

Giovanni Magrì

MORTE DELLO STATO SOVRANO
O ESTINZIONE DEL DIRITTO?

Giovanni Magri
Università di Catania
gmagri @lex.unict.it

In:
Sconfinamenti: Regole, reti, confini
Castello di Gargonza (SI)
14-16 maggio 2004

ISSN 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95124 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Giovanni Magrì

MORTE DELLO STATO SOVRANO O ESTINZIONE DEL DIRITTO?

Qualcuno avrà forse riconosciuto, nel titolo di questo contributo, l'eco di un altro e ben più autorevole titolo: quello che Georges Canguilhem diede ad uno dei primi bilanci critici della ricezione di *Les mots e les choses* nella cultura francese, successivamente posto dall'editore italiano in appendice alle diverse ristampe dell'opera di Foucault. In "Morte dell'uomo o estinzione del *cogito?*", Canguilhem correggeva al ribasso la portata delle numerose prognosi infauste, di cui il grande strutturalista aveva costellato la sua "Archeologia delle scienze umane". Non era certo della realtà biologica e, soprattutto, esistenziale dell'*homme* che le analisi foucaultiane svelavano la radicale storicità e (pertanto) caducità: Foucault si occupava dell'*homme* soltanto in quanto oggetto specifico delle "scienze umane", e cioè, in buona sostanza, del *cogito* cartesiano, a cui quelle sono state, fin dalla loro origine "moderna", tributarie della loro concezione di soggettività [CANGUILHEM 1967].

Se ho scelto di riecheggiare quel titolo, è perché qui, al contrario, vorrei suggerire di correggere al rialzo la portata di altre prognosi infauste, che accompagnano, negli anni della globalizzazione, il passaggio dal paradigma di normatività proprio del *government* a quello della cd. *governance*. È il diritto moderno a finire, per via dell'eclissi della sovranità statale, o è il diritto *tout court* a rischiare di estinguersi?

Fa parte della definizione stessa di *governance* che il suo affermarsi come modello teorico-pratico mandi in soffitta alcune categorie proprie del diritto come lo abbiamo sperimentato in età moderna. Salta, almeno tendenzialmente, l'identificazione del diritto con la legge (generale e astratta) e, attraverso questa, con lo Stato territoriale; viene meno l'utilità di risolvere interamente il problema della giustificazione delle norme in quello della legittimazione (essenzialmente, rappresentativa) del potere sovrano. Nei termini della teoria sistemica della società, si direbbe che resta forse in piedi il rapporto funzionale tra diritto e politica (tra i

rispettivi sistemi), ma di certo esso richiede una nuova modulazione strutturale: e proprio questo intende essere la *governance*.

La domanda, tuttavia, è: il tipo di regolazione sociale che la *governance* produce, è ancora diritto?

Perché questo interrogativo abbia senso, si deve presupporre di non intendere per diritto una qualsiasi tecnica di controllo sociale, da valutare soltanto sul piano dell'efficacia nel realizzare lo scopo che le è immanente: il diritto presenta delle caratteristiche strutturali ("eidetiche", si direbbe entro un approccio fenomenologico), tali per cui è possibile identificarlo *anche* come tecnica di controllo sociale, ma solo a patto di attribuire alle espressioni "tecnica" e "controllo" un significato assai diverso rispetto a quello corrente.

Devo dare qui tutto questo, appunto, per presupposto, e rinviare, per un'indagine più approfondita circa le condizioni strutturali cui ho fatto riferimento, alle analisi di Sergio Cotta, di Bruno Romano, di Bruno Montanari, e di altri esponenti di quello che Francesco D'Agostino, raccogliendo gli atti di un seminario di studi catanese di qualche anno fa, chiamava non a caso "l'indirizzo fenomenologico e strutturale della filosofia del diritto italiana". Mi limiterò in questa sede a trarre le conclusioni di un percorso che altrove ho tentato di articolare maggiormente. Se "istituire il diritto significa formare ipotesi di norme per ipotesi di condotte" [ROMANO 2002: 11]; e se tale formazione di ipotesi è possibile solo laddove i soggetti possono interrogarsi sul senso del loro agire, e non sono eterodeterminati; allora si deve prendere atto che l'interrogazione sul senso dell'agire orienta, *per se stessa*, il diritto al primato della persona umana nella sua integrità: non come a un contenuto meritevole di tutela fra gli altri, ed eventualmente prima degli altri, ma come alla sua stessa condizione di possibilità (solo il soggetto umano è capace di formulare ipotesi di senso, e, d'altra parte, è l'esistere nel tempo assumendo il futuro come compito che definisce la soggettività [ROMANO 1987]). Di conseguenza, nell'ordine della relazione instaurata dalla "transitività degli effetti delle condotte dei singoli" – che è l'ordine di ciò che è giuridicamente rilevante –, il diritto è orientato al primato del riconoscimento intersoggettivo, che subordina a sé gerarchicamente tutte quelle altre dimensioni meramente funzionali alla conservazione del sistema sociale. Questa conclusione, si badi, vale a prescindere da quali determinazioni si assegnino in concreto alla "persona umana nella sua integrità" (in base alle quali saprò eventualmente

riconoscere "chi è come me"), e da quali scelte si ritengano, nelle diverse situazioni date, più conformi al primato della persona e del riconoscimento intersoggettivo. Il problema, infatti, non è qui di contenuti (di diritto più o meno "giusto") ma di struttura essenziale (di diritto, appunto, piuttosto che di semplice tecnica di controllo sociale).

Ma se le cose stanno così, il banco di prova della fedeltà del diritto alla sua genesi "onto-esistenziale" deve consistere, anzitutto, nella sua capacità di immettere *controfattualità* nel corso degli eventi: vale a dire, di selezionare, quali contenuti di aspettative normative, delle condotte che, non essendo univocamente determinate secondo una qualche forma di causalità, potrebbero non realizzarsi mai qualora il corso degli eventi fosse lasciato a se stesso, sicché la relativa pretesa rimarrebbe delusa se non fosse attivato il giudizio giuridico. E, in secondo luogo, questa controfattualità, nell'ottica propria di altri "sistemi" sociali, deve poter risultare *disfunzionale*: tanto quanto il senso dell'agire per il soggetto non è (almeno, può non coincidere con) il funzionamento (conservazione, riproduzione) di un "sistema".

Nelle condizioni attuali, per esempio, il diritto vedrebbe salvaguardato il suo senso esistenziale qualora fosse in grado di sottrarre qualcosa al linguaggio numerico del mercato: di decidere che (ossia, di prescrivere a tutti gli agenti interessati condotte coerenti con l'ipotesi di senso per cui) un determinato bene della vita "non è in vendita", vale a dire, non è suscettibile di appropriazione e di sfruttamento, da parte di chiunque, ad esclusione di altri. E ciò perché non è (ontologicamente) suscettibile di separazione (funzionale) dall'ente (nel linguaggio comune, e in quello codicistico, si direbbe: dalla cosa) cui è incorporato, e di valutazione autonoma: perché, almeno in qualche caso, non ci può essere il bene (per il soggetto) senza l'ente.

A titolo esemplificativo: non riflette una comprensione adeguata dell'ordine naturale (o, più semplicemente, non è prudente) rilasciare un brevetto per lo sfruttamento commerciale delle applicazioni di una caratteristica genetica, separata dall'organismo vivente che ne è portatore, e dall'ambiente nel quale essa si è espressa attraverso una lunga storia evolutiva. E questo, sebbene si possa sempre trovare qualcuno disposto a "vendere" il relativo diritto di sfruttamento (che ne sia titolare, o che se lo sia arrogato!). È ingannevole proporre e commercializzare come esperienze "autentiche" quelle realizzate attraverso la cosiddetta "realtà virtuale",

semplicemente perché, nella maggior parte dei casi, non c'è attuazione di un'identità soggettiva in un'esperienza sensoriale che si voglia realizzare fuori dai confini di un plesso mente/corpo, cioè fuori da uno spazio e da un tempo determinati (da un *qui* e *ora*). Ci sarà forse l'esperienza, ma il soggetto a cui riferirla non c'è più, o è ridotto a un fascio humaneo di sensazioni. Né, d'altra parte, si può pensare di fare una vera esperienza culturale, fuori dal tessuto di relazioni intersoggettive che le conferiscono senso (insomma, non è lo stesso ammirare il Taj Mahal ad Agra, o vederlo ricostruito a Las Vegas, o ancora visitarlo con un viaggio "virtuale": ma sulle prospettive dell'industria culturale nel nuovo secolo v. RIFKIN 2000). Ed infine: non tutto ciò che è tecnicamente possibile fare per migliorare la qualità della vita (definita, quasi sempre, in base a parametri quantitativi) giova anche ad affermarne la dignità: perché, forse, la dignità della vita umana non può prescindere interamente da quella radicale contingenza (di essere nati, di essere così-e-così, di essere amati, di morire) che caratterizza esistenzialmente ogni biografia, e che garantisce la simmetria della relazione intersoggettiva (nella misura in cui ognuno di noi sa, proprio in virtù della contingenza della sua vita, di non essere mai per intero semplicemente il progetto di un altro: qui, prima ancora che a rileggere il discusso saggio di Habermas sui rischi della genetica liberale [HABERMAS 2001], inviterei a ripercorrere le suggestioni di *Blade Runner*).

Naturalmente, ciascuna di queste tesi è discutibile nell'assolutezza della sua formulazione. Ed è estremamente arduo stabilire un piano di fondazione appropriato (metafisico?) per la tesi più generale, dell'inseparabilità del bene (almeno, in alcuni casi) dall'ente cui accede. Ma non è questo che ci interessa, al momento. Piuttosto, ci preme affermare che, proprio perché la logica di funzionamento del sistema economico sembra poggiare sulla indiscriminata separabilità del bene dall'ente, del valore dall'essere (questa è la condizione di pensabilità dell'equivalenza universale che presiede agli scambi), allora il diritto può affermare oggi la sua autonomia (la sua capacità di corrispondere a se stesso, alla sua struttura eidetica) se è capace di negare tale logica, le volte che essa si mostri, alla riflessione, incompatibile col primato della persona umana (per esempio, sotto l'aspetto della sua libertà e della sua identità).

Ma assumere questo tipo di decisioni è esattamente quello che, nell'epoca della globalizzazione, il diritto dello Stato non ha più la forza per fare; e che il

diritto, a-centrico e a-gerarchico, implicato nella nozione di *governance*, è concepito per non fare.

Nel primo caso, infatti, il vantaggio di rapidità del linguaggio numerico (delle transazioni commerciali e delle operazioni finanziarie in rete) su tutti gli altri linguaggi, e in particolare sul linguaggio della politica, si traduce in vantaggio di dimensioni (dei capitali privati sulle risorse pubbliche) e di mobilità (degli investimenti finanziari rispetto alle infrastrutture produttive). In virtù di tale vantaggio, lo Stato che adottasse delle decisioni normative giudicate disfunzionali nell'ottica del mercato sarebbe immediatamente "punito" dagli investitori, e non avrebbe la forza di contrastare le pressioni speculative sulla propria valuta. Il monopolio della forza legittima, detenuto dallo Stato, ha fatto coincidere in esso l'aspetto politico e l'aspetto giuridico della sovranità; ma ora è messo in crisi dal prodursi di una forza soverchiante. È emblematico di questo primo aspetto, mi sembra, il discorso sull'armonizzazione o uniformazione del diritto privato, condotto oggi sotto la minaccia di due fenomeni emergenti come la concorrenza in atto tra ordinamenti giuridici nazionali, per attrarre investimenti (v. per tutti ZOPPINI 2004), e la compiuta autonomia della nuova *lex mercatoria*.

Nel secondo caso, d'altra parte (e questo è l'aspetto meno evidente, emerso realmente, mi pare, solo nell'ambito della discussione sull'identità europea in vista dell'adozione del Trattato costituzionale: v. qui il contributo di Alessio Lo Giudice), manca strutturalmente il "chi" (o, se si vuole, il "per chi" o "in nome di chi") della decisione: il soggetto che, *sia pure a titolo di rappresentanza*, possa assumersi la responsabilità di formulare per sé un'ipotesi di senso, e di decidere in base ad essa una controversia. Manca cioè, a ben vedere, nella produzione normativa post-statuale caratteristica dei dispositivi di *governance*, quella funzione che la sovranità hobbesiana ripeteva dalla soggettività cartesiana, insieme con tutte le sue aporie; e l'impossibilità di una nuova teoria delle fonti di produzione dipende essenzialmente dall'impossibilità di identificare – prima ancora che di legittimare – il soggetto della decisione normativa. Ancora, emblematicamente: quando veniamo informati che il "legislatore europeo" si è finalmente preso carico del processo di armonizzazione del diritto privato, mettendosi in dialogo con la "comunità dei mercanti", noi, prima ancora di mettere in dubbio che una qualsiasi "comunità dei mercanti" possa rappresentare equamente tutte quelle istanze della società civile che pure un diritto privato uniforme dovrebbe contemplare, siamo portati a

chiederci: *chi* è il “legislatore europeo”? Sappiamo bene quali sono le procedure di normazione sancite dai trattati, e quali organi esse coinvolgono; ma da quale base soggettiva la “produzione normativa” delle istituzioni europee trae quella primazia, che pure da decenni le viene riconosciuta rispetto ai diritti interni degli Stati membri? Insomma, *in nome di chi* le istituzioni comunitarie prendono l’iniziativa di mediare gli interessi di una “comunità dei mercanti” europea, formalmente altrettanto indistinta quanto il suo interlocutore istituzionale, ma sostanzialmente assai ben definita?

Dei due aspetti problematici che ho esposto, il primo ricorre molto più frequentemente del secondo nelle lamentazioni sulla crisi del diritto in età globale. Francamente, trovo che questo sia un errore di prospettiva. Gli apologeti del tempo presente hanno due volte ragione, quando dicono che lo spiazzamento della capacità di governo degli Stati nazionali rispetto alle dinamiche dell’economia globale è un dato di fatto, e quando ritengono che questo fatto sia irreversibile, nella misura in cui contrastare dall’interno di uno Stato la potenza soverchiante dell’economia e della finanza globali non conviene a nessuno (per lo meno: a nessuno che abbia qualcosa da perdere...) in termini di qualità materiale della vita. Ma, ammesso e non concesso che la forma-Stato sia un modello insostituibile per combinare intersoggettività democratica ed effettività della decisione normativa, non è conducente sperare di rivitalizzarne la forza legittima, se insieme non si cerca di rivitalizzare quella soggettività in relazione, che della forza dello Stato rappresenta l’unica plausibile fonte di legittimazione. L’esperienza giuridica contemporanea, però, prima ancora che dello Stato, manca del soggetto, o, se si vuole, dei soggetti.

Dirò di più: se mancano i soggetti *per i quali*, o *in nome dei quali*, porre norme di diritto, è perché non si vede più all’orizzonte il soggetto *che* decide riflettendo, ossia considerando le conseguenze delle sue azioni per gli altri, e rapportando il corso degli avvenimenti a un unitario progetto di vita. Nell’economia del “turbocapitalismo” la considerazione unitaria di una vita non dipende dal *sensu* di un progetto, ma passa attraverso la contabilizzazione della capacità di consumo nel corso dell’intera esistenza, il *lifetime value* teorizzato dagli esperti di marketing. Le conseguenze, però, sono opposte: mentre un progetto di vita buona esige di scegliere, scommettendo sul senso di ciò che si è scelto, e di rinunciare a tutto ciò che non si è scelto, la massimizzazione del *LTV* impone di scegliere tutto, senza

rinunciare a nulla: ossia di non scegliere. Così, l'adozione di questo nuovo obiettivo comporta un'enfatizzazione della libertà dell'azione e un fondamentale disinteresse per la libertà della scelta; e in ultima analisi dis-integra la soggettività, tanto quanto l'altro modello mirava ad integrarla. Del resto, le tecnologie-guida dell'apparato tecnoeconomico contemporaneo (da un lato le biotecnologie, dall'altro le *Information and Communications Technologies*) contribuiscono fortemente a questa destrutturazione della soggettività: esse infatti, come ha acutamente evidenziato da ultimo Massimo De Carolis, si propongono di svolgere il loro compito strutturale, di agevolazione e al tempo stesso di esonero (Gehlen), non più solo sul livello delle *prestazioni* umane, ma su quello delle *facoltà*, che presuppongono la riflessività [DE CAROLIS 2004], ossia la capacità di rapportare a sé il proprio rapporto con il mondo-ambiente. Poiché però non riescono fino in fondo a riprodurre questo livello, per via di un approccio concettuale riduzionistico, la loro diffusione comporta, né più né meno, il declino di tutte quelle pratiche che impegnano le facoltà riflessive dell'umano, e in ultimo l'obsolescenza e il completo esonero della stessa soggettività.

Del resto, un pensatore assai influente nella teoria del diritto contemporanea, Luhmann, aveva previsto tutto, e lo aveva tradotto nei termini della teoria sistemica della società. Il significato nucleare della modernità non è tanto l'autonomia del soggetto, quanto la differenziazione funzionale in luogo della differenziazione gerarchica, la separazione tra problemi di referenza e problemi di codice. Il soggetto, come figura teorica distinta e ulteriore rispetto all'individuo, in questo processo rappresenta praticamente un incidente di percorso, di cui la teoria dei sistemi non ha più alcun bisogno, e che vede anzi come un intralcio.

Ora, quel che sto cercando di suggerire fin dall'inizio di queste riflessioni è che, se è difficile pensare l'autorità del diritto senza lo Stato (ma certamente lo si è potuto fare in epoca pre-moderna, e sembra inevitabile farlo in epoca post-moderna), è forse impossibile, e comunque è sostanzialmente inutile, pensarlo, nella sua differenza specifica rispetto ad altre pratiche sociali, senza il soggetto.

Mi rendo conto che, essendo diventato quasi un *topos* negli ultimi decenni quello di denunciare i danni che una certa ipertrofia del soggetto "dei filosofi" ha prodotto nella scienza giuridica, può sembrare stravagante adesso far rimontare la crisi della normatività alla destrutturazione tecnologica e mercantile della soggettività. Del resto, in epoca pre-moderna vi è stato diritto, non solo senza

Stato, ma anche senza il sistema dei diritti soggettivi: lo hanno ampiamente dimostrato gli studi di Michel Villey [VILLEY 1962; 1969; 1975] e, in Italia, di Riccardo Orestano [ORESTANO 1960; 1978]. Per parte sua, ancora di recente Paolo Grossi ha contrapposto il "reicentrismo" di tutto il diritto intermedio all'"antropocentrismo" del diritto moderno [GROSSI 1995; 2001].

Vorrei osservare, tuttavia, da un lato che, se anche la centralità del soggetto nella dimensione giuridica fosse una "scoperta" storica, potrebbe ugualmente essere considerata una conquista irreversibile: come suggeriva anni fa Lombardi Vallauri, il concetto di "irreversibile" può sostituire quelli di "evidente" e di "dimostrato" negli ambiti, come il riconoscimento dei valori, in cui la procedura cognitiva adeguata è un'esperienza (esistenziale, o storica, per l'appunto [LOMBARDI VALLAURI 1990: XXVII]). Dall'altro lato, non a caso nelle righe precedenti ho parlato del "sistema dei diritti soggettivi" (che non esaurisce la centralità del soggetto per il diritto), e, prima ancora, del soggetto "dei filosofi" (che non si identifica in tutto e per tutto col soggetto dei grammatici, del senso comune, e dell'esperienza giuridica). Qui torna utile il Canguilhem parafrasato nel titolo: non piace che si parli in termini metastorici di *soggetto*? Ebbene, ci si lasci allora parlare di *uomo*: *hominum causa omne ius constitutum est*, sta scritto da qualche parte nei (pre-moderni) *Digesta*. Peraltro, mi permetto di sottoporre questo esperimento: si prenda la metodologia giuridica basata sul diritto romano, o meglio sul *Corpus juris civilis*, in tutte le sue molteplici e spesso contraddittorie applicazioni storiche (dalla scuola dei "glossatori" a quella dei "commentatori", dalla scienza del diritto naturale alla scienza della legislazione, fino alla *Rechtswissenschaft* della Scuola storica tedesca, alla giurisprudenza dei concetti e alla pandettistica di tardo Ottocento); e la si confronti con una metodologia giuridica realmente alternativa emersa nel secolo scorso, che espressamente cerca di fare a meno dei concetti, dei dogmi, finanche dei termini, propri della tradizione romanistica: ossia, l'analisi economica del diritto. Scontati tutti gli eccessi formalistici, dogmatici (in senso deteriore), antistorici, ma anche individualistici e volontaristici, interni alla tradizione della *Scientia juris* (affetta da "matematismo, idealismo, paura della realtà, estetismo, dottrinarismo, inesperienza di mondo (*Weltfremdheit*)" nel severo giudizio della *Interessenjurisprudenz* che pure non le è completamente estranea [LOMBARDI VALLAURI 1981: 78]), domando e mi domando: quale delle due metodologie si presta meglio a difendere la dignità della persona umana e a promuovere il riconoscimento

intersoggettivo? Non saprei dare una risposta sicura: questo non vuole essere un interrogativo retorico, ma l'apertura di uno spazio di discussione.

Per fare un solo esempio, mi lascia perplesso la vicenda della risarcibilità del danno non patrimoniale a titolo di danno esistenziale. Nella sistematica tradizionale della responsabilità aquiliana, non ci sarebbe posto per talune applicazioni di questa figura: e ciò per ragioni in parte anche discutibili, compendiate in un certo modo rigido di intendere la patrimonialità del danno risarcibile, tipico della prospettiva dell'individualismo possessivo. L'analisi economica del diritto, invece, permette di affrontare ogni pretesa risarcitoria in chiave di imputazione di costi e benefici. Ma stiamo assistendo in questi anni al tentativo di piegare alle nuove esigenze di tutela i canoni tralatici del nesso di causalità, del *non iure* e del *contra ius*, per suffragare la tesi secondo cui la "clausola generale" prevista all'art. 2043 Cod. civ. fungerebbe da "valvola di sicurezza" del sistema, capace di corrispondere alle potenzialità espansive del riconoscimento dei diritti della personalità ex art. 2 Cost. Temo che, in tal modo, si stia finendo per stravolgere il senso di quelle nozioni, configurando per ogni pretesa di risarcimento del danno un presunto diritto soggettivo violato e, così, confondendo sistematicamente desiderio, pretesa e diritto; rinuncia, sacrificio e offesa; ordine fattuale, ordine immaginario e ordine giuridico. Mentre ancora divampa il dibattito sull'esistenza e sui confini di un supposto "diritto alla riproduzione", "alla procreazione", "alla maternità" (discussi forse ormai soltanto in sede giusfilosofica, visto che tanto le Corti quanto la manualistica sembrano avere acquisito le relative nozioni come dogmi), la giurisprudenza ha già dato adito a una figura teoricamente ancora più problematica, se non del tutto contraddittoria, quella del "diritto di non nascere".

Qualcuno ha visto nel risarcimento del danno esistenziale un passo decisivo verso il riconoscimento della dignità della persona umana in tutte le sue dimensioni – *anche non patrimoniali* – e pertanto una vigorosa riaffermazione del senso esistenziale del diritto oltre le leggi quasi-deterministiche del mercato. Osserverei che, ad esempio per Kant, "l'uomo, e ogni essere razionale", ha, appunto, una "dignità" (*Würde*), cioè un valore intrinseco, e non un "valore" (*Wert*) relativo, cioè un "prezzo" (*Preis*), proprio in quanto "si innalza al di sopra di ogni prezzo, e perciò non comporta equivalenti". Ma mi rendo conto che, se la conseguenza dev'essere l'impunità di certi comportamenti negligenti e lesivi,

insistere sulla distinzione tra dignità e valore nell'epoca della tecnica dispiegata può apparire un artificio retorico, dannoso e ipocrita. Di una cosa, però, sono abbastanza certo: con la risarcibilità del danno esistenziale, si chiude il cerchio della "mercificazione" dei "mondi di vita" attraverso la "colonizzazione dell'immaginario", a cui l'apparato tecnoeconomico si è alimentato specialmente nell'ultimo secolo. L'incremento delle possibilità tecniche si traduce immediatamente in un incremento dei "desiderabili" [PESSINA 2001]: perché la ricerca scientifica sia remunerativa, l'industria deve poter indurre dei bisogni collettivi, agendo anche sul livello delle proiezioni fantasmatiche. Il soggetto destrutturato non è più in grado di controllare le fughe dell'immaginario, ovvero di stabilire una gerarchia tra i suoi desideri. Ma, di più: la frustrazione di ogni desiderio viene avvertita come una lesione, ed ecco che il diritto consacra questo (ri-)sentimento soggettivo, sancendo che ogni limitazione alla capacità di realizzare ciò che si desidera è un danno risarcibile, e costruendo per ogni nuovo "danno" un nuovo "diritto". Non semplicemente una facoltà di disporre del proprio (ma poi, ad esempio: il proprio corpo è qualcosa che si *ha*, o qualcosa che si *è*?), bensì un vero e proprio diritto di credito, cui corrisponde un obbligo altrui di attivarsi, a pena di rispondere del danno esistenziale.

Oggi assistiamo al conflitto tutto potenziale tra il "diritto alla procreazione" dei genitori e il diritto dei bambini "a nascere sani" o "a crescere in una famiglia"; in Francia, la Corte di Cassazione ha per la prima volta accordato il risarcimento del danno da "nascita indesiderata" non alla madre, ma al bambino (che non sarebbe mai nato!); e non è un caso se, proprio commentando *l'affaire Perruche*, Olivier Cayla e Yan Thomas hanno lucidamente contrapposto la "dignità della persona umana" ai "diritti dell'uomo", in quanto la prima, che sottomette l'individuo alla "norma del rispetto di sé" e "fa valere non i *diritti dell'uomo* in quanto *individuo*, ma quelli dell'*umanità* come qualità dell'essere umano o come comunità umana" sarebbe ostile al soggettivismo moderno "in cui la *libertà* dell'individuo è propriamente eletta a criterio della *natura* dell'uomo" [CAYLA-THOMAS 2002: 41].

Il fatto è che proprio la dignità umana, o se si vuole la coesistenzialità, può rappresentare un orizzonte su cui i desideri, mediante la riflessione sul proprio rapporto col mondo e con gli altri che costituisce il sé, si possono comporre in un ordine autonomo rispecchiato dalla *legge*, anziché pretendere un riconoscimento immediato come *diritti*, ciascuno nella sua assolutezza irrelata [COTTA 1976]. E può

rappresentare anche un'idea di bene dovuto, del quale devo essere responsabile *ex ante*, per poter rispondere, *ex post*, del male compiuto [AMATO 2003: 299].

Ma nessuna politica, oggi, può farsi carico di un'idea forte di dignità umana definita ontologicamente e coesistenzialmente. Assisteremo domani al conflitto giuridico tra il bambino e i suoi genitori che, avendo scelto prima della sua nascita di non provvederlo della migliore dotazione genetica disponibile sul mercato, gli hanno fatto perdere irrimediabilmente delle *chances* per tutto il corso della sua esistenza? Trionfo del "narcisismo post-edipico" [ŽIŽEK 1999], in cui "la legge riconosce il *diritto* di Edipo a uccidere il Padre, simbolo della legge, il diritto dell'*ego* a sbarazzarsi del *super-ego*, che gli impone i freni della civiltà, delle leggi morali e giuridiche, affinché Edipo possa riconquistare la felicità di Narciso nella propria integrale autosufficienza e nell'innocenza del proprio desiderio" (così COTTA [1976, 2004: 24], venticinque anni prima di Žižek!). Ma aggiungerei, a rischio di sembrare malizioso: anche un grande, succulento affare per il mercato globale...

BIBLIOGRAFIA:

- S. Amato, Intervento alla tavola rotonda "Il danno tra il giusto e il bene", «Iustitia», 2/2003, pp. 283-304
- G. Canguilhem, *Mort de l'homme ou épuisement du Cogito*, "Critique", 242, luglio 1967, pp. 599-618 ; trad. it. *Morte dell'uomo o estinzione del cogito ?*, in M. Foucault, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano 1978, 1996, pp. 415-436
- O. Cayla-Y. Thomas, *De droit de pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris 2002, trad. it. *Il diritto di non nascere*, Milano 2004
- S. Cotta, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *I diritti fondamentali dell'uomo*, Milano 1976, pp. 1-23 (ora anche in S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo 2004, pp. 9-35)
- M. De Carolis, *La vita nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino 2004
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995
- Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001
- J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt a. M. 2001, trad. it. in *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino 2002
- L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981
- Id., *Abitare pleromaticamente la terra*, Introduzione a Id. (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano 1990, pp. VII-XCVIII
- R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, "Jus", XI, 1960, pp. 150 ss.
- Id., *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978

- A. Pessina, *Il "senso" del possibile e l'orizzonte del limite nella civiltà tecnologica*, "Hermeneutica", 2001, *Domande di etica*, pp. 41-64
- J. Rifkin, *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism Where All of Life Is a Paid-For-Experience*, New York 2000, trad. it. *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano 2000
- B. Romano, *Soggetto e diritto*, in AA. VV., *Soggetto e principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso Nazionale della Società Italiana di filosofia giuridica e politica, a cura di M. Basciu, Milano 1987, pp. 155-168
- Id., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari 2002
- M. Villey, *Les origines de la notion de droit subjectif*, in Id., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962
- Id., *Droit subjectif I: la genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam; Droit subjectif II: le droit de l'individu chez Hobbes*, in Id., *Seize essais de philosophie du droit*, Paris 1969
- Id., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975, trad. it. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986
- S. Žižek, *The Ticklish Subject. The Absent Centre of Political Ontology*, London-New York 1999, trad. it. *Il soggetto scabroso. Trattato di ontologia politica*, Milano 2003
- A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma