegnati in scambi sinallagmatici, laddove è invece necessario allargare la comunità etica a soggetti con cui ci si trova in relazione asimmetrica.

¹⁴³ Così sintetizza il pensiero di Habermas sul punto V. FRANCO, *Etiche possibili*, cit., p. 176.



attendarsi dalla relazione di giustizia in un sistema di distribuzione quel tipo d'intimità che raggiungono le relazioni interpersonali sigillate dall'amicizia. È ciò che fa precisamente della categoria del ciascuno una categoria irriducibile all'altro della relazione amorosa o amicale. [...] In altre parole, sotto il termine altro, bisogna distinguere due idee distinte: l'altro e il ciascuno; l'altro dell'amicizia e il ciascuno della giustizia¹⁴⁴.

E se non è ammissibile considerare il consorte di una vita come un « ciascuno » cui si deve ciò che spetta in giustizia (secondo l'idea di un [certo] stretto diritto); se tale consorte è piuttosto l'altro nella sua irriducibilità di individuo prescelto: sembrerebbe allora che si debba superare pure l'identificazione tradizionale della giustizia con l'equa proporzionalità (sulla quale sono stati innestati, in età moderna, i diritti «atomistici») a meno di risospingere l'«amicizia coniugale» o para-«coniugale» fuori del diritto. Ci si ritrova così, ancora una volta, su quel «suolo assai meno sicuro» di cui parlava Jemolo, ma non è detto che il diritto - per lo meno un diritto la cui vocazione umanistica tenda a superare la rigidità degli schemi formali ricevuti, come per esempio quello canonico - non possa sviluppare strumenti tecnici per edificare con sicurezza su almeno parte di questo terreno. Ove infatti si tratti di mediare le categorie giuridiche dell'individualismo egoistico con quelle della responsabilità¹⁴⁵, si può lucrare il lascito positivo del primo consistente in quell'universalismo che ha esteso virtualmente ad ogni

¹⁴⁴ Cfr. P. RICOEUR, *Persona, comunità e istituzioni. Dialettica tra giustizia e amore*, San Domenico di Fiesole, 1994, pp. 81-82.

¹⁴⁵ Come è stato notato, uno dei caratteri più rilevanti del diritto del ventesimo secolo, che lo contraddistingue dal precedente, « è la riscoperta, magari inconsapevole e nelle forme oggi possibili, di aspetti propri [della tradizione dei diritti dell'umanesimo cristiano] [...], in cui si assume che ogni ente, e tra questi l'uomo, abbia nell'Universo un suo "giusto posto", conforme all'ordine del creato. [...] Qui, il diritto non è pretesa al rispetto dell'autodeterminazione individuale che si dà liberamente i propri contenuti, ma la pretesa di poter agire nel senso dovuto alla stregua di una ragione, o di un ordine o di una legge universali. Non dunque poter agire secondo la propria libertà (come è per la tradizione moderna) ma poter agire secondo il proprio dovere. Questa concezione difficilmente è conformabile all'idea moderna dei diritti ma corrisponde piuttosto alla vecchia idea dello *status*. Se si vuol parlare di diritti, se ne dovrà parlare come pretese di *status*, cioè come riflesso di un ordine necessario in cui ciascun soggetto è inserito, indipendentemente dalla sua volontà » (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 105-106). Ora, potrebbe rilevarsi (oltre al fatto già segnalato che l'individualismo annovera tra le sue ascendenze il pensiero scolastico, anche negli aspetti giuridici) che pure la nozione di «pretesa di *status* », e forse anche quella di « *status* » stessa, potrebbe considerarsi a tal punto rigida - in quanto prodotte da una concezione « maschile » del diritto - da non soddisfare le esigenze della responsabilità, a misura che si esaurisse in formula riassuntiva di un fascio di diritti (e correlati doveri) « atomistici ».



soggetto l'istanza di libertà (e in particolare ad ogni soggetto a prescindere dal suo sesso). Tale universalismo, espresso giuridicamente dal principio di uguaglianza formale e, nei rapporti interindividuali, dalla forma contrattuale che assume più o meno artificialmente l'uguale libertà dei soggetti, richiede però di essere depurato dalle ambiguità che lo hanno caratterizzato una volta applicato al modello di tipo «matrimoniale» di vita in coppia, dove il principio di parità tra le parti è rimasto circoscritto ad alcuni momenti di «stretto diritto»¹⁴⁶. Ciò che si potrebbe fare estendendolo oltre questi limiti e riferendolo a una situazione giuridica *funzionale* al bene (non solo proprio ma anche) dell'altro (*infra*, 5.1.2.).

Esteso agli aspetti «spirituali» del rapporto - o di «non-diritto» per una prospettiva tradizionale - il principio contrattuale di parità, allora, in quel «contratto» che è il rapporto di coppia (coniugale o non coniugale che sia)¹⁴⁷, garantirebbe, se non l'amicizia o l'amore - che probabilmente il diritto, *quanto al nucleo più interno e soggettivo*, continuerà soltanto a lambire - almeno le condizioni di possibilità del dialogo e di quel tipo di rispetto che dell'amicizia sono il presupposto¹⁴⁸;

¹⁴⁶ Nel diritto canonico, in particolare - che pure ha dato impulso decisivo all'idea universalistica riconoscendo la soggettività della donna in sede di libertà matrimoniale - il principio di parità assoluta, nella sua dimensione teorica, è stato per lo più circoscritto, sino praticamente ad oggi, all'uguale libertà nell'assentire alla costituzione del legame e, nell'ambito del contenuto dello stesso, all'uguale diritto di pretendere l'adempimento dello *jus in corpus*.

¹⁴⁷ Su quanto l'idea di parità contrattuale si possa rivelare ambigua, in relazione al matrimonio nella cultura dell'Occidente, e su come, in ogni modo, questa idea di parità nel rapporto, svincolata dalla forma-contratto, debba sviluppare le sue potenzialità, cfr. C. PATEMAN, *Il contratto*, cit., pp. 200-244 e 284-303.

¹⁴⁸ Sembra infatti salutare por mente a «...una cosa spiacevole, ma fondamentale: nessun diritto, neppure l'ottimo, potrà mai esonerare dall'impegno diretto per la persona, con la persona; faccia a faccia, vita a vita, lungo gli anni, attraverso fallimenti, rialzamenti e ricadute. Il migliore diritto non potrà mai essere quello che rende superfluo questo impegno; sarà quello che meglio lo rende possibile ...»: cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Marginalità civilistiche*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, (a cura di N. LIPARI), Roma-Bari, 1974, p. 566. Pur considerando l'amicizia come una direzione di sviluppo della persona *apparentemente* ben poco accessibile al diritto, e certamente contrapposta alle categorie dell'individualismo, l'Autore giunge a immaginare un «diritto all'amicizia» che sembrerebbe classificabile tra i diritti pubblici soggettivi, in base a un sillogismo in cui premessa maggiore è l'esistenza nell'ordinamento di una clausola che orienta le energie del sistema verso la promozione della persona; premessa minore la constatazione che il mezzo forse fondamentale per lo sviluppo della persona è l'amicizia; conclusione, che nell'ordinamento si configura un «diritto all'amicizia». «L'impressione di paradosso nasce solo dal fatto che anche qui incontriamo i limiti dell'attuale diritto e forse del diritto *tout court*. Non è necessario insistere: diritto significa esigibilità, e l'amicizia è spontanea; diritto significa tipicità, ruolo, e l'amicizia significa individualità irripetibile, concreta e totale, intimità



dialogo che non si dà, secondo Aristotele, Tommaso e gli epigoni di entrambi, nell'« amicizia » tra superiore e inferiore, come quella del padre verso il figlio o del marito verso la moglie (cfr. *Etica nic.*, VIII, 7, 1158b, 11-14; *In X. libros ethicarum ad Nicomacum, ad locum*)¹⁴⁹.

5.1.2 - Un diritto («debole», e della cura) dell'amicizia?

personale; diritto significa tecnica, previsione, sicurezza, e amicizia significa grazia; diritto significa 'servizi', interventi specialistici [...], amicizia significa incontro semplicemente e generalmente umano » (*ibidem*, p. 570). Se però il sillogismo ha una sua logica interna, esso costituisce stimolo a un ripensamento dell'idea stessa di giuridicità, che può essere considerata sotto una luce critica ove la si pensi in tensione tra le esperienze dell'individualismo occidentale e quelle dei sistemi culturali che si pongono agli antipodi rispetto ad esse: cfr. ID., *Vinaya-Pithaka, o il diritto come tecnica per la comunicazione dell'ineffabile*, in ID., *Terre. Terra del Nulla Terra degli Uomini Terra dell'Oltre*, Milano, 1989, pp. 448-472. Riordinando in un quadro sistematico - sia pure in forma di prospettiva di ricerca - tali tematiche, Lombardi Vallauri ne ha offerto una rielaborazione in *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, in R. ORECCHIA (ed.), *Il problema del « metagiuridico » nell'esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, Milano, 1984, pp. 57-82.

«The conceptual disarray of legal scholarship has become so familiar to us that we have ceased to regret it. Any suggestion that some new synthesis — or worse still, paradigm — is imminent would generally be regarded as naive. Nonetheless, a survey of current legal scholarship and of developments in related fields suggests that a new approach, combining several current trends into a comprehensive framework for scholarship discourse, is in fact a realistic possibility»: E.L. RUBIN, *The new legal process, the synthesis of discourse, and the microanalysis of institutions*, in *Harvard Law Review*, 109 (1996), p. 1393. Sulla sfida che oggi si delinea, a ripensare i modi stessi della giuridicità, cfr. gli atti del 17th IVR World Congress, *Challenges to law at the end of the 20th century 17th IVR World congress Bologna, 16-21 june, 1995*, 7 voll., Milano, 1995 e in particolare i contributi di C. Mackinnon, V. Held, F. Ost, J. Habermas, R. Dworkin, A. Sen. Le tematiche dell'assise sono riepilogate da M. TALLACHINI, *Nuove sfide all'assolutezza dei diritti e del diritto*, in *Vita e Pensiero*, 10/1995, pp. 713-719.

¹⁴⁹ Questa uguaglianza che compete alla donna uscita di minorità, comunque la si voglia declinare tenendo in conto le differenze di genere, dovrebbe costituire una garanzia contro le ambigue letture che possono farsi in nome del carattere complementare tra i sessi, il quale può prestarsi a reintrodurre un'idea di *aequitas* proporzionale inclinata verso la supremazia pratica del principio maschile. Del tutto sintomatica in proposito la strategia seguita da certi autori cattolici tradizionalisti, i quali interpretano il *dictum* sulla sottomissione reciproca tra i coniugi di *Ef. 5, 21*, - valorizzato dal magistero pontificio nell'esortazione apostolica *Mulieris dignitatem* - leggendolo a partire dal passo che enuncia la «capitalità» dell'uomo (in luogo di riconoscere la prevalente portata sistematica del verso iniziale, come suggerisce l'esegesi critica più consapevole dei condizionamenti culturali gravanti sull'autore della lettera).



Se dunque l'amicizia può darsi solo tra eguali, e la personalizzazione di un rapporto è data dall'amicizia, un matrimonio «non juscorporalista» (o come altrimenti si voglia chiamare una simile unione) sarebbe una particolare, specifica struttura di «diritto all'amicizia» o di «diritto dell'amicizia»¹⁵⁰, con tutta la prudenza necessaria: se non altro nei termini di una cornice in cui si formalizza un particolare tipo di responsabilità¹⁵¹.

Potrebbe allora almeno ipotizzarsi, in luogo dello *jus in corpus*, una categoria - magari rifacendosi nel *nomen* alla *potestas* paolina di I Cor [7,4] (termine idoneo per il diritto civile a designare una situazione composita attribuita per il bene di un soggetto diverso dal titolare) - che dia conto, se non dei sentimenti interiori delle parti (difficilmente decifrabili dall'esterno), della sollecitudine verso il *partner*¹⁵². In un

¹⁵⁰ Se l'ordinamento canonico è un diritto della carità - in cui tutte le norme costituiscono specificazione del comando (dovere) della carità -, e se la carità può richiedere di andare oltre la beneficenza per instaurare un vero rapporto interpersonale, di modo tale che «...l'amicizia è per più versi necessaria al realizzarsi della carità» (L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 439), può pensarsi che, in primo luogo il matrimonio, in quanto sede di quella particolare carità che si qualifica come «coniugale», non possa prescindere da un dovere all'(attivazione, almeno, per l')amicizia. Riflessioni utilizzabili per elaborare in un diritto di ispirazione cristiana (per esempio quello canonico) tale prospettiva in G.P. DI NICOLA - A. DANESE, *Amici a vita. La coppia tra scienze umane e spiritualità coniugale*, Roma, 1997.

Sul rapporto tra carità e amicizia nel cristianesimo cfr. L. PIZZOLATO, *L'idea di amicizia nel mondo antico classico e cristiano*, Torino, 1993 (ove si sostiene la tesi che, se il cristianesimo assorbì, rispetto alla cultura pagana, l'amicizia nella carità, tuttavia non perse mai di vista la percezione dell'importanza della vita amicale), nonché la voce *Amicizia* stilata da S. DE GUIDI, in F. COMPAGNONI - G. PIANA - S. PRIVITERA (edd.), *Nuovo Dizionario di Teologia Morale*, Cinisello Balsamo, 1990, pp. 17-35 (sembra significativo che quest'opera, invece di presentare alla voce «Amicizia» il rinvio «vedi alla voce «Amore»», abbia alla voce «Amore» il rinvio «vedi alla voce «Amicizia»»). Sul rapporto tra *Amicizia*, *Carità*, *Diritto*, cfr. naturalmente l'omonima monografia di L. LOMBARDI VALLAURI, Milano, 1969.

L'idea di sostituire alla contrattazione razionale - al «contratto» - il rapporto di amicizia o quello di cura materna, come paradigma centrale su cui modellare le relazioni umane, è stata sviluppata particolarmente, come è noto, da autrici più o meno riconducibili alla prospettiva femminista. Cfr., anche per i rinvii bibliografici, V. HELD, *Etica*, cit., in special modo pp. 68-69, 82-82, 174, 211-215, 227-232, 246.

¹⁵¹ Dopo tutto, a proposito del rapporto tra l'amicizia e una struttura istituzionale (dunque giuridica) in cui calarla, se, da un lato, Aristotele afferma che quando si è amici non vi è bisogno di giustizia, dall'altro rileva che quando si è giusti c'è ancora bisogno di amicizia, e che il più alto livello della giustizia si ritiene che consista in un atteggiamento di amicizia: cfr. *Etica nic.*, VIII, 1155a, 26-28.

¹⁵² Una volta abbandonata la «...tesi di una sorta di irriducibilità tra la sfera dei sentimenti e la sfera dell'intelletto e del volere: assunta, quest'ultima, al rango di espressione unica e sintomatica dell'umanità della persona, tanto più elevata quanto



consorzio siffatto il *partner* non solo non sarebbe un *ciascuno*, ma neanche un «semplice» *altro* col quale si è stabilito un autentico rapporto interpersonale: sarebbe l'*altro* col quale si è unito il proprio destino, di modo che non si possa più distinguere ciò che è bene per ognuna delle due persone congiunte, ravvisandosi un unico (ed ulteriore?) bene per entrambe. E se si pensasse che una simile categoria riassuntiva, in quanto non sia scandita da singoli atti di esazione-attuazione «standardizzati» come potevano essere lo *jus in corpus* e il correlato adempimento del *debitum*, si ponga tra il diritto e il non-diritto con una tendenza a radicarsi in quest'ultimo¹⁵³, si tratterebbe, allora ed ancora, di vedere se un rapporto continuo di cura vada ascrivito a un diritto in senso «largo» (non esaurito dalle categorie dell'individualismo) o ad un non-diritto in senso analogamente largo (comprensivo delle categorie non riducibili all'individualismo)¹⁵⁴: a un

più libera dai condizionamenti della prima e dominante su di essa [...] la difficoltà [...] riguardo alla assoluta inesigibilità giuridica dei fatti di sentimento non è insuperabile, nonostante la sua carica provocatoria e suggestiva. Essa stessa sta e cade insieme alla concezione del diritto al cui interno si genera: quasi potesse esservi diritto solo dove c'è forza fisica o materiale e quindi possibilità di ottenere esecuzioni specifiche e puntuali delle prestazioni giuridicamente dovute. Questa idea del diritto risulta, invece, deficitaria, perché consegnerebbe all'ambito del "*non droit*" non solo le prestazioni relative ai fatti di sentimento, ma anche quelle connesse con qualsiasi fenomeno interiore o psichico di carattere immateriale, foss'anche dettato solo dall'intelletto e dalla volontà. [...] Non si può [...] negare - se non partendo, appunto, da una pregiudiziale razionalistica e volontaristica - che pure i sentimenti e gli affetti possono essere promossi, educati, curati, custoditi, sorretti e tenuti in vita da adeguati ed opportuni comportamenti oggettivamente verificabili, quindi valutabili ed esigibili pure da un punto di vista giuridico. [...] va piuttosto indagato fino a che punto, in quali contesti e con quali comportamenti gli interessi umano-personali evidenziati dai fatti di sentimento possono essere soddisfatti da prestazioni valutabili e conseguibili in sede giuridica»: cfr. S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare»*, cit., pp. 630-631

¹⁵³ Secondo Jean Carbonnier le istituzioni familiari non sarebbero tanto frammiste di diritto e costume o diritto e morale, quanto *frammentariamente* sottoposte al diritto - celebrazione del matrimonio, per esempio -, e per il resto lasciate all'[inter]regno del non-diritto. Cfr. J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, ora in ID., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1995⁸, pp. 30-31: «Il y a de long jours de non-droit, pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence, le droit l'accident. Le droit, le plus souvent, n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéressés, tandis que leur volonté implicite suffit à le tenir à l'écart» (p. 31).

¹⁵⁴ Cfr. *supra* nt. 152. Si potrebbe forse parlare di un (non-)diritto *nuancé*, «debole», in cui la proposizione (dal significato almeno pedagogico) della cura si contrappone alla giuridicità «forte» (ma velleitaria, a fronte dell'improponibilità attuale di soddisfazione coattiva) dello *jus in corpus*. Lo stesso Carbonnier, del resto, attenua la contrapposizione diritto/non-diritto riportandola a una differenza di grado, collegando il «meno» del non-diritto a un «abbassamento della pressione giuridica».



sistema normativo «dolce» (= «debole», «persuasivo», «mite», «argomentativo», «dialogico»; «curativo» della fragilità umana)¹⁵⁵.

«La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques qui susciterait le concept d'un pur néant» (J. CARBONNIER, *L'hypothèse*, cit., p. 24).

Commentando i risultati di un test di psicologia giuridica che chiedeva al campione interrogato di indicare la tecnica di giustiziabilità di un matrimonio fallito, il teorico francese ha considerato «...fort suggestif que la seule solution parfaitement juridique, savoir la séparation de corps (on était dans un pays d'indissolubilité canonique), n'ait été retenue que par 32 % des hommes et 17 % des femmes (signe très palpable d'une moindre juridicité féminine, où il n'est pas défendu d'entrevoir une supériorité)» (*ibidem*, p. 40). Che la «minore giuridicità» femminile dipenda (come in Piaget: *supra*, nt. 37) da una nozione del diritto maggiormente «maschile»? Carbonnier aggiunge in nota (*ibidem*) che la soluzione del diritto arcaico (duello, uccisione del complice, uccisione dell'adultera), preferita da una percentuale di uomini maggiore di quella delle donne, è la soluzione di un diritto maschile. Sembrerebbe un indizio per indovinare dietro l'opposizione diritto/non-diritto l'opposizione diritto «maschile»/diritto «femminile» cui ci si è sopra rifatti.

Quanto al problema dell'apposizione di confini tra diritto e non-diritto, si è autorevolmente ritenuto che in pratica non esiste un metagiuridico storico («ciò significa che qualunque assegnazione di confini insuperabili tra giuridico e metagiuridico "essenziale" comporta un margine di arbitrarietà»), e che in sede di teoria generale si dovrebbe abbandonare il riduttivo approccio *economocentrico*, «allargando» il giuridico e «restringendo» il (presunto) metagiuridico, senza per questo approdare ad esiti totalitari (L. LOMBARDI VALLAURI, *Giuridico e metagiuridico*, cit., pp. 80-81). L'antropologia del diritto, dal canto suo, tende a ricercare il diritto in un ambito molto più vasto di quello abitualmente frequentato dai giuristi positivi, sino a far sfumare il confine tra diritto e non-diritto: cfr. A. FACCHI, *L'antropologia giuridica e i suoi confini*, in A. GIASANTI - C. MAGGIONI (edd.), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Milano, Cortina, 1995, pp. 107-125.

¹⁵⁵ Si potrebbe forse rassomigliare il diritto dolce e leggero che ha per luogo d'elezione la famiglia - ove questa non sia considerata isola immune allo *jus*, né albergo preferito del *non droit* - al complesso da camera che non ha bisogno di direttore per suonare, giacché le sue dimensioni non richiedono un apparato gerarchico quale invece si fa necessario per gruppi più grandi, in cui il coordinamento dell'operare dei singoli non può essere se non centralizzato. La diversa struttura delle formazioni non toglie però che entrambe suonino musica (fuor di metafora: entrambe producano diritto, seppure di tipo diverso). L'immagine dell'orchestra sembra infatti particolarmente adatta a illustrare come siano esigenze pratiche di organizzazione, e non gli statuti ontologici del Potere, sacro o profano che sia, a richiedere forme più o meno rigide (cfr. in tal senso G. BAUM, *Riflessioni teologiche sul potere*, in *Concilium*, 35 (1999), pp. [473] 71). Naturalmente quanto sopra vale solo nell'ipotesi in cui la famiglia sia strutturata su un modello egualitario tra i coniugi e liberale nei confronti dei figli, piuttosto che atteggiarsi a formazione gerarchica, nella quale si troverà per converso un diritto tutt'altro che dolce (per esempio lo *jus vitae ac necis* del patriarca; lo *jus corrigendi* e *puniendi* di questi nei confronti della moglie e dei figli). Per questo motivo non sembra priva di rischi l'idea di giustificare come legittima la disuguaglianza all'interno delle formazioni sociali quanto più esse si avvicinino a modelli comunitari-familiari (per la dottrina civilistica italiana cfr. P. RESCIGNO,



5.2 - La pista ricoeuriana della collaborazione tra amore e giustizia (e l'«economia della gratitudine»)

Se si accetta l'ipotesi di un diritto in senso «largo» - un diritto che è anche «leggero», flessibile, non coercitivo, eccetera - dall'orientamento dichiaratamente personalista, alcune altre suggestive pagine di Paul Ricoeur possono forse tornare utili. Ricoeur infatti è tornato sul tema dei rapporti tra amore e giustizia, «avventurandosi», come lui stesso dice, «nell'esplorazione di qualche pista ove si vedrebbero collaborare l'amore e la giustizia»¹⁵⁶.

La prima delle vie additate, consistente «... nel fare dell'amore il motivo profondo della giustizia, e della giustizia il braccio efficace dell'amore»¹⁵⁷, è una dinamica costitutiva del diritto canonico, che è un «diritto comandato dalla carità»¹⁵⁸.

La seconda, che aspira a rendere feconda la sproporzione tra la logica della sovrabbondanza e la logica dell'equivalenza, propone di «imprimere sulla nostra pratica della giustizia il marchio» del «carattere sovversivo dell'amore in rapporto alla giustizia»¹⁵⁹. Particolarmente interessante, in quest'ultima prospettiva, è l'idea che il comandamento dell'amore suggerisca una reinterpretazione in senso non utilitaristico della Regola aurea, convertendo l'«io do affinché tu mi dia ...» in un disinteressato «poiché tu mi hai dato, io anche ti do»¹⁶⁰.

All'incrocio delle due piste il filosofo francese colloca una «categoria mista» di giustizia e amore in cui annovera una serie di istituti giuridici - per esempio la grazia - che «addolciscono il severo

Persona e comunità, Padova, 1987, p. 359; per la dottrina canonistica italiana A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino, 1999, pp. 124 e ss.).

¹⁵⁶ Cfr. *Giustizia e amore: l'economia del dono*, [1993], trad. it., in D. JERVOLINO, *Ricoeur. L'amore difficile*, Roma, 1995, p. 147; ma cfr. anche *Il Giusto*, trad. it., Torino, 1998, pp. 179-180.

¹⁵⁷ Cfr. P. RICOEUR, *Giustizia e amore*, cit., p. 147.

¹⁵⁸ Cfr. S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., p. 30; cfr. anche, per una trattazione pluriprospectica del tema, ID., *Giustizia e carità*, cit., *passim*.

¹⁵⁹ Cfr. *Giustizia e amore*, cit., p. 149.

¹⁶⁰ Sembrerebbe, questo, un tipo di rapporto che conserva tra i soggetti quella parità che lo stretto diritto garantisce formalmente riconoscendo uguale dignità ai soggetti contrattuali, e che pare l'aspetto positivo della tradizione contrattual-juriscorporalista del matrimonio. Più sotto, citando il Paolo della lettera ai Galati, Ricoeur applica questa funzione sovversiva dell'amore nell'impatto sulla (formale) giustizia della legislazione positiva - che storicamente ha contrastato l'ordine autenticamente giusto - ai paradigmi di radicale uguaglianza proclamati dal cristianesimo, il più importante dei quali, in questa sede, è quello uomo/donna.



rigore della legge»¹⁶¹, e che sembrano evocare molto d'appresso la tendenziale convergenza di diritto e carità caratterizzante in sommo grado il diritto canonico.

Che sia possibile catalogare sotto la categoria mista di Ricoeur anche lo *jus* o *potestas pro persona* ipotizzabile per giuridicizzare davvero personalisticamente le relazioni di tipo familiare?

Gli spunti di Ricoeur appena richiamati appartengono a uno scritto intitolato all'«economia del dono»: ad un tema, cioè, che sembra idoneo a sintetizzare - a seconda della portata inclusiva o esclusiva che gli si attribuisca - l'idea più o meno stretta della giuridicità. (È noto come la stessa canonistica di curia è divisa, in campo matrimoniale, tra chi fa del «dono della propria persona» l'oggetto del rapporto giuridico coniugale, e chi considera invece la nozione irrilevante per il diritto)¹⁶².

L'idea di dono risulta in effetti sospetta alla luce della moderna antropologia: dopo le ricerche di Mauss e di Bienveniste, non è più un mistero che la funzione sociale del dono è quella di provocare un contro-dono, determinando così un rapporto di scambio oneroso. Tuttavia le ricerche socioantropologiche più raffinate hanno distinto diverse tipologie di dono e, tra queste, hanno isolato un modello di dono reciproco che sfugge all'economia mercantile del *do ut des*, individuando, proprio nell'ambito dei rapporti familiari, una « economia della gratitudine » (Hochschild)¹⁶³ o « stato di debito reciproco positivo » (Godbout e Caillé) caratterizzati dal fatto che « A considera di ricevere da B più di quanto dia egli stesso. E anche B considera di ricevere da A più di quanto gli dia. Questo stato di debito è qualificato in parte arbitrariamente positivo perché il risultato è un eccedente per entrambi i partner »¹⁶⁴. Secondo Hochschild l'economia della gratitudine caratterizza le coppie che hanno raggiunto la maturità nel rapporto. E secondo Godbout, che ha condotto ulteriori ricerche sulla « scoperta » di Hochschild, è proprio l'esistenza di un debito reciproco positivo a mantenere saldo il legame sociale (e più in particolare familiare), mentre il « debito negativo », « quello in cui ciascuno crede di dare di più

¹⁶¹ Cfr. *Giustizia e amore*, cit., pp. 149-153.

¹⁶² Vi è comunque tutta una « retorica » canonistica (e si può discutere se sia buona o cattiva), e più in generale ecclesiastica, imperniata sull'autodonazione come categoria squisitamente personalistica. La precisa individuazione del concetto di dono sembra dunque rivestire un'importanza pregiudiziale per l'impostazione dell'intera problematica.

¹⁶³ Cfr. A.R. HOCHSCHILD, *The Economy of Gratitude*, in D.D. FRANKS - D.E. MACCARTY (edd.), *The Sociology of Emotions*, Greenwich, Conn., 1989, pp. 95-113.

¹⁶⁴ Cfr. J.T. GOUBOUT, *Il linguaggio del dono*, con un intervento di A. CAILLÉ, trad. it., Torino, 1998, p. 35.



all'altro, tende al contrario a generare una situazione di crisi»¹⁶⁵. Il fatto che la consapevolezza di aver ricevuto più di quanto si è dato (debito positivo) comporti di per sé un sentimento di vulnerabilità nei confronti dell'altro, a causa della paura di essere da questi dominato, sembra spiegare perché il riconoscimento del debito positivo sia condizionato alla reciprocità: «perché si ammetta senza pericolo di aver ricevuto più di quanto si è dato, bisogna far intervenire un rapporto di fiducia tra gli attori»¹⁶⁶.

La figura del «debito reciproco positivo» sembra dunque interessante dal punto di vista giuridico per il suo sfuggire alle nozioni tradizionali di esazione e di adempimento, creditore e debitore:

Si tratta di uno stato in cui il fatto di *restituire* - fondamento della reciprocità - tende a dissolversi come principio, al punto che al limite, in questi rapporti, non si restituisce più, si dà soltanto; o al contrario non si fa altro che restituire, dove l'importante è che la differenza tra restituire e donare si cancella e non è più significativa. [...] si ignora chi sia il debitore e il creditore; in realtà, si tende a credere che si è in debito, ma non per questo si è infelici e non si desidera essere pari¹⁶⁷.

La scoperta di un simile paradigma «*in rerum natura*» (o «*in hominum cultura*», se l'uomo è un animale culturale) sembra però pure rilevante, e massimamente, perché osta alla riduzione dei rapporti sociali (e quindi pure di quelli giuridici) al paradigma strettamente economicistico:

... il modello utilitaristico esiste, certo, ma [...] lungi dall'essere universale, tale modello dominante ideologicamente è in realtà proprio dei rapporti umani sia agl'inizi, sia immaturi. Al di fuori del quadro del mercato dove l'equivalenza è la regola e caratterizza uno stato stabile, e dello Stato, dove l'eguaglianza costituisce una sorta d'ideale, il modello egualitario mercantile utilitaristico sarebbe dunque uno stato instabile dei rapporti umani, in particolare all'interno del legame familiare.

Se questa conclusione è dotata di una qualche verosimiglianza, si possono immaginare tutte le conseguenze delle ideologie che auspicano la generalizzazione di tale modello all'insieme dei legami sociali, e in particolare ai legami familiari, e più specificamente ai rapporti di coppia¹⁶⁸.

¹⁶⁵ J.T. GODBOUT, *Il linguaggio*, cit., p. 50.

¹⁶⁶ J.T. GODBOUT, *Il linguaggio*, cit., p. 51.

¹⁶⁷ J.T. GODBOUT, *Il linguaggio*, cit., pp. 58-59.

¹⁶⁸ J.T. GODBOUT, *Il linguaggio*, cit., p. 52.



In positivo, la nozione di dono centrata (non tanto sulla gratuità, se chi dona è consapevole di aver ricevuto, quanto piuttosto) sulla libertà (perché si dona con l'intenzione di non obbligare l'altro, rinunciando alla garanzia sociale della restituzione) «... introduce l'inatteso, la sorpresa come fenomeno essenziale dei legami sociali.

S'introduce la grazia, direbbe il poeta; la singolarità, l'aleatorio, l'indeterminazione, l'incertezza, direbbe lo scienziato»¹⁶⁹.

S'introduce, direbbe forse un certo tipo di canonista, il *kairos* e la tensione (certa) verso la realizzazione (incerta) della *caritas*¹⁷⁰.

S'introduce, direbbe certo un certo tipo di giurista (anche canonista) la perdita della certezza (formale) nelle relazioni sociali che è garantita da una interpretazione economicista del diritto¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. A. CAILLÉ, *Le buone ragioni di donare*, trad. it. in J.T. GODBOUT, *Il linguaggio*, cit., pp. 82-83.

¹⁷⁰ Come è stato detto proprio a commento dell'idea di «debito reciproco positivo»: «Il dono può essere letto in definitiva come la *testimonianza simbolica dell'auspicabilità dell'incertezza*: se s'intende quest'ultima come ciò che consente, dentro un legame sociale non garantito ma intensamente desiderato, la dinamicità, la permanente rinegoziazione dei ruoli e delle relazioni, la riattivazione degli stati emotivi rimossi o opacizzati, l'adeguamento delle forme del convivere a livelli sempre nuovi e consoni al crescere della complessità» (E. PULCINI, *L'individuo*, cit., p. 211; corsivo nell'originale).

¹⁷¹ Quella che è forse la più rilevante trattazione filosofico-teologica di parte cattolica sul «dono» nei rapporti familiari, dovuta al gesuita A. MATTHEEUWS (*Les «dons» du mariage. Recherche de théologie morale et sacramentelle*, Bruxelles, 1996) sembra ignorare la nozione di «debito reciproco positivo» elaborata dai ricercatori sopra citati (la bibliografia generale del volume censisce per gli studi di antropologia culturale, oltre a Mauss, solo A. CAILLÉ, *Don, intérêt et désintéressement*, Paris, 1994, senza riscontrarne d'altronde l'utilizzo nelle note). Tuttavia, nel rifarsi all'*onto-do-logie* del filosofo Claude Bruaire, l'Autore accede a un'idea di dono come fondato su una «ouverture aux autres et ouverture au monde» che comporta il rischio di risolversi nell'isolamento del rifiuto, di negare l'altro (pp. 48-49), e si rifà a «ce que Cl. Bruaire appelle la "tache aveugle"», derivante dall'impossibilità per il soggetto di restituire ciò che ha fondamentalmente ricevuto, cioè se stesso. «...la "tache aveugle" est le rappel constant de cette infirmité ontogénique. Les termes de l'échange sont asymétriques. Il ne s'agit pas d'un don et d'un "contre-don", d'un "donnant-donnant". Cette image commerciale issue du monde de l'avoir permettrait à chaque sujet de "rendre ce qu'il est". Au contraire, cette "tache aveugle" est le sceau du don que l'être d'esprit est en soi et pour les autres. La gratuité est inhérente au don qu'il est et elle est un critère de son existence et de son agir. Cette «gratuité» de son être-de-don renvoie, sans pouvoir l'égaliser en générosité, à l'absolu du don, au don absolu. [...] Si la dette est "insolvable", elle n'en disparaît pas pour autant. En fait, c'est dans son être même que l'homme s'éprouve en-dette. Cette situation difficile (de ne pas pouvoir "rendre"), loin de le pousser au désespoir, inscrit en lui une tension, un dynamisme» (p. 59). Quella di Bruaire riassunta da Mattheeuws si direbbe quindi una intuizione filosofica non lontana né dalle considerazioni ricoeuriane su logica della sovrabbondanza e



5.3 - La pista levinasiana del *visage* (e la razionalità concreta dell'empatia)

Interpretando pessimisticamente la vicenda culturale del diritto soggettivo, Sergio Cotta ha visto confluire in una sintesi libertaria (in senso deteriore) i filoni, originariamente separati, del giusnaturalismo illuminista e del positivismo giuridico. Lo sbocco finale di questo processo è stato, secondo la sua lettura, il trionfo, nella cultura contemporanea, della volontà pura, del delirio narcisistico di onnipotenza del soggetto, e dunque dell'incomunicabilità tra le persone, che non come tali si riconoscono l'una per l'altra, ma come oggetti. Anche il diritto, in ritardo rispetto a questo processo, starebbe per riscontrarne nelle sue forme gli esiti estremi. In un quadro di tal genere, l'idea stessa di responsabilità è sul punto di dissolversi¹⁷².

logica dell'equivalenza, né dalla scoperta «sul campo» dell'*Economy of Gratitude* di Hochschild, rielaborata da Godbout e Caillé nella nozione di «debito reciproco positivo». A sua volta, se la circostanza può essere significativa, prospettando l'allargamento dello stato di debito positivo a una «rete molto più grande che, al limite, include il cosmo e Dio», Godbout fa sua la definizione di S. Tommaso del debito di riconoscenza: «...la conseguenza e come l'espressione di un debito di affetto, da cui nessuno deve desiderare di essere libero» (*Il linguaggio*, cit., pp. 66-67).

Il *Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales* (MAUSS), sorto a Parigi nel 1980, pubblica la *Revue du MAUSS*. Alain Caillé, uno dei suoi fondatori, è autore del «manifesto» *Critica della ragione utilitaria*, trad. it., Torino, 1991, e, in collaborazione con Jacques T. Godbout, de *Lo spirito del dono*, trad. it., Torino, 1998²; alcuni dei contributi di Caillé sono ora raccolti in *Il tramonto del politico. Crisi, rinuncia e riscatto delle scienze sociali*, trad. it., Bari, 1995, e in *Il terzo paradigma. Antropologia filosofica del dono*, trad. it., Torino, 1998. Sugli autori e le teorie del MAUSS circa il dono cfr. in particolare, anche per le riflessioni sulla riconducibilità del «dono» all'*agàpe* cristiana, E. PULCINI, *L'individuo*, cit., pp. 176-226, la cui analisi rileva «...una convergenza tra la forma di responsabilità concreta e contestuale che prende corpo all'interno della teoria del dono e la responsabilità come *cura* dell'altro, delineata da Carol Gilligan a partire dalla valorizzazione della differenza femminile» (p. 225; corsivo nell'originale).

Per un quadro teorico che si discosta da quello del MAUSS, cfr. M. HÉNAFF, *Le Prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Paris, 2002, sul quale si vedano le riflessioni di vari studiosi e l'*entretien* con lo stesso Autore pubblicati nel fascicolo 2, février 2002, di *Esprit*, pp. 119-193 (J.T. Gadbout e M. Hénaff hanno dibattuto recentemente nella *Controverse* ospitata nelle colonne di *Esprit*, 2, février 2003, pp. 155-167). E per un'analisi della posizione «cattolica», B. CLAVERO, *La Grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, Paris, 1997.

Per la ricezione da parte dei giuristi delle nuove prospettive antropologiche, cfr. T. MARCI, *L'ordine del dono*, in *Soc. Dir.*, 1999, pp. 123-157.

¹⁷² Cfr. S. COTTA, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, in *Arch. Phil. Dr.*, 22(1977), pp. 23-30. L'Autore ha confermato, in rapporto al contemporaneo trionfo della «Nonfamiglia», la sua diagnosi pessimista: cfr. ID., *La famiglia nei suoi principi antropologici ed etico-giuridici*, in E.W. VOLONTÉ (ed.), *La famiglia*



Ritornando in termini propositivi sul tema, l'insigne Autore, alla ricerca di una fondazione ontologica di una categoria a sua volta così « fondante » - e di una fondazione in grado di sorreggere una concezione autenticamente umanista del diritto (oggettivo) - ha individuato nelle analisi di Husserl, e, più in particolare, in quelle di Lévinas, gli strumenti teorici più adeguati¹⁷³.

La filosofia di Lévinas, in effetti, sembra molto interessante a questo scopo, perché si pone, come è noto, al crocevia di due tradizioni, quella di Atene e quella di Gerusalemme¹⁷⁴. La tradizione di pensiero occidentale culminata nell'idealismo (e prolungatasi per filiazione diretta nella fenomenologia), in quanto radica nel razionalismo greco¹⁷⁵, soffre di quell'astrattezza - riconducibile a uno stile di pensiero «maschile» - che ha portato la morale e il diritto a ipostatizzare un modello di agente irreali (il soggetto «atomistico» di cui sopra). Risulta allora di grande importanza, ai fini dell'individuazione dei limiti di quel modello, un'opera come quella del filosofo lituano, che da un lato non riesce a pensare la filosofia se non nella "lingua di Atene", dall'altro però intende recuperare all'Occidente la tradizione di Gerusalemme - l'idea che il soggetto è in primo luogo *creatura* - al fine di neutralizzare l'idealismo ateista che deriva dal pensiero greco. Il tema del *visage*, infatti (il tema dell'umanità di Dio, che si cela dietro il

alle soglie del III millennio, Atti del Congresso europeo, Lugano, 21-24 settembre 1994, s.l., s.d., pp. 5-13.

¹⁷³ Cfr. S. COTTA, *A la recherche du droit subjectif*, in *Arch. Phil. Dr.*, 35(1990), pp. 81-85.

¹⁷⁴ Il rapporto tra queste due componenti è il filo conduttore di L. STRAUSS, *Gerusalemme e Atene. Studi sul pensiero politico dell'Occidente*, trad. it., Torino, 1998, e da esso prende le mosse P. PRODI, *Una storia*, cit. Cfr. inoltre S.S. AVERINCEV, *Atene e Gerusalemme. Contrapposizione e incontro di due principi creativi*, Roma, 1994, nonché O. FRANCESCHELLI, *Filosofia contro salvezza*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia*, 2/2000, pp. 258-276. Sulla dimensione neo-ebraica del pensiero contemporaneo cfr. due numeri monografici che *Aut Aut* ha dedicato all'argomento: 209-210 (1985) (*A partire da Lévinas. La passività del soggetto, l'ombra dell'essere, l'enigma dell'idea*) e 211-212 (1986) (*Di alcuni motivi dell'ebraismo*).

¹⁷⁵ «Je pense que ce type de raison, qui nous vient peut-être des Grecs et a subi beaucoup de transformations (beaucoup plus qu'un rationaliste naïf pourrait le croire), qui s'exprime, par exemple, dans la rationalité économique du système capitaliste, qui est une rationalité économique de calcul, d'efficacité, etc., porte témoignage qu'il y a un énorme champ de la vie sociale qui reste en dehors, dans l'ombre, par rapport à sa façon de poser les problèmes». Cfr. J.-P. VERNANT, *Questions de méthode*, in ID., *Entre mythe et politique*, Paris, 1996, p. 133. Sul pensiero di questo studioso, cui «toute une génération doit d'avoir un "savoir grec"», cfr. G. SAMAMA, *Jean-Pierre Vernant. Soi-même comme un Grec*, in *Esprit*, 1998/6, pp. 107-132, e A.M. IACONO, *Autonomia, potere, minorità. Del sospetto, della paura, della meraviglia, del guardare con altri occhi*, Milano, 2000, pp. 66 e ss.



volto dell'altro), corregge l'impersonalità degli imperativi (categorici e no) in quanto "[l]a posizione originale di Lévinas sta nel concepire l'«imperativo categorico» dell'etica non come scaturente da un imperativo anonimo e informale bensì come scaturente da un appello personale concreto, ossia dall'appello del volto individualissimo dell'altro uomo"¹⁷⁶.

Si recupera così l'empatia nei confronti del debole¹⁷⁷ (in Lévinas l'altro si presenta sempre come debole, come volto nudo che oppone al potere omicida l'infinito della trascendenza etica, gridando "non uccidere!")¹⁷⁸ - con buona pace del disprezzo nietzschiano per la religione della compassione, e della volontà di potenza del soggetto -: traducendo l'empatia in diritto come principio di giustizia materiale, valore previo rispetto a ogni formalizzazione (con il che ci si ricongiunge alla tradizione giusnaturalistica: alla sua parte migliore, dalla quale si è scorporata la componente individualistico-«atomistica»)¹⁷⁹.

Si recupera, cioè - con buona pace delle istanze di purezza metodologica *à la* Kelsen -, la concezione ebraico cristiana della carità; la quale, in quanto costituita da una logica propria (che non è la logica economicista, e neanche semplicemente, forse, del non corrispettivo)¹⁸⁰, è una forma di razionalità¹⁸¹. Razionalità *concreta*, e non astratta -

¹⁷⁶ Cfr. G. FERRETTI, *La filosofia di Levinas. Alterità e trascendenza*, Torino, 1996, p. 125, in nota, con rimandi ulteriori. Tra gli innumerevoli studi dedicati al filosofo del *visage*, cfr. in particolare il capitolo quarto di D. FARIAS, *L'ermeneutica dell'ovvio. Studi sulla esplicitazione dei principi più evidenti*, Milano, 1990 (pp. 97-171), e segnatamente le pp. 135 e ss., relative all'idea di giustizia nell'autore di *Totalità e Infinito*.

¹⁷⁷ Si veda in generale F. COHET-CORDEY (sous la direction de) *Vulnérabilité et droit. Les développements de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, 2000.

¹⁷⁸ Cfr. per esempio *Totalità e Infinito*, cit., p. 204.

¹⁷⁹ «Alla giustizia-eguaglianza non si arriva procedendo dal basso dell'egoismo che mediante la ragione calcolatrice soppesa fini e mezzi e scarta perché inutili e non remunerative le vie della guerra. Alla giustizia si perviene dall'alto della fraternità responsabile»: così sintetizza il pensiero di Lévinas D. FARIAS, *L'ermeneutica*, cit., p. 151, che richiama i luoghi del filosofo utilizzati per tale ricostruzione.

¹⁸⁰ Rispetto a una nozione tradizionale del dono - ma non rispetto a quella richiamata nel sottoparagrafo precedente, incentrata non tanto sulla gratuità quanto piuttosto sulla libertà - sembra più proficua, per tematizzare personalisticamente i rapporti familiari l'idea - tipicamente levinasiana - di «accoglienza» o «ospitalità», sulla quale J. DERRIDA, nell'omaggio ora tradotto in S. PETROSINO (ed.), *Addio a Emmanuel Lévinas*, Milano, 1998; ID., *Sull'ospitalità*, trad. it., Milano, 2000 (con un invito di A. DUFOURMANTELLE). Cfr. anche G. LORIZIO, *L'accoglienza dell'«Altro» in alcune figure del pensiero filosofico moderno e contemporaneo*, in ID., *Rivelazione cristiana, Modernità, Postmodernità*, Cinisello Balsamo, 1999, pp. 166-169.

¹⁸¹ E forse anche di santità (il che è particolarmente appropriato quando si tratta di teologizzare e giuridicizzare la relazione con l'altro in un diritto religioso come quello



«femminile», giusta gli stereotipi che vogliono il pensiero maschile più propenso alle generalizzazioni astratte, e quello femminile tendente alle contestualizzazioni del caso particolare (*supra* 3.), suggerendo l'idea di una giustizia (e una morale) di tipo «femminile» diversa da quella tradizionale («maschile») prevalente nella cultura occidentale¹⁸². Tanto più il pensiero levinasiano sembra tracciare una pista promettente, in quanto «la relazione con l'alterità femminile diviene [...] in Lévinas un'imprescindibile condizione di possibilità della relazione etico-metafisica con Altri, perché rende possibili quei nuovi rapporti con il mondo, quali il possesso e la rappresentazione, che dovranno sostanziare concretamente tale relazione»¹⁸³.

5.4 - Per un'ipotesi di nuove categorie positive

Forse si può a questo punto richiamare utilmente una certa tradizione dell'illuminismo giuridico, colta in un momento in cui non era ancora degenerata nell'autoesaltazione del soggetto irrelato, cui ci si è rifatti per riabilitare la figura del diritto soggettivo¹⁸⁴. In essa l'idea di *dominium* non è quella di una pura proiezione volontaristica, ma partecipa in qualche modo di una intonazione sentimentale-emotiva nell'accezione spinoziana del *Trattato sulle passioni*, e sfocia in una visione ottimistica della categoria¹⁸⁵. Essa teorizza un *Urrecht* che «...

canonico). J. Derrida ha detto che «... la nozione levinasiana di giustizia si avvicinerebbe piuttosto all'equivalente ebraico di ciò che tradurremmo forse con santità» (cfr. J. DERRIDA, *Diritto alla giustizia*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO, *Diritto*, cit., p. 26).

¹⁸² Forse non è del tutto incongruo far cenno qui alla critica di Lévinas al tradizionale primato, in filosofia, del modo «visivo» di conoscere, e la sua predilezione, piuttosto, per un modo «tattile» di rapportarsi all'altro da sé. Come insegna la moderna psicologia, infatti, la prima modalità è prevalente nella sensibilità maschile, la seconda in quella femminile. «Il primato del *toucher* si manifesta in modo eminente nella pazienza del sopportare che assurge alla responsabilità per altri, a un portare per eccellenza che Lévinas chiama «maternità»»: così D. FARIAS, *L'ermeneutica*, cit., p. 125, con indicazione dei luoghi levinasiani sintetizzati in questi termini, e un richiamo alla tradizione ebraica nel concepire la sensibilità (cfr. anche p. 145). Sul «vedere» e sul «toccare» come metafore di due modalità epistemologiche sessuate, *supra*, 3.

¹⁸³ Cfr. G. FERRETTI, *La filosofia*, cit., p. 140.

Tuttavia, anche Lévinas è stato accusato di una certa ambiguità nella sua lettura del rapporto uomo/donna: cfr. C. CHALIER, *Figures du féminin. Lecture d'Emmanuel Lévinas*, Paris, 1982.

¹⁸⁴ Cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996.

¹⁸⁵ «... il *dominium*, vale a dire il potere dei soggetti, non dev'essere necessariamente assunto come una facoltà compiutamente *razionale* e *riflessiva*, ma può



non è la proprietà, bensì la dignità (l'autonomia) dell'essere umano, e richiede il riconoscimento mutuo di tale qualità"¹⁸⁶. Tale idea andrebbe considerata, secondo la dottrina critica cui si accenna, in una prospettiva culturale, idonea a sdrammatizzare i gravissimi problemi teorici che si sono condensati intorno all'idea «diritto soggettivo». Con ciò, evidentemente, ci si allontanerebbe dalle formule più consuete che si trovano nei manuali. D'altronde, se è vero che ipostatizzare nuove figure, al di là dei riferimenti tradizionali, è problematico, è vero pure che sono già problematiche le categorie fondamentali impiegate in teoria generale, a cominciare da quella di diritto soggettivo¹⁸⁷.

L'analisi cui ci si è appena rifatti conclude che "[f]orse è competenza la parola chiave per spiegare i diritti"¹⁸⁸. Il «diritto» del

ben essere concepito quale manifestazione di bisogni, sentimenti e passioni. Una volta concepito il potere soggettivo come espressione di *desiderio*, difficilmente si potrà sostenere che di una tale facoltà (quella del desiderio) manchino gli "incapaci": M. LA TORRE, *Disavventure*, cit., p. 406.

L'accento di La Torre a Spinoza è interessante sotto più di un profilo, considerato che nel pensiero del filosofo del seicento «Non c'è [...] un sacrificio, una *rinuncia*, ma un *potenziamento*. Sotto la guida dell'*amor Dei*, l'amore di sé, l'autoconservazione, perde gli aspetti bassi e distruttivi e diventa inscindibile da ciò che è utile per gli altri. La gioia consiste nello sviluppare le potenzialità della propria natura che consentono il razionale impiego delle proprie forze a favore dell'*utilitas* propria e degli altri. [...] La distanza dalla ferina immagine hobbesiana dell'*homo homini lupus* è qui diventata incolumabile: "L'uomo - dice Spinoza - è un Dio per l'uomo" [*Etica*, IV, XXXV, XVII, scolio]. La fiducia nel processo cognitivo, nella trasformazione interna delle passioni come premessa della creazione di un legame sociale, avvicina semmai, su questo punto, il modello spinosiano a Freud, sebbene il primo superi la pessimistica convinzione della necessità della rinuncia». Cfr. E. PULCINI, *La passione del moderno: l'amore di sé*, in S. VEGETTI FINZI (ed.), *Storia delle passioni*, Roma-Bari, 1995, pp. 158-159.

¹⁸⁶ Cfr. M. LA TORRE, *Disavventure*, cit., pp. 407-408, e 125-128.

¹⁸⁷ Come testimonia la stessa monografia di La Torre, che passa in rassegna la storia dei fallimenti di tutte le teorie che si sono cimentate col problema di una definizione del diritto soggettivo.

¹⁸⁸ Cfr. M. LA TORRE, *Disavventure*, cit., p. 408. In precedenza, l'Autore aveva detto che non è impossibile «... qualsivoglia ricostruzione logica del diritto soggettivo; significa solo che tale ricostruzione è assai problematica una volta che si tenga ferma una concezione della logica delle norme incentrata sulla nozione di *obbligo* e fondata sul presupposto che le norme non siano altro che imperativi, sia pure generali e astratti, e comunque strumenti per *restringere* le possibilità di azione dei soggetti». I poteri giuridici ricompresi comunemente nell'uso istituzionale «richiedono una concezione per cui il diritto non è semplicemente prescrittivo o permissivo ma è anche regolativo, nel senso che il diritto stabilisce le condizioni alle quali i soggetti sono in grado di entrare in nuove relazioni vincolanti gli uni con gli altri, per contratto, matrimonio, ecc.». [/] Al «dover essere» non deve necessariamente corrispondere solo un obbligo, un divieto, un permesso. Che «qualcosa» «debba essere» può significare anche, e forse soprattutto, che «qualcosa» «vale», o spetta, o è oggetto di un potere. La cosiddetta unità del dover essere non è messa in crisi dall'introduzione di situazioni



soggetto si connoterebbe allora come una competenza fortemente individualizzata in due sensi principali, quello della valutazione individuale degli interessi in ragione dei quali è ascritta (razionalità), e quello della valutazione individuale della sua eseguibilità (autonomia)¹⁸⁹.

Ci si potrebbe chiedere se, giocando sull'interpretazione di queste direttrici «individualizzate» della «competenza», non si possa ottenere una categoria personalistica descrittiva della relazione intersoggettiva ispirata all'idea della «cura» (quasi un «postdiritto» che faccia compagnia ai «postdoveri» teorizzati da Lipovtsky)¹⁹⁰.

Assunta una «competenza» (qui: = costituzione in una posizione di responsabilità) per relazioni umanamente complete e completanti (*consortium totius vitae*) con un'altra persona, all'individuo spetterebbe il *munus*¹⁹¹ di curare il *bonum* della comparte in una col proprio (il reciproco *épanouissement*), agendo nel contesto di una duplice soggettività - titolare dell'interesse e agente - in cui «il primo è *destinatario* delle conseguenze dei risultati dell'attività del secondo»¹⁹², lungo due direzioni incrociate a causa della reciprocità. Il meccanismo, giuridicamente caratteristico della rappresentanza (e in un consorzio di tal genere l'uno si «fa carico» delle esigenze dell'altro, assumendo - rappresentando - come proprio «un interesse alieno rispetto al titolare»¹⁹³ della situazione), sembrerebbe inquadrabile nell'idea di «potere» (potere-dovere; ma forse sarebbe più corretto dire, nel caso, dovere-potere) che in diritto civile struttura (anche) gli uffici di diritto privato (preordinati a curare chi è *debole* e indifeso). E in diritto canonico struttura gli uffici *tout court*, se in questo ordinamento tutto è in qualche modo pubblico - un «pubblico» che può/deve o deve/può convertirsi nel «privato» -, tutto ha un senso solo se orientato alla (*cura et*) *salus animarum*. Allora questo potere - questo agire libero e necessitato a un tempo - «si traduce, attraverso lo strumento dell'*ufficio*, da libero carisma in *ministero* di Chiesa, e cioè in un modello di funzione, in cui la antinomica polarità del potere-dovere tende a

normative ulteriori rispetto all'obbligo, al divieto o al permesso" (cfr. p. 374; la citazione all'interno del testo è da S.I. BENN, *Rights*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. EDWARDS, 7, New York, 1967).

¹⁸⁹ Cfr. M. LA TORRE, *Disavventure*, cit., p. 408.

¹⁹⁰ Cfr. G. LIPOVETSKY, *L'era del vuoto. Saggi sull'individualismo contemporaneo*, trad. it., Milano, 1995.

¹⁹¹ Molto suggestivo il prospetto di parentele semantiche (in linea retta e collaterale) facenti capo al lemma *munus* illustrato da R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998, pp. XII-XVI.

¹⁹² Cfr. S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 516.

¹⁹³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Studi*, cit., p. 502.



comporsi in forme più accentuatamente dinamiche che presso ogni altro ordinamento»¹⁹⁴.

Su tali basi si potrebbe interpretare la « direttrice individualizzante » della «valutazione degli interessi» (razionalità) come una determinazione dialogica ed empatica, e quella della «valutazione dell'eseguibilità» (autonomia) come una scelta (sempre «tragica») tra possibili condotte governata dalla responsabilità.

Sulla scorta (se non di questi,) di simili schemi, si perverrebbe ad impiegare categorie che, in quanto giuridiche, sarebbero «diritto» e non «non-diritto». Nel diritto canonico che si propone a modello per gli altri ordinamenti (anche) quanto alla giuridicizzazione dei rapporti di tipo familiare, in particolare, rappresenterebbero un progresso rispetto a quel rilievo *possibile* del rapporto personale che le regole della Chiesa sul matrimonio hanno in vari casi consentito e consentono, lasciando le parti libere di riempire di senso una struttura esteriore che è la sola sorretta dall'ordinamento (libertà di riempire un involucro che è la stessa dei diritti secolarizzati: non per caso, se si condivide con questi l'idea di diritto «atomistico»)¹⁹⁵. In altre parole, non avrebbe più tanto senso parlare, per le com-parti, di libertà assoluta nell'azionare il lato attivo della situazione giuridica coniugale - né di correlativi doveri -, perché la libertà garantita dal diritto soggettivo, di pretendere o non pretendere il comportamento della comparte a seconda di cosa si giudichi più opportuno per il proprio interesse, qui non si dà (potrebbe darsi semmai in un ordinamento civile più propenso al libertarismo che al personalismo)¹⁹⁶. Avrebbe invece senso parlare in positivo di una formalizzazione del rapporto di solidarietà, ove fosse tecnicamente possibile¹⁹⁷: solidarietà che ove venisse meno renderebbe impossibile la

¹⁹⁴ S. BERLINGÒ, *Ufficio ecclesiastico*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994, p. 2.

¹⁹⁵ Cfr. supra nt. 25 a proposito della tesi gasparriana che riconosceva alle parti la libertà di non convivere, in armonia con la versione estrema della teoria juscorporalista.

¹⁹⁶ Per l'appunto, se la dimensione partecipativa (comunicativa, diaconale, ministeriale, eccetera) delle situazioni giuridiche soggettive «attive», nel diritto della Chiesa (quale che sia poi il *nomen* col quale designarle, se «*jus*» *tout court* sembrasse termine troppo legato all'individualismo) è tale da escludere una visione statica del «diritto» della persona, sembrerebbe che la teoria juscorporalista «classica» del matrimonio - la cui chiave di volta è proprio la distinzione tra *jus radicale* e *usus juris*, che consente di lasciare inattuato il rapporto - sia del tutto inadeguata a riflettere la natura «personalista» del diritto canonico.

¹⁹⁷ La più recente dottrina canonistica ha offerto, circa l'analisi della « giuridicità » dei rapporti coniugali, un'applicazione della teoria generale dei fatti giuridici: l'avere individuato e portato alla luce la imprescindibilità di una dimensione effettiva e reale del sentimento amoroso, può contribuire a rendere comprensibile da un punto di vista giuridico « come non sia assurdo combinare nel diritto canonico della famiglia, nel



prosecuzione del rapporto, nel senso che ove questo risultasse concretamente e assolutamente impraticabile a causa della totale incomunicabilità tra le parti esso verrebbe sostanzialmente meno¹⁹⁸.

Se si accettasse questa diversa trascrizione giuridica dei rapporti interpersonali di tipo familiare - trascrizione da precisare ulteriormente ma forse non del tutto priva di qualche utilità - si potrebbero non solo rimuovere (più che risolvere) problemi vecchi e nuovi del diritto

diritto canonico familiare, la “*vocatio*” con il “*praeceptum*”, lo “*ius*” con l’“*officium*”, il potere con il servizio »: cfr. S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare»*, cit., pp. 635-637. A questa lettura giuridica, che pare sottintendere l’idea di cura, piace accostare, quasi in contrappunto, questa esplicita riflessione filosofica: «Nell’amore - è noto - si cede all’altro un diritto sul proprio desiderio. Qualora così non fosse, c’è da dubitare dell’amore. In questo punto il desiderio si perfeziona e cambia di segno: la passione si trasforma in responsabilità l’*eros in amicizia*, la *delectatio in dilectio*. Nel suo punto più alto in *caritas*. Nel prendere distanza da sé, il desiderio attinge la meta senza con ciò decadere o cessare. Libera spazio per gli altri: si muta in interrogazione, in attesa, accoglienza, ospitalità»: cfr. S. NATOLI, *Mesótes - Fenomenologia della cura di sé*, in D. DEMETRIO - E. DONINI - B. MAPELLI - S. NATOLI - M. PIAZZA - A. SEGRE, *Il libro della cura*, cit., p. 39.

¹⁹⁸ *Sub specie philosophiae*, sembra piuttosto suggestivo al proposito il tema del dialogo in Lévinas, in cui il rapporto con l’altro (che è un rapporto di responsabilità verso l’altro) è un continuo rivolgersi al vocativo e al dativo, che però presuppone la reciproca disponibilità all’ascolto. È vero che in Lévinas il rapporto con l’altro è asimmetrico, ma - lo si è già notato supra, 5.1. - due asimmetrie che si incrociano (come nella coppia, come nell’amicizia) fanno una simmetria.

Sub specie juris, e *sub specie juris canonici*, la prospettiva personalista che ha affiancato i contesti culturali della codificazione pio-benedettina ha indotto S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare»*, cit., pp. 24 e ss., a ritenere superata l’ascrivibilità del matrimonio canonico alla categoria dogmatica dei «contratti ad esecuzione unica» - ove l’unico atto di esecuzione è la *copula carnalis*, prima della quale è ammesso recesso *ab initio*, previa dispensa per inconsumazione - e a proporre una centratura dell’istituto sulla proiezione temporale del consenso, che rende configurabili ipotesi risolutive del rapporto per eccessiva onerosità sopravvenuta e comunque per inesigibilità della prestazione.

A proposito dell’impossibilità di ridurre la consistenza giuridica del matrimonio alla sola validità formale o strutturale dell’atto fondativo o eventualmente ad un atto di esecuzione unica, Mary Joe Frug propone una revisione post-moderna della teoria del contratto sviluppando la prospettiva relazionale caldeggiata dal teorico americano del diritto delle obbligazioni convenzionali Ian Macneil, il quale ritiene che la dottrina astratta dei contratti si fonda sul concetto di transazione unica senza effetti ulteriori, come per esempio l’acquisto di una casa. In realtà, nella maggior parte dei casi, le relazioni tra i contraenti si iscrivono in un *continuum* relazionale, come nelle relazioni commerciali tra fornitori e venditori. Ciò inclina verso un aggiustamento delle condizioni contrattuali in rapporto a cambiamenti importanti e imprevedibili piuttosto che verso la rottura del rapporto. Mary Joe Frug sottolinea le similitudini con il matrimonio, in cui il divorzio è stato reso più facile dalle riforme degli anni 70. Il legame coniugale è infatti il contratto relazionale *par excellence*. Cfr. M.J. FRUG, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, New York, 1992, p. 121.



matrimoniale canonico radicati nella concezione contrattualistica che assume come oggetto del negozio lo *jus in corpus* (*supra*, 2.2.), ma soprattutto si offrirebbe un modello pedagogico positivo e *meno ambiguo* di quello oggettivamente risultante dal diritto matrimoniale canonico codificato.

In diritto civile - ove non mancano proposte anche radicali intese a fare del rapporto di cura il centro e il fine di una riforma giuridica e sociale che sarebbe *globale*, non potendo non estendersi ai modi di vita e alle istituzioni convenzionalmente ascritti alla «sfera pubblica»¹⁹⁹ - a un modello di tal genere si potrebbe guardare, se non come a una rocca sull'onda, quantomeno come a una riva di approdo cui tendere e sulla quale cercare riparo dai venti e dalle maree, sempre più forti, di un secolo tecnologico.

¹⁹⁹ Una simile prospettiva potrebbe rivelarsi particolarmente sintonica con le tendenze più recenti del diritto costituzionale canonico che muovendo dalla «pubblicizzazione» della «sfera privata» della famiglia intendono ricostruire le linee di forza dell'intero sistema (cfr. S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare»*, cit., pp. 623-625). Naturalmente sarebbe poi interessante vedere in che modo la crisi della struttura patriarcale della famiglia « privata » si possa trasmettere, in esito a tale pubblicizzazione, alla struttura kiriarcale della famiglia « pubblica » costituente la Chiesa universale.

In una variante estrema, quella di M. ALBERTSON FINEMAN, esposta nel citato *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, cit., pp. 228-236, il progetto di convertire decisamente le istituzioni giuridiche a un diritto della cura passa attraverso la proposta provocatoria e utopistica di abolire il matrimonio - la *Sexual Family* di cui al titolo - «as a legal category» in quanto sede di riproduzione delle ineguaglianze di genere nello svolgimento delle attività di cura, per sostituirlo con la diade « Mother/Child », «equally powerful cultural symbol» in grado di orientare culturalmente la società verso la «cura». Nonostante l'impressione immediata di sovversività suscitata dall'ipotesi di abolire il matrimonio, il pensiero della giurista americana è stato giudicato assonante con «alcune posizioni pedagogiche assunte dalla Chiesa cattolica nel pontificato di Giovanni Paolo II»: cfr. V. POCAR - P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998, p. 213.