

Ambiti

Identità

Spazio

Tecnica

Economia

Religione

Humanities

Identità

La soggettività giuridica moderna e i suoi paradossi

Valeria Marzocco

SOMMARIO: 1. Introduzione. La costruzione moderna dell'identità umana. – 2. Le concezioni giuridiche dell'identità e il principio pluralistico. La questione identitaria nel dibattito contemporaneo. – 3. *Oltre l'identità*. Prospettive critiche sull'identità umana e teoria del diritto. – 3.1. Le identità umane e i regimi di pluralismo normativo: le identità culturali. – 3.2. Identità di genere e principio di uguaglianza. – 4. *Oltre le identità*. Un nuovo approccio: condizione umana e vulnerabilità. – 4.1. Soggetti vulnerabili e paradossi identitari. La vulnerabilità nel linguaggio giuridico. – 5. Conclusioni. – *Lecture per approfondire*.

1. Introduzione. La costruzione moderna dell'identità umana

Il legame tra la riflessione filosofica sull'identità umana e la teoria del diritto è sempre stato profondo ed è un tema che caratterizza alcune specifiche fasi di sviluppo del pensiero. Ciò vale particolarmente con riguardo alle teorie giuridiche e politiche moderne, per il contributo sulle concezioni della natura umana offerto dalle dottrine del diritto naturale di quest'epoca¹.

Intriso di un'etica di matrice individualistica, secondo Pietro Piovani (1922-1980) il pensiero della modernità andava rivendicando, grazie a questa matrice, tratti suoi propri. Più precisamente, e rispetto al giusnaturalismo “classico” e “medievale”², nelle tesi del filosofo napoletano la dottrina etica moderna si riconosceva nel segno di una distanza non più colmabile con il passato: essa abbandonava l'*etica della legge*, che subordina e disci-

¹Cfr., sul punto, N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, Giappichelli, Torino 2009.

²Sulla distinzione tra “classico”, “medioevale” e “moderno”, intesa come una delle possibili strategie di periodizzazione delle dottrine giusnaturalistiche: N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale* (1963), Giappichelli, Torino 2017, p. 24 ss.

plina la coscienza individuale, per abbracciare una prospettiva di *agonismo etico*, «che vede la vita come un *ἀγών* di personalità realizzanti se medesime»³.

Diversamente dai precedenti modelli del diritto naturale, il pensiero etico moderno si caratterizzava per una spiccata attenzione rivolta alla condizione umana. Una tendenza dalla quale derivava l'elaborazione di teorie in gran parte centrate su concezioni dell'identità che emergevano dalla descrizione di un primigenio e supposto *stato di natura* dell'esistenza. Non si trattava più di far fede su di un'idea della natura intesa come universo di principi ai quali attingere. Ci si concentrava, piuttosto, su di una condizione umana alla quale, *secondo natura*, inerivano il possesso di prerogative e la rivendicazione di diritti innati, ai quali si affidava il profilo dell'identità e della personalità individuali.

Nello spettro delle concezioni che muovono da questo nuovo paradigma individualistico, e non necessariamente aderendo alla tesi che Piovani formulava sulla discontinuità tra giusnaturalismo antico ed etica moderna⁴, il rinvio alla natura conferiva alla definizione dell'identità umana un connotato importante per i suoi successivi sviluppi. Esso si andava ancorando fuor di dubbio sui principi dell'*universalità* e dell'*uguaglianza*. È un punto su cui occorre soffermarsi, perché deve riconoscersi a esso attenzione e qualche cautela.

È senz'altro possibile rilevare oggi, alla luce di un'analisi del discorso teorico della modernità⁵ e nella consapevolezza delle molte incrinature che lo pervadono, sin dai suoi albori, (si pensi alla riflessione di Francisco Vitoria e della neoscolastica)⁶, che universalità e uguaglianza fossero attribuiti solennemente affermati in quelle teorie, ma in realtà circoscritti soggettivamente e, come tali, certamente *escludenti*⁷. Indubbio è altresì che, sin dalla loro affermazione, essi abbiano costituito un *ideale normativo* verso il quale si è rivolta una direttrice solida del pensiero politico e giuridico mo-

³ P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari 1961, p. 404. Del testo esiste anche una nuova edizione, a cura di F. Tessitore, con due note di N. Bobbio e G. Calogero: Liguori, Napoli 2000.

⁴ Diversa ricostruzione in quegli anni è rinvenibile in: G. Fassò, *La legge della ragione* (1964), a cura di C. Faralli-E. Pattaro-G. Zucchini, Giuffrè, Milano 1999.

⁵ N. Matteucci, *Dell'eguaglianza degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1989), in Id., *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1993, pp. 201-223.

⁶ T. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro* (1982), Einaudi, Torino 1992. Specificamente, sul rapporto tra universalità e diritti in Vitoria: L. Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, ETS, Pisa 2012.

⁷ Sull'esclusione emblematica delle donne dal paradigma dell'eguaglianza del pensiero moderno: A. Cavarero, *Le filosofie femministe. Un approccio teoretico*, in A. Cavarero-F. Restaino, *Le filosofie femministe. Due secoli di battaglie teoriche e pratiche*, Bruno Mondadori, Milano 2002, p. 86 ss.

derno, in un processo di continua espansione degli spazi di inclusione garantito dal riconoscimento delle posizioni giuridico-soggettive nel contesto delle comunità politiche. È in questo perimetro che, per quanto attiene all'identità, quello che era in origine un argomento fondato sulla *natura* (umana) trasla progressivamente su di una *costruzione* (giuridica e personale), relativa a una soggettività *artificiale* e *astratta* in costante, anche se problematica e controversa, espansione⁸.

Nel segno di un tale processo, dell'identità si afferma una concezione *pubblica*, che insiste su di una definizione normativa della personalità, tanto sul piano giuridico, quanto su quello politico. Accade così che siano il *soggetto di diritto*, per quanto attiene alla titolarità di posizioni giuridiche soggettive, e il *cittadino*, per ciò che riguarda la dimensione dell'appartenenza alla comunità politico-statuale, i nomi che assorbono il significato dell'identità umana, qualificando ciò che *rileva* dell'individuo.

In questa specifica visione del mondo, "il progetto giuridico" della modernità⁹, come Pietro Costa lo ha definito, si costituisce così in una dinamica tra *privato* e *pubblico* che è istituita secondo esigenze di distinzione reciproca, ma risponde anche, come ha mostrato la ricerca genealogica di Michel Foucault (1926-1984)¹⁰, a una più profonda pretesa di colonizzazione della sfera privata da parte del potere. Essa si costituisce come un'amministrazione pervasiva dell'esistenza, che occupa e contrae ambiti in origine sottratti alla rilevanza politica e giuridica, aspirando a *governare la vita stessa*¹¹.

Nell'età moderna, *chi sia l'essere umano* o in quali caratteristiche consista la sua natura, sono domande centrali anche in un'altra prospettiva, che è quella delle teorizzazioni filosofico-politiche. I tratti dell'identità umana (quelli della sua *natura* e quelli che essa assume come *costruzione*) sono richiamati in funzione degli apparati teorici di quelle dottrine giuridico-politiche che in essi ricercano il fondamento di legittimazione della società politica. Sebbene secondo diverse esigenze, il significato assunto dalle teorizzazioni sull'identità *naturale* è decisivo, in special modo, nelle dottrine del contrattualismo politico¹².

Nello schema del rapporto che si istituisce tra *società di natura* e socie-

⁸ Ch. Taylor, *Le radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna* (1989), Feltrinelli, Milano 1993.

⁹ P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Vol. I. *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano 1974.

¹⁰ M. Foucault, *Bisogna difendere la società* (1997), Feltrinelli, Milano 1998.

¹¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979* (2004), Feltrinelli, Milano 2005.

¹² Per un'ampia ricostruzione d'insieme: S. Rodeschini, *Stati di natura. Saggio sul contrattualismo moderno e contemporaneo*, Carocci, Roma 2012.

tà civile o politica, fino a G.W. Friedrich Hegel (1770-1831)¹³, è la natura dell'individuo a costituire l'argomento che giustifica l'esigenza della vita associata secondo regole, indicando nel consenso il modello della sovranità in cui si riconosce e si giustifica il fondamento del potere politico¹⁴. Ciò accade quando si tratta di affidare alla società civile un compito di *custodia* di talune attitudini innate all'essere umano, come per Hugo Grozio (1583-1645)¹⁵ o per Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)¹⁶, ovvero allorché la natura in cui si afferma consistere l'identità umana sia la ragione per istituire i termini di un *pactum subjectionis* tra gli individui e il sovrano che legittima l'obbedienza, come per Thomas Hobbes (1588-1679)¹⁷.

Con riguardo a quest'ultimo specifico contributo, sebbene non sia possibile soffermarsi sui molti profili del pensiero hobbesiano studiati in dottrina¹⁸, sono paradigmatiche, perché capaci di sintetizzare lo specifico ruolo che ad Hobbes veniva affidato in una determinata stagione di lettura della modernità, alcune pagine di Norberto Bobbio (1909-2004)¹⁹.

In una delle fasi di *renaissance* del giusnaturalismo del secolo scorso²⁰, e particolarmente nel corso del secondo Novecento, l'interesse per quelle dottrine aveva trovato un punto di ricaduta nella interpretazione del rapporto di appartenenza o meno di Hobbes al diritto naturale moderno. In una stagione di studi in cui, anche per il diverso approccio mostrato sul tema della legge naturale in rapporto all'identità e alla natura umane, si discuteva delle distanze incolmabili (come sostenuto dal già menzionato Piovanini) o delle differenze specifiche – itinerario percorso da Leo Strauss (1899-1973) o, in Italia, da Alessandro Passerin D'Entrèves (1902-1985)²¹ – tra giusnaturalismo *antico* e *moderno*, Bobbio interveniva a far chiarezza sulle tesi che si contendevano il campo. Il loro nodo era riconosciuto e ricondotto al ruolo da più parti attribuito proprio a Hobbes.

¹³ Sull'anti-contrattualismo di Hegel: D. Losurdo, *Hegel. Marx e la tradizione liberale. Libertà, uguaglianza, Stato*, Editori Riuniti, Roma 1988.

¹⁴ N. Matteucci, *Il contrattualismo*, in Id., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna (2 ed.) 1997, p. 101.

¹⁵ H. Grozio, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo* (1625), a cura di F. Arici-F. Todescan, introduzione di G. Fassò, Cedam, Padova 2010.

¹⁶ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), in Id., *Scritti politici*, a cura di P. Alatri, Utet, Torino 1970.

¹⁷ H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* (1960), Giuffrè, Milano 1965.

¹⁸ Su ciò, almeno: N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 2004.

¹⁹ Su Bobbio, per una ricostruzione del profilo intellettuale e con ampi riferimenti bibliografici: T. Greco, *Norberto Bobbio. Un itinerario tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma 2000.

²⁰ G. Fassò, *Il diritto naturale*, ERI, Torino 1964.

²¹ L. Strauss, *Diritto naturale e storia* (1953), Il Nuovo Melangolo, Genova 2009; A. Passerin D'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Roma 1954.

Era una questione che si incardinava all'interno di un'indagine più ampia, la quale si rivolgeva, in quegli anni, a definire cosa potesse intendersi per giusnaturalismo *moderno*. Intervenendo su questi aspetti, di Hobbes Bobbio sottolineava la centralità tipica degli autori che, interpretando le esigenze di trasformazione del proprio tempo, le traducono in elementi di non scarsa ambiguità per i loro interpreti. Occorre ricordare che la costruzione delle concezioni dello Stato (come unità) e del diritto (come prodotto della volontà del sovrano) consentivano di collocare Hobbes, come teorizzato in quegli anni da Mario A. Cattaneo (1934-2010), quale il primo rappresentante del positivismo giuridico inglese²². Anche alla luce di ciò, per Bobbio non solo vi era da rimarcare che i due termini in questione, *giusnaturalismo* e *positivismo giuridico*, fossero "concetti piuttosto ambigui", ma occorre valutare che la presunta polarizzazione in cui erano state costrette le due teorie non funzionasse affatto, soprattutto nel caso di Hobbes²³.

La tesi di Bobbio era chiara nella sua formulazione e riguardava il fatto che, proprio in quel segmento di riflessione sulla natura umana, che è tipico del pensiero del diritto naturale della modernità, in Hobbes fosse presente il *metodo*, ma non l'*ideologia* del giusnaturalismo: era, quella di Hobbes, una dottrina che «apre la strada al positivismo giuridico più di quel che perfezioni l'edificio del giusnaturalismo tradizionale», specificamente capace di tradurre i canoni tipici del diritto naturale in "gigantesca macchina dell'obbedienza"²⁴.

Ai fini del tema che si sta considerando, da questa lettura di Bobbio, concentrata nel riconoscere in John Locke (1632-1704), e non in Hobbes, l'autentica affermazione del giusnaturalismo moderno, emerge un duplice aspetto, apparentemente dicotomico, ma comunque permanente alle teorizzazioni dell'identità umana presentate dalle dottrine politiche e giuridiche della modernità.

Considerando il giusnaturalismo come un'*ideologia dei diritti* intesi quali *limite* al potere statale, il discorso sulla natura umana affermato dalla sua dottrina moderna, soprattutto in Locke, perfeziona, nell'interpretazione di Bobbio, il tratto che ne avrebbe poi caratterizzato il corso. È la peculiarità alla quale si accennava in precedenza: le inclinazioni naturali *istituiscono* le prerogative giuridiche e, grazie a esse, *costituiscono* il soggetto nella sfera politica e pubblica, per l'uguale possesso di posizioni innate e universali alla condizione umana.

²² M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffrè, Milano 1962.

²³ N. Bobbio, *Hobbes e il giusnaturalismo*, in "Rivista critica di storia della filosofia", 17, 4, 1962, pp. 470-485.

²⁴ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 485.

A muovere da ciò, tuttavia, sta implicita altrettanto indubbiamente una caratteristica specifica delle dottrine del diritto naturale moderno. Gli individui e le naturali attitudini che reclamano di esser affermate come diritti sul piano della sfera pubblica sono, rispettivamente, *entità* e *pretese* entrambe *anteriori* al potere e allo stesso ordinamento giuridico. È un aspetto che Hans Kelsen (1881-1973) avrebbe riconosciuto aderente a un residuo ideologico ancora pervasivo alla dottrina del positivismo giuridico ottocentesco. Un modello, quest'ultimo, che gli sembrava non riuscire a emanciparsi dall'affermazione che ne rappresentava il nucleo, quella riguardante un'origine naturale della soggettività e delle sue prerogative, che si rivelava nella falsa "dicotomia" tra diritti soggettivi e diritto oggettivo²⁵.

A questa pretesa, che, se si vuole, corrisponde a un modo tipico con cui il discorso del diritto naturale moderno costruisce il rapporto tra *identità umana* e *ordine giuridico-politico* si riallacceranno tutte quelle teorie che, ora proclamandosi apertamente giusnaturalistiche, come nel caso di John Finnis²⁶, ora, ricadendo implicitamente nel suo circuito, come accade per il discorso sulle condizioni di "capacitazione umana" di Martha C. Nussbaum²⁷, ambiranno a consolidare sulla *natura* il fondamento di universalità dell'identità umana.

A una tale direttrice la dottrina hobbesiana si sottrae, anticipando un'altra delle permanenze del discorso della modernità giuridica sull'identità umana. Se quella di Hobbes, come scrive Bobbio, si mostra essere la prima "moderna teoria dello Stato"²⁸, ciò si deve anche in ragione della specifica concezione dell'identità che si ritrovava affermata nella sua dottrina.

È una tesi particolarmente evidente nel *Leviatano* (1651), opera in cui Hobbes esplicitamente separa il concetto di *essere umano* da quello di *persona*. Lo scenario è quello del rapporto tra *identità* e *rappresentazione* e si radica nel significato del lemma greco *πρόσωπον*, «travestimento (...) sembiante esteriore (...) maschera (...) faccia posticcia»: «Una persona è colui le cui parole o azioni sono considerate o come sue proprie, o come rappresentanti – sia veramente sia mediante finzione (by fiction) le parole o azioni vuoi di un altro, vuoi di qualunque altra cosa cui vengono attribuite»²⁹.

Il problema dell'identità personale torna in Locke, connotato da una rilevanza giuridica. La concezione hobbesiana della persona come maschera

²⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2000, p. 77 ss.

²⁶ J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996.

²⁷ M.C. Nussbaum, *Coltivare l'umanità. I classici, il liberalismo, l'educazione* (1997), Carocci, Roma 1999.

²⁸ N. Bobbio, *Introduzione* a Th. Hobbes, *Opere politiche* (1948), Utet, Torino 1959, p. 7.

²⁹ Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 131.

e rappresentazione diviene in Locke qualcosa di diverso e ulteriore: la persona è il termine, il nome pubblico del sé («Person, as I take it, is the name of this Self») ³⁰.

L'identità umana assume senso in Locke nella riferibilità (*propriety*) all'individuo di ciò che gli è proprio (*property*) ³¹. Essa riguarda un giudizio di *corrispondenza* e non di *identità*, il quale si affida alla percezione che si ha di sé ³²: «in ciò consiste l'*identità*, quando le idee cui essa è attribuita non si diversificano affatto da ciò che erano nel momento in cui noi consideriamo la loro anteriore esistenza, e al quale confrontiamo la presente» ³³. È la coscienza (*consciousness*) a mantenere nel tempo la persona al proprio sé poiché essa «unisce nella stessa persona (...) azioni tra loro lontane, quali che siano le sostanze che hanno contribuito alla loro produzione» ³⁴. Non avendo più alcuna consistenza ontologica che la leghi alla natura, l'*identità personale* si definisce come la condizione alla quale è possibile affidare un'esigenza di mantenimento di sé nel tempo: «la sostanza di cui l'io personale consisteva in un certo tempo, in un altro tempo può venire modificata, senza che cambi l'identità personale», perché «non vi sarà questione circa l'identità della persona» anche lì dove «siano stati tagliati da essa quegli arti che fino a un attimo addietro ne facevano parte» ³⁵.

L'identità della persona, per Locke, non consiste né nell'identità della sostanza né in quella del corpo, ma in quella della coscienza ³⁶, che è capace di proiettarsi retroattivamente nel passato come *memoria*, e di tendere al futuro come *cura*. L'uomo, come natura, e la persona, come identità, ne vengono intesi come termini distinti: il primo, l'essere umano, è sempre *lo stesso*, immutabile, l'altra, la persona, è coscienza e consapevolezza di sé sul piano della propria estrinsecazione pubblica.

³⁰ J. Locke, *Saggio sull'intelligenza umana* (1690), con prefazione di A. Carlini, Laterza, Roma-Bari 1951.

³¹ K. Olivecrona, *The Term 'Property' in Locke's Two Treatises of Government*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 61, 1975, pp. 109-115.

³² J. Locke, *Saggio sull'intelligenza umana*, cit., p. 457.

³³ J. Locke, *op. cit.*, p. 447.

³⁴ *Ivi*, p. 459.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ R. Bodei, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Feltrinelli, Milano 2004, p. 39.

2. *Le concezioni giuridiche dell'identità e il principio pluralistico. La questione identitaria nel dibattito contemporaneo*

Tra le ragioni che fanno del tema dell'identità una questione centrale e difficile per la dottrina del diritto contemporanea non c'è solo il lungo corso della sua storia moderna, ma la natura stessa di un concetto che, in termini filosofici, è certamente ambiguo. È abbastanza evidente che la parola "identità" stabilizzi diversi complessi di significati, il che rende difficile offrirne una definizione valida in assoluto³⁷. Oltre a ciò, anche quando si passi a considerare l'identità nel perimetro del suo consolidamento all'interno di definizioni giuridiche, ci si accorge che il linguaggio del diritto non restituisce di essa un'univoca determinazione. Il significato giuridico dell'identità insiste, infatti, almeno su due dimensioni diverse, quella del *corpo politico* (l'identità della Nazione)³⁸, e quella, specifica, della *condizione soggettiva* e delle sue prerogative (l'identità del soggetto individuale o, anche, di gruppo³⁹).

Entrambi questi aspetti sono impliciti alla storia moderna del rapporto tra identità umana e ordine giuridico-politico, per come si è tratteggiato nel paragrafo precedente.

Sebbene nel senso comune oggi prevalente, quando ci si riferisca al tema dell'identità si intenda soprattutto la condizione soggettiva o di gruppi e, per questo, la pratica (e la conseguente dommatica definitoria) delle rivendicazioni identitarie, sia l'una che le altre *non escludono* ma *implicano* la declinazione simbolica e più propriamente politica del suo concetto. È un'affermazione su cui si può agevolmente convenire quando si consideri che il quadro sistematico in cui trova fondamento la legittimità delle rivendicazioni basate su una qualche concezione dell'identità faccia, anch'esso, leva su di una fisionomia identitaria di tipo politico, che si riconosce nella *vocazione pluralistica* degli ordinamenti contemporanei⁴⁰.

³⁷ Su ciò, basti solo pensare al principio di identità al quale fa riferimento Kelsen per concludere il concetto di giustizia: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 57-58.

³⁸ *Ex multis*, in chiave storico-giuridica: G. Cazzetta, *Retoriche dei giuristi e costituzione dell'identità nazionale*, il Mulino, Bologna 2013.

³⁹ Su questi aspetti, con specifico riguardo alle identità di gruppo, e ancora nella chiave della ricostruzione storica del pensiero moderno, occorre sottolineare il contributo di Althusius (J. Althusius U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani* (1614), a cura e con un saggio introduttivo di C. Malandrino, Claudiana, Torino 2009).

⁴⁰ Cfr., da ultimo, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 2017; B. Celano, *Lezioni di filosofia del diritto: costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2018.

Assumendo il punto di vista interno affermato dal costituzionalismo contemporaneo, il *pluralismo* si delinea come un connotato indiscusso in cui *si identificano* gli ordinamenti del secondo dopoguerra. Di esso può offrirsì un duplice ordine di rappresentazioni: come *dato*, il pluralismo è un aspetto descrittivo recepito dalle Costituzioni della seconda metà del Novecento (il pluralismo dei valori, l'articolazione plurale delle comunità politiche e delle loro autonomie); come *idea*, d'altro canto, esso è a tutti gli effetti un valore da tutelarsi, un principio di carattere normativo al quale tendere.

In questi due volti si manifesta il tratto caratterizzante della vocazione pluralistica dei sistemi giuridici e politici contemporanei. Essi non solo *assumono* il pluralismo delle identità (personali e di gruppo) come principio fondamentale, ma sono altresì strutturati per *resistere* e *assorbire* i conflitti e le trasformazioni che le rivendicazioni identitarie facciano valere, incanalandoli nelle forme e nelle garanzie previste dai modelli liberal-democratici degli stati di diritto contemporanei.

Nella sua dinamica virtuosa e fisiologica, nel costituzionalismo si istituisce dunque una connessione tra il pluralismo, come *elemento che conferisce identità* al corpo politico, e le *pretese identitarie* delle persone, che trovano, nel suo contesto, le proprie premesse e le condizioni stesse della loro esplicazione. Tornando a quanto si accennava, a proposito della ambiguità che sembrerebbe pervadere il significato giuridico dell'identità, ciò consente un chiarimento.

Almeno nella specifica declinazione che si è appena proposta, le rivendicazioni identitarie e il pluralismo dei sistemi costituzionali contemporanei si implicano vicendevolmente. Le prime sono certamente declinate nel nome di un'appartenenza che si radica nell'autodeterminazione personale o nel gruppo, mentre l'altro è il quadro stesso in cui si riconosce la fisionomia del corpo politico statuale, quale affermato in seno agli Stati costituzionali e nel rapporto che essi istituiscono con le comunità sovranazionali, sia politiche che giurisdizionali.

In questa cornice ha senso interrogarsi su di un punto più specifico e rilevante per la questione della definizione giuridica dell'identità umana. Esso attiene alle trasformazioni che hanno riguardato la sua concezione moderna nel quadro del pluralismo giuridico. Considerando il significato *artificiale* e *pubblico* che l'identità umana assumeva nelle dottrine della modernità, le odierne rivendicazioni che si iscrivono variamente nel nome dell'appartenenza identitaria, sono *prima facie* affermazione di differenze che rompono la sostanza granitica del *soggetto del diritto/proprietario* dell'individualismo possessivo⁴¹, pur essendo ancora, nel loro nucleo, nient'altro che pretese di uguaglianza.

⁴¹ C.B. MacPherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (1962), Isedi, Milano 1973.

za⁴². Si tratta di pretese che, per altro verso, mettono in crisi una determinata concezione *liberale* della cittadinanza la quale, come osserva Will Kymlicka, va disancorata dalla sua malintesa neutralità⁴³.

Si è detto che le rivendicazioni identitarie, pur promuovendo l'affermazione di *differenze*, siano da ricomprendersi pienamente nei regimi tipici delle *pretese di uguaglianza*. Non si tratta di un'affermazione scontata alla luce di una questione ancora in parte irrisolta che, su quest'aspetto, si rivolge a considerare l'adeguatezza del principio di uguaglianza a garantire le differenze di cui le identità sono portatrici⁴⁴. Proprio su questi aspetti, nella prospettiva della teoria del diritto, è opportuno non allontanarsi dagli argomenti proposti sul tema da Letizia Gianformaggio (1944-2004).

Conducendo la propria analisi sul rapporto dilemmatico tra *uguaglianza* e *differenza*, la studiosa poneva l'accento sulla concezione giuridica dell'eguaglianza, riconducendone a unità il principio, per la sua capacità di assorbire il trattamento delle differenze secondo le istanze di perequazione che, di volta in volta, esse necessitano⁴⁵.

Gli argomenti di Gianformaggio erano e sono ancora del tutto validi. Nelle questioni poste dalle identità, il giurista non può leggere alcun dilemma o aporia che esse porrebbero al principio in esame. Piuttosto, le identità offrono un'articolazione decisiva dello specifico significato giuridico dell'uguaglianza: rifrangendosi nello spettro delle rivendicazioni identitarie, questi temi richiamano dell'uguaglianza tanto la dimensione della garanzia formale al pari trattamento dinanzi alla legge, quanto quella che implica l'assunzione delle condizioni di differenza in cui si esplica la concreta "vita materiale" della persona, questioni che richiedono un intervento perequatore e, talvolta, differenziato⁴⁶.

Se le pretese che si agglutinano nei paradigmi identitari sono da considerarsi nell'alveo del principio giuridico dell'uguaglianza, occorre a questo punto passare a un'ultima considerazione, per andare più a fondo sulle sfi-

⁴² Sull'eguaglianza, in chiave teorico-generale: R. Guastini, *La grammatica di «eguaglianza»* (1992), in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 157-161. Su eguaglianza e costituzionalismo: G. Zanetti, *Eguaglianza*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 43-66. Dello stesso Zanetti, si può vedere, da ultimo, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, il Mulino, Bologna 2015.

⁴³ W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale* (1996), il Mulino, Bologna 1999.

⁴⁴ Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino 2015; più specificamente, dello stesso Casadei, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Aracne, Roma 2017, spec., pp. 103-107, 139-141.

⁴⁵ L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, Bologna 2005.

⁴⁶ L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo* (1982), in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna 1985, pp. 123-145.

de che su questi aspetti interrogano la dottrina giuridica.

Le rivendicazioni identitarie insistono sul diritto contemporaneo con una forma di specificità che riguarda i regimi di *appartenenza* e di personale *identificazione* su cui esse fanno leva. Viene in rilievo, in questi termini, un aspetto distinto del pluralismo, quello dei sistemi o ordinamenti normativi: esso non va confuso né con il *pluralismo giuridico* come teoria, né tanto meno con il carattere pluralistico che informa i modelli degli stati costituzionali contemporanei (*pluralismo politico e istituzionale*).

Diversamente da queste ultime accezioni, il *pluralismo normativo* rappresenta un modello che si rivolge a indagare i rapporti tra complessi di norme, giuridiche e non giuridiche, specificamente concorrenti a costituire le *ragioni per agire* dell'individuo⁴⁷. In questa cornice, le plurali dimensioni dell'appartenenza in cui l'individuo si riconosce, producono differenti regimi normativi che concorrono a definire ordini di prescrittività non necessariamente armonici e, talvolta, in conflitto reciproco. Ciò interviene a costruire una definizione dell'identità che si lega all'appartenenza a categorie (il genere, l'etnia, la cultura, la religione) portatrici di specificità e differenze, siano esse personali o di gruppo.

3. Oltre l'identità. *Prospettive critiche sull'identità umana e teoria del diritto*

Il processo che ha trasformato il discorso politico e giuridico sull'identità umana riguarda un fenomeno di frammentazione che ha colto la definizione del suo concetto. Per i molti piani in cui essa si colloca negli ordinamenti giuridici contemporanei, una tale prospettiva implica questioni teoriche di non poco conto. Tra queste, particolarmente coinvolta è quella che riguarda il tema della soggettività⁴⁸, fatto oggetto di una critica che si concentra sulla mera illusorietà dei suoi attributi di *universalità* e *uguaglianza*.

Si tratta di una cornice generale, nella quale assumono specifico rilievo soprattutto due temi: *il discorso sui rapporti tra il diritto e la cultura* e *la riflessione sulle soggettivazioni di genere*. Isolare questi due specifici ambiti consente di mettere a fuoco una loro comune tendenza a tenere convergenti due argomenti: la critica al soggetto giuridico e politico della modernità e la decostruzione, antropologica o filosofica, del concetto stesso dell'identità umana.

La riflessione sul *pluralismo normativo*, che si focalizza sul rapporto tra

⁴⁷ A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari 2001.

⁴⁸ Per una dettagliata ricostruzione, S. Amato, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

la soggettività giuridica e le identità definite dall'appartenenza di gruppo, e il tema, per altro verso, delle *identità di genere* sono, in questo senso, i principali contesti teorici in cui si coltiva una tensione ad *oltrepassare* il concetto di identità. A quest'ultimo si rivolgono molte obiezioni, la principale delle quali verte sull'impossibilità di affermare una qualche concezione dell'identità che non sia innervata da una tensione a rappresentare la condizione umana nel segno di una universalità *artificiale* più ancora che *reale* e, come tale, asservita a esigenze di omologazione.

3.1. *Le identità umane e i regimi di pluralismo normativo: le identità culturali*

Nello scenario dell'esperienza giuridica contemporanea, contraddistinto dall'avanzamento *delle identità* sul piano della sfera pubblica, occorre riconoscere un elemento di novità, che s'incardina nel circuito che gli ordinamenti costituzionali stabiliscono tra il pluralismo giuridico, le pretese di uguaglianza e i diritti fondamentali. Ciò si verifica con particolare riguardo alle questioni giuridiche poste dalle identità culturali e, specificamente, dai regimi di normatività concorrenti all'interno dello spazio pubblico. In questa cornice s'iscrivono nodi di carattere teorico che mostrano tratti inediti, nonostante essi si ritrovino apparentemente a insistere su un tema non sconosciuto alla riflessione giuridica, che è quello che ha riguardato i rapporti tra il diritto e la cultura.

Oggetto dell'attenzione della filosofia del diritto del primo Novecento⁴⁹ e orizzonte di riferimento particolare, durante il secolo scorso, dello studio antropologico del fenomeno giuridico⁵⁰, la cultura torna, nello spettro del pluralismo normativo, tra i campi di indagine della dottrina del diritto. Va però specificato che, nonostante il richiamo a queste illustri tradizioni di pensiero, il campo che la cultura occupa nel discorso giuridico contemporaneo sia caratterizzato da una certa discontinuità, soprattutto in ragione del tipo di riflessione sul *fattore culturale* che si è andata costruendo nel contesto del dibattito sul multiculturalismo⁵¹.

Tra i molti elementi su cui ci si potrebbe soffermare, merita considerazione la diffusa tendenza di questi studi a far confluire un presupposto *de-*

⁴⁹ G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig 1914.

⁵⁰ Paradigmatica è, ad esempio, la riflessione di F. Boas, *The Mind of Primitive Man*, Macmillan, New York 1911. Importante, in chiave ricostruttiva: R. Benedict, *Patterns of Culture*, Houghton Mifflin, Boston 1934.

⁵¹ E. Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Aracne, Roma 2006. Per una disamina delle varie teorie, M.L. Lanzillo, *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari 2005.

scrittivo, riguardante il carattere pluralistico delle società contemporanee, su di una concezione *normativa*, che assorbe le identità nei termini di *differenze culturali*⁵². In quest'accezione *differenzialista* della cultura ha trovato modo di esprimersi una specifica funzione argomentativa svolta dal fattore culturale, come *ragione* capace di motivare l'azione individuale e idoneo a concorrere, in potenziale condizione di conflitto, con la norma giuridica.

Nel contesto del pluralismo normativo, quello tra *norma giuridica* e *norma culturale* pone un'ipotesi di conflitto tra sfere prescrittive particolarmente insidiosa. Si tratta di un tema che non può ridursi, per intendersi chiaramente, nel solco della tradizionale impostazione riguardante il conflitto tra sfere prescrittive dell'agire umano, il quale ha avuto la sua declinazione classica nel rapporto tra diritto e morale. Questa specificità la si deve all'elemento *valutativo* che, inevitabilmente, si accetta di accogliere quando si definisce l'azione dell'individuo motivata da un'appartenenza culturale nei termini di una *differenza*. È asserzione pienamente valutativa, quella che conduce a formalizzare le rivendicazioni identitarie nella cornice di una contrapposizione tra il *sistema culturale maggioritario* e dominante, al quale la norma giuridica partecipa, e i *sistemi culturali altri*, che al primo sono estranei, che al diritto sono esteriori, e del diritto sono potenzialmente antagonisti.

I termini che così ne vengono polarizzati – *identità* e *differenza*, *maggioranza* e *minoranza*, *io/altro* – sono certamente il prodotto di una interpretazione ideologica del multiculturalismo, che rappresenta il fattore identitario delle culture all'interno di una narrazione che fa leva su di uno "scontro di civiltà"⁵³.

Nello scenario, tutt'altro che neutrale, del multiculturalismo, prevale l'idea della cultura come *differenza* che dà ragioni al soggetto per agire in contrasto o in concorrenza con la capacità motivante del diritto (ovvero con la capacità della norma giuridica di costituirsi come *ragione* per agire)⁵⁴. Ciò connota in un senso rigido e riduttivo la dimensione dell'appartenenza identitaria, la quale finisce con l'essere rilevante come unico fattore capace di *dar fondamento* alle ragioni dell'azione soggettiva, in una sorta di retaggio deterministico che avvince solo chi appartiene alle minoranze.

In forza di argomenti come questo, soprattutto lì dove si rimette al giudice il compito di valutare il circuito di motivazione che s'instaura tra ap-

⁵² F. Wieviorka, *La differenza culturale. Una prospettiva sociologica* (2001), Laterza, Roma-Bari 2002.

⁵³ S.P. Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale* (1996), Garzanti, Milano 1997.

⁵⁴ Sull'adozione di un "punto di vista interno" che consente ai consociati di riconoscere la norma giuridica come *ragione* per agire, costituendola così come fattore capace di garantire la regolarità e stabilità dei comportamenti: H. Hart, *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002.

partenenza culturale o religiosa e comportamento individuale, l'approccio della scienza giuridica al pluralismo normativo va di necessità integrato con il contributo offerto, su questi temi, dall'antropologia contemporanea.

In agguato è l'insidiosa rappresentazione di una logica di normalizzazione della differenza che, risolvendo quest'ultima nell'appartenenza identitaria a gruppi etnici o comunità religiose, rischia di lasciar entrare nuovamente nel discorso giuridico categorie che già in passato avevano provato a *spiegare* e a chiudere la differenza in un destino deterministico. La cultura rischia di essere questa categoria, declinandosi come un universo di valori e pratiche che, mentre in un sistema maggioritario e dominante esce dall'orizzonte dell'azione individuale, perché si formalizza e si assorbe nella norma sociale e giuridica (*people without culture*), sopravvive solo nei sistemi *altri*, i quali resistono all'ordine della razionalizzazione formale garantita dal diritto, esplicando una forza normativa per il comportamento individuale (*people who have culture*)⁵⁵. In campo, vi è una dialettica tra distinte e contrastanti interpretazioni antropologico-culturali della soggettività: l'una facente leva su di un dominio deterministico che deriva dal fatto di appartenere e riconoscersi in un gruppo⁵⁶, l'altra, invece, riferita alla rappresentazione di una soggettività che è quella cristallizzata nel patrimonio giuridico europeo e occidentale, libera nella misura in cui è capace di autodeterminare le proprie azioni⁵⁷.

Cogliendo le difficoltà poste da questi temi, la parte più consapevole della dottrina giuridica non ha avuto esitazione a riconoscere un compito di approfondimento che il pluralismo normativo e, specificamente, le ipotesi di concorrenza tra la norma giuridica e la norma culturale rivolgono al giurista, sia teorico che pratico. Questione particolarmente cruciale è apparsa essere quella riguardante la necessità di sollecitare, soprattutto nelle fasi del giudizio, adeguate consapevolezze di ordine antropologico, seguendo modelli già consolidatisi in altri ordinamenti⁵⁸. Proprio in questo senso, tuttavia, nel segno di una sfida ad aprire gli orizzonti della conoscenza giuridica all'antropologia, occorre tenere in debita considerazione il radicale ripensamento che ha riguardato il concetto di cultura.

Sul crinale discendente di quella gloriosa parabola che ne aveva intrecciato la definizione allo sviluppo dell'antropologia novecentesca, la

⁵⁵ Sulla tensione tra multiculturalismo e libertà fondamentali, soprattutto nel pensiero liberale femminista: L. Volpp, *Blaming Culture for Bad Behavior*, in "Yale Law Journal", 12, 2000, pp. 89-116.

⁵⁶ U. Wikan, *Culture: A new Concept of Race*, in "Social Anthropology", 7, 1, pp. 57-64.

⁵⁷ Su questa dialettica, sia consentito rinviare a V. Marzocco, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale scientifica, Napoli 2012.

⁵⁸ I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti*, FrancoAngeli, Milano 2012.

cultura è un concetto di cui l'antropologo osserva i limiti, talvolta ritenendo che di esso la sua scienza possa fare a meno⁵⁹: dalla definizione statica di Edward B. Tylor (1832-1917) – che pure segnava del termine *Kultur* l'ingresso sistematico nel lessico filosofico e giuridico europeo ottocentesco⁶⁰ –, e nonostante il contributo fondamentale alla *soggettivizzazione* del suo concetto che avrebbe dato l'antropologia interpretativa di Clifford Geertz (1926-2006)⁶¹, la cultura appare aver smarrito proprio la sua funzione interpretativa. In senso opposto, all'antropologia contemporanea essa appare piuttosto come una “barriera” eretta a ostacolare la comprensione dell'umano.

In una cornice teorica che solo in parte si lascia tenere dentro il tradizionale tema del pluralismo delle sfere prescrittive, il governo giuridico delle società multiculturali fa centrale la riflessione antropologica. Di essa, si ritiene preziosa la sollecitazione a riflettere sul linguaggio che, attraverso il fattore culturale, torna a portare in auge non la razza come concetto biologico ma, come opportunamente rileva Étienne Balibar, il suo insidioso «significante (...) all'interno di svariate configurazioni discorsive»⁶². La cultura, come rilevato da Pierre A. Taguieff, è il nome *urbanizzato* e dunque socialmente accettabile della *razza*. Un concetto che ha liberato dal sostegno biologico la concezione della radicale differenza che quest'ultima affermava, continuando però a rinnovarne la funzione⁶³.

Da altro punto di vista, far tesoro degli studi antropologici implica anche rivolgersi al contributo specifico dell'antropologia giuridica. Lavorando sulla coesistenza di ordinamenti nello spazio della statualità, i modelli teorici dell'*interlegalità* o, come li si è anche definiti, di *policentrismo giuridico*⁶⁴, consentono di maturare una consapevolezza ancora diversa sotto il profilo della critica al concetto di identità⁶⁵.

Occorre tuttavia rilevare che queste teorie muovano da specifiche pre-

⁵⁹F. Remotti, *Cultura. Dalla complessità all'impoverimento*, Laterza, Roma-Bari 2011. Dello stesso autore, si veda, da ultimo, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari 2012⁶.

⁶⁰E.B. Tylor, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, philosophy, Religion, Art and Custom*, 2 voll., Murray, London 1871.

⁶¹C. Geertz, *Interpretazione di culture* (1973), il Mulino, Bologna 1987.

⁶²É. Balibar, *Il ritorno al futuro della razza: tra società e istituzioni. Intervista a Étienne Balibar*, a cura di Th. Casadei, in “Rivista trimestrale di Scienze dell'amministrazione”, 4, 2007, p. 15.

⁶³C. Lévi-Strauss, *Razza e storia, razza e cultura* (1971), Einaudi, Torino 2002; P.A. Taguieff, *Le néo-racisme différentialiste. Sur l'ambiguïté d'une évidence commune et ses effets pervers. L'éloge de la différence*, in “Langage et société”, 34, 1985.

⁶⁴H. Petersen-H. Zahle (ed. by), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth Publishing, Aldershot 1994.

⁶⁵S. Roberts, *Orders and Disputes. An Introduction to Legal Anthropology*, Penguin Books, New York 1979.

messe che riguardano la definizione di diritto. Per un verso, il concetto di norma è più ampio e, come tale, naturalmente più disponibile ad assorbire livelli di prescrittività che si collocano su diversi gradi di istituzionalizzazione. Oltre a ciò, in questi studi si afferma la tendenza a concedere il crisma della giuridicità a fonti “fluide e instabili” da cui queste norme originano⁶⁶.

Anche in considerazione di questi aspetti, è opportuno accogliere la sollecitazione di Alessandra Facchi a distinguere il piano della *normatività* da quello della *giuridicità*, soprattutto lì dove appare in questione il tema delle libertà e dei diritti fondamentali. Occorre, cioè, fare attenzione a non definire attraverso il quadro del *pluralismo giuridico* o *degli ordinamenti*, secondo la teoria istituzionalistica di Santi Romano (1875-1947)⁶⁷, quel complesso di strumenti analitici che ricadono in un ambito diverso, che è quello del *pluralismo normativo*.

3.2. *Identità di genere e principio di uguaglianza*

Nella cornice degli studi antropologici emerge una contestazione che, rivolgendosi alla cultura come dispositivo teorico non più utile a comprendere la differenza umana, travolge anche le identità che in essa pretenderebbero di fondare la propria rappresentazione. Del circuito che si costituisce tra la cultura e l'identità si denunciano due limiti, tra loro connessi e reciprocamente funzionali: per un verso, vi è la tendenza a chiudere in una forma di *determinismo* il fattore culturale, che costringe le identità nell'appartenenza al gruppo, pensandole isolate dagli scambi e dalle trasformazioni cui le plurali espressioni della vita e della personalità individuali vanno incontro; per altro, si rappresenta la propensione dell'identità culturale o etnica a essere la forma che, concretamente, assumono i rapporti di dominio esistenti all'interno di un dato ordine sociale.

Non distanti da questi approcci, le teorie femministe interpretano le sollecitazioni e le obiezioni appena accennate sul concetto di identità umana in una direzione specifica. Nonostante ciò, richiamando la tendenza a ricostruire il femminismo in base alle rivendicazioni avanzate nelle diverse fasi della sua affermazione (c.d. “ondate” del pensiero femminista⁶⁸), va detto che la teorizzazione dell'identità sia un argomento certa-

⁶⁶ A. Facchi, *Pratica dei diritti e pluralismo giuridico nella ricerca antropologica*, in “Ragion pratica”, 43, 2014, pp. 557-569.

⁶⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), a cura di M. Croce, Quodlibet, Macerata 2018. Per la ripresa di interesse rispetto al pluralismo di Romano, si vedano i contributi raccolti in *Jura Gentium*, 2, 2018.

⁶⁸ C. Faralli, *Donne e diritti. Un'introduzione storica*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti*, cit., pp. 1-13.

mente tra i più articolati nello sviluppo del movimento⁶⁹.

La critica all'identità nell'ambito del pensiero femminista segnala infatti un complesso di obiezioni, più ancora che un'unica e specifica tesi. Più particolarmente ancora, l'identità coagula criticità che si evidenziano e si trasformano sulla scorta di alcuni fattori che riguardano la teorizzazione filosofica della condizione femminile, il riconoscimento dei diritti e degli *status* giuridico-politici delle donne e, infine, l'influenza di alcuni specifici orientamenti filosofici nel dibattito su ciascuno di questi temi.

Su alcuni di questi specifici punti, occorre sottolineare che il pensiero femminista rivendichi per sé una collocazione non sempre agevole nel campo della teoria del diritto. Ciò vale soprattutto nel caso delle posizioni radicalmente critiche nei riguardi della soggettività, le quali teorizzano il carattere sempre impreveduto della costruzione dell'identità, come nel contributo di Butler⁷⁰. Diversamente, invece, deve affermarsi per la *feminist jurisprudence*, a tutti gli effetti parte dell'alveo in cui hanno operato e operano le teorie critiche del diritto⁷¹. A questo campo di studi, il femminismo giuridico contribuisce attraverso la leva della critica all'identità, chiamata in causa nella matrice *sessuata* che esso riconosce nelle concezioni e nelle categorie giuridiche assunte dalle società occidentali, fatta oggetto di un ripensamento che denuncia la sola pretesa tensione universalistica e neutrale del linguaggio dei diritti della modernità⁷².

Se il primo punto passa per la necessità di declinare *oltre la biologia del corpo* l'identità, con il secondo, che definisce il passaggio dalle *identità sessuali* alle *identità di genere*, si pone invece in crisi il principio di uguaglianza, come dispositivo di *normalizzazione* e *occultamento* della differenza.

Considerando gli aspetti appena accennati, è del tutto evidente che il tema delle identità di genere sia andato a trascendere l'orizzonte proprio delle rivendicazioni femministe. Da esso si è aperto un orizzonte critico che percorre tutti i temi che le pluralità identitarie basate sul genere pongono alla teoria del diritto: dalla libertà procreativa, alla ridefinizione del modello di famiglia e di matrimonio, al riconoscimento dei diritti civili e sociali che vi stanno connessi. Nel suo quadro ha trovato spazio, per altro verso,

⁶⁹ A. Verza, *Le correnti femministe. Il difficile equilibrio tra eguaglianza e differenza*, in G. Campesi-I. Populizio-N. Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale. Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Carocci, Roma 2009, pp. 257-292.

⁷⁰ J. Butler, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità* (1990), Laterza, Roma-Bari 2013.

⁷¹ L. Re, *Femminismi e diritto. Un rapporto controverso*, in O. Giolo-M.G. Bernardini (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa 2017, pp. 179-205.

⁷² I. Trujillo, *Universalità, realismo e diritti. Su alcuni contributi del femminismo alla teoria del diritto*, in "Rivista di filosofia del diritto", 2, 2013, pp. 367-378. In un'ottica radicalmente diversa, riaffermando la centralità dell'identità sessuale: Ch.A. MacKinnon, *Le donne sono umane?* (2006), Laterza, Roma-Bari 2012.

un attacco profondo che, dal punto di vista teorico, si è rivolto a quegli stessi processi ai quali le soggettivazioni vanno incontro. Ne ha costituito punto cruciale la riflessione sul carattere ambiguo delle forme di *legittimazione*, le quali istituirebbero una polarizzazione tra ciò che è “legittimo” e ciò che è “illegittimo” rivolta a governare, secondo una concezione di ciò che è “normale”, l’esistenza individuale⁷³.

Inclusi in questo schema, i processi di soggettivazione di genere, almeno quanto lo erano già stati quelli di soggettivazione femminile, non cesserebbero di porre la medesima domanda che questi ultimi avevano già avanzato: è possibile pensare a forme di riconoscimento delle differenze che non ricadano nel doppio binario legittimo/illegittimo attraverso cui le classi dominanti predeterminano ciò che è desiderabile o meno?

Si tratta di una domanda che si intreccia con la tensione decostruttiva con la quale soprattutto il “femminismo della differenza” si era rivolto al principio di uguaglianza⁷⁴: consegnata a mera illusione la stagione del femminismo (che aveva contraddistinto la prima ondata del pensiero femminista, concentrato su di una domanda di inclusione e di accesso all’uguaglianza giuridica), a partire dagli anni Settanta ci si era concentrati sul concetto di *genere*, nella necessità di emancipare dal biologico la condizione femminile⁷⁵.

Muovendo da queste premesse, il femminismo teorico rivendicava la sua capacità di costituirsi come sguardo epistemologicamente in grado di de-strutturare la presunta neutralità del diritto come strumento di politiche della differenza, ma anche capace di alzare il velo su di un patrimonio concettuale costruitosi intorno a un linguaggio che aveva introiettato il sessismo come modalità performativa del dominio maschile.

Al di là delle sue ingenue rappresentazioni, l’obiettivo critico di quel femminismo differenzialista era un’interpretazione dell’uguaglianza come dispositivo di neutralizzazione e assimilazione della differenza. Ed è su questo punto che occorre rilevare che questa concezione dell’uguaglianza non corrisponda affatto al suo principio giuridico. Come dimostrato da Gianformaggio, una tale indebita conclusione trova piuttosto il suo fondamento

⁷³ Essere legittimati dallo Stato «significa entrare a far parte dei termini della legittimazione offerta e scoprire che la percezione di sé in quanto persona, pubblica e riconoscibile, dipende essenzialmente dal lessico di tale legittimazione»: J. Butler, *La disfatta del genere* (2004), Meltemi, Roma 2006, p. 135.

⁷⁴ Sulla tensione tra *uguaglianza* e *differenza*: G. Conti Odorisio, voce «Femminismo», in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino 1983, pp. 385-389. Sull’uguaglianza come «sforzo astrattivo della teoria finalizzato all’eliminazione di qualsiasi differenza»: A. Cavarero, *L’ordine dell’uno non è l’ordine del due*, in M.L. Boccia-I. Peretti (a cura di), *Il genere della rappresentanza*, Editori Riuniti, Roma 1988, p. 71.

⁷⁵ J. Butler, *Questioni di genere*, cit.; R. Braidotti, *Soggetto nomade. Femminismo e crisi della modernità* (1994), Donzelli, Roma 1995.

nella definizione che normativamente si conferisca alle concezioni della *differenza* e dell'*uguaglianza*⁷⁶.

4. Oltre le identità. *Un nuovo approccio: condizione umana e vulnerabilità*

In uno scenario di frammentazione identitaria – in cui, cioè, *la pluralità delle identità* prevale su una concezione unitaria e universale *dell'identità* – il discorso giusfilosofico ha mostrato una particolare attenzione nei riguardi del concetto della *vulnerabilità*, intesa come condizione che riguarda l'esistenza materiale di ciascun essere umano. Si tratta di un tema che interpreta in chiave giuridica una tendenza a definire, attraverso la vulnerabilità, un nuovo approccio all'identità soggettiva, argomento su cui studiose come Judith Butler⁷⁷ e Martha Fineman⁷⁸ si concentrano con attenzione, sebbene con accenti distinti.

Dal punto di vista teorico, in queste tesi torna il complesso dei temi e delle sollecitazioni radicali che sono emersi dalle obiezioni appena considerate sull'identità umana: la pretesa universalità che a essa è derivata dalla congiuntura con il soggetto giuridico-politico della modernità e l'accezione deterministica implicata, per altro verso, dal suo essere declinazione di categorie assunte come statiche, come nel caso del "sesso/genere" o della "cultura".

È nella cornice di questi accenti critici che la vulnerabilità esprime però una funzione specifica, rivolta a pensare ancora all'identità a muovere da una comune condizione umana.

Condizione ontologica (come per Butler) o *strumento di comprensione o di rinvenimento della disuguaglianza* (come in Fineman), la vulnerabilità interpreta l'aspirazione a cogliere filosoficamente ciò che di universale si lasci riconoscere (o venga rivelato) dal carattere plurale che le identità umane assumono nell'intreccio delle forme di appartenenza, nel prodursi delle disuguaglianze, e nell'avanzare delle richieste di riconoscimento.

Si tratta di costruire, con la vulnerabilità, una categoria che, proprio perché immediatamente idonea a rinviare a quanto di materiale vi è nell'esistenza umana, ambisca a consolidare il superamento delle rappresentazioni

⁷⁶ L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono realmente incompatibili?*, in Id., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., p. 50 ss.

⁷⁷ J. Butler, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto collettivo* (2004), Meltemi, Roma 2004.

⁷⁸ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in "Emory Law Journal", 60, 2, 2010, pp. 251-275.

astratte e neutrali della modernità giuridica e politica, senza rinunciare ad avvalersi di uno strumento possibile di sintesi.

In questo specifico discorso, la vulnerabilità sembra assumere un significato che essa ha già avuto in passato, quando, annoverata tra le *ovvie verità* o *truismi* da Hart (1907-1992), la condizione vulnerabile rinviava a un contenuto minimo del diritto senza il quale «gli uomini, così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma»⁷⁹.

4.1. *Soggetti vulnerabili e paradossi identitari. La vulnerabilità nel linguaggio giuridico*

Diversamente dalla riflessione giusfilosofica, che della vulnerabilità accentua il carattere di condizione materiale che fa universale l'esistenza umana, il linguaggio giuridico accoglie la rilevanza della categoria in oggetto in un complesso di significati prevalentemente identitari, intendendola come condizione idonea a denotare talune posizioni giuridiche di individualità o gruppi.

È in questo specifico uso, ormai del tutto accreditatosi nelle varie aree del discorso giuridico contemporaneo, che sulla vulnerabilità (ovvero sulla condizione delle soggettività *vulnerabili*) si concentrano segmenti chiave del panorama normativo sovranazionale e statale, oltre che una parte cospicua della giurisprudenza delle alte Corti. Un dato descrittivo, al quale si rivolgono da qualche tempo tentativi di analisi concentrati su più fronti: dagli sforzi sistematici della dottrina, impegnata a concettualizzare la vulnerabilità⁸⁰, ai contributi che si confrontano con la definizione giuridica del soggetto *vulnerabile* e con talune delle sue principali criticità⁸¹.

In questa cornice, la rilevanza giuridica della *vulnerabilità soggettiva* è una condizione che si riferisce a classi o categorie di soggetti, titolari – non in quanto persona, ma in quanto appartenenti a talune categorie (il genere, l'etnia, l'orientamento sessuale) – di una strutturale esposizione ad esser discriminati o a subire pratiche che si sostanzino in una disparità di trattamento.

Sebbene non sia possibile in questa sede soffermarsi sulle varie implicazioni che una tale concezione identitaria della vulnerabilità porta con sé, è almeno il caso di segnalare che in essa vi sia una prospettiva normativa contestabile: la costruzione di una tale qualificazione consente obiezioni in parte simili a quelle già considerate in precedenza, perché il riferimento alla vulnerabilità rinnova un argomento che fa leva sulla circostanza di apparte-

⁷⁹ H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 225.

⁸⁰ S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in «Politica del diritto», 3, 2016, pp. 475-508.

⁸¹ S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in «Rivista AIC», 2, 2017.

nere a una categoria statica, riferita a classi soggettive assunte vulnerabili *per definitionem*. Per effetto della qualificazione, la definizione di classi di soggettività vulnerabili finisce per il fissare normativamente l'esistenza dei soggetti che tipizza, al punto che il soggetto vulnerabile diviene strutturalmente portatore di una condizione permanente, come se si trattasse di un dato ontologico e identitario.

Piuttosto che *verità ovvia*, su cui si fonda il minimo contenuto dei più tipici precetti del diritto, la vulnerabilità umana apparterebbe solo a queste classi di soggettività (il minore, il migrante, la donna vittima di violenza) definendo *chi è vulnerabile* e *chi non lo è*. Ancora riferendosi a una delle obiezioni tipiche dei discorsi critici sulle soggettivazioni identitarie, se le soggettività vulnerabili sono la formalizzazione delle disegualianze definite dai rapporti di potere e dalle asimmetrie che si danno in una data società sul piano storico, vi è un rischio in questa qualificazione: esso riguarda la possibilità di concedere spazio a una forma di definizione identitaria stigmatizzante che chiude taluni gruppi, in ragione di caratteristiche date per definite, in classi di soggettività "sotto tutela".

Anche in considerazione di questi aspetti, non stupisce come il tema delle soggettività vulnerabili sia un argomento su cui è tornata a rinnovarsi una parte della teoria più scettica verso le accezioni *essenzialistiche* alle quali l'identità si espone.

Sebbene sia nettamente prevalente nella dottrina giuridica un atteggiamento che tende a non discutere il "dato" delle soggettività vulnerabili, il tema è questione invece controversa nel femminismo giuridico e, oltre a ciò, nel campo più ampio delle teorie critiche del diritto. Di queste prospettive sintetizza molti punti chiave la posizione di Fineman, che riconosce la vulnerabilità come categoria fondamentale per il suo contributo a rideterminare il soggetto giuridico di matrice liberale, a patto che ci si adoperi per riconoscere e marginalizzare i potenziali suoi usi identitari e stigmatizzanti.

Piuttosto che attributo di gruppi o di categorie predefinite, Fineman alla vulnerabilità riconosce la capacità di evocare una condizione condivisa, restituita da pratiche istituzionali e pubbliche – una *shared vulnerability* –; essa mai è esclusivamente soggettiva, ma si qualifica a muovere dalla dimensione istituzionale coinvolta nei meccanismi di esclusione⁸². Come dispositivo euristico – "heuristic device" – che consente di indagare «le assunzioni profonde e nascoste che riguardano i pregiudizi interni alle pratiche giuridico-istituzionali»⁸³, si tratterebbe di riconoscere così, nella vulnerabilità, il tratto universale e umano. Una categoria alla quale è affidato un mutamento di paradigma, oltre il principio di uguaglianza.

Sebbene una tale concezione della vulnerabilità si mostri pervasa, anco-

⁸² M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in "Yale Journal of Law & Feminism", 20, 1, 2008, pp. 9-15.

⁸³ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, cit., p. 26, nt. 53.

ra, da una male interpretata concezione del principio giuridico dell'uguaglianza⁸⁴, va colta la funzione che si vuole affermare attraverso di essa. Teorizzare una condizione di vulnerabilità umana significa accettare la sfida di una nuova forma di soggettivazione, capace di fissare un aspetto "universale, permanente e inerente alla condizione umana"⁸⁵. Radicata nel discorso giuridico, con la vulnerabilità si prende atto che *il soggetto vulnerabile sia la persona* e che per essa si dia *una soggettività situata*, la quale iscrive nel corpo e nelle esigenze della "vita materiale" il proprio elemento distintivo, in un accento che si sposta «dalla metafora del corpo politico, alla politica dei corpi, della relazione tra corpi e potere»⁸⁶.

In un discorso che va *oltre le identità*, la vulnerabilità umana sembrerebbe così porre al centro la questione sempre aperta della matrice moderna del *legame tra identità umana e diritti*, quella del "diritto ad avere diritti" di cui scriveva Hannah Arendt (1906-1975)⁸⁷, e alla quale si è riferito recentemente in uno degli ultimi lavori della sua vasta produzione scientifica Stefano Rodotà (1933-2017)⁸⁸.

5. Conclusioni

Consolidatasi nel segno del paradigma giuridico dell'*universalità* e dell'*uguaglianza*, la storia concettuale dell'identità umana nell'età moderna si stabilizza nei tratti di una fisionomia *artificiale e pubblica*. È un profilo che è stato oggetto di diverse costruzioni, secondo le tesi affermate dalle dottrine giuridiche e politiche con riguardo alla giustificazione del suo fondamento: se, nella tradizione più chiaramente positivista, l'identità è prodotta da regole giuridiche e non può che darsi nel loro contesto, in un complesso di teorie che mantengono un più o meno esplicito legame con una qualche concezione di natura, essa non cessa di saldarsi a condizioni *innate e universali*, che instaurano dinamiche di conflitto tra identità le quali *per esistere* rivendicano di far ingresso nella sfera pubblica, nel nome del principio di uguaglianza.

Posta al centro delle tensioni che derivano da questo *imprimatur* moderno, la concezione contemporanea dell'identità umana è percorsa, come si è mostrato, da criticità notevoli. Esse riguardano la fragilità di un

⁸⁴ L. Gianformaggio, *Eguaglianza e differenza: sono realmente incompatibili?*, cit., p. 50 ss.

⁸⁵ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject*, cit., p. 1.

⁸⁶ B. Casalini, *Il peso del corpo e la bilancia della giustizia*, IF, Firenze 2017, p. 13.

⁸⁷ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Einaudi, Torino 2009, p. 410.

⁸⁸ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2015.

regime di appartenenza politica segnato dalle trasformazioni del dispositivo della cittadinanza, nel contesto del profilo pluralistico che caratterizza gli stati costituzionali del secondo dopoguerra. Problemi che ricadono, più ampiamente, sulla crisi di cui l'identità, come concetto, è stata fatta oggetto per opera di una parte cospicua del pensiero filosofico contemporaneo.

Guardato sotto il profilo dell'antropologia giuridica della modernità, le prerogative identitarie nel contesto dei regimi pluralistici del costituzionalismo contemporaneo rappresentano il superamento di una dommatica del soggetto come immaginato dalle codificazioni. *Pluralismo* e *personalismo*, come principi ispiratori delle Costituzioni del secondo Novecento, e nel senso affermato in più occasioni da Rodotà, siglano il passaggio dal *soggetto* alla *persona*⁸⁹. Si avviava al declino un'antropologia che, dal liberalismo classico di Locke, aveva concepito le soggettività giuridicamente rilevanti nel nome della titolarità del diritto di proprietà e del binomio tra *soggetti* e *beni*⁹⁰.

Portando con sé i regimi identitari provenienti dalla propria "vita materiale"⁹¹, la persona, diversamente dal soggetto del diritto dell'età delle codificazioni, impone alla vocazione universalistica dell'identità umana della modernità una sfida ad essere risignificata. Questione, questa, nella quale può senz'altro riconoscersi il nucleo principale in cui si è articolato in questi anni il discorso sulla vulnerabilità, come *humana condicio* e, dunque, uguale e universale presupposto dell'identità umana.

Lecture per approfondire

Amato S., *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

Bobbio N., *Hobbes e il giusnaturalismo*, in "Rivista critica di storia della filosofia", vol. 17, n. 4, 1962, pp. 470-485.

Bobbio N., *Locke e il diritto naturale* (1963), introduzione di G. Pecora, Giappichelli, Torino 2017.

Fassò G., *La legge della ragione* (1964), a cura di C. Faralli-E. Pattaro-G. Zucchini, Giuffrè, Milano 1999.

Fineman M.A., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in "Yale Journal of Law & Feminism", 20, 1, 2008, pp. 9-15.

Gianformaggio L., *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, Bologna 2005.

⁸⁹ S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli 2007.

⁹⁰ C.B. MacPherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit.

⁹¹ Aa.Vv., *Il diritto e la vita materiale. Giornate lincee sul tema* (28-29 maggio 1982), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1984.

- Greco T., *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma 2000.
- Grozio H., *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo* (1625), a cura di F. Arici-F. Todescan, introduzione di G. Fassò, Cedam, Padova 2010.
- Hobbes Th., *Leviatano* (1651), a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2010.
- Lanzillo M.L., *Il multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari 2005.
- Locke J., *Saggio sull'intelligenza umana* (1690), ed. it. con prefazione di A. Carlini, Laterza, Roma-Bari 1951.
- Pino G., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 2017.
- Remotti F., *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari 2012.
- Rodotà S., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli 2007.
- Rousseau J.J., *Il contratto sociale* (1762), tr. it. in Id., *Scritti politici*, a cura di P. Alatri, Utet, Torino 1970.
- Taylor Ch., *Le radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna* (1989), Feltrinelli, Milano 1993.