

Rassegna

**di Diritto della Moda
e delle Arti**

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Rivista semestrale

Fasc. 2/2025

dirittomodaearti.it

ISSN 2785-6259

Rassegna di diritto della moda e delle arti

Rivista semestrale

Direttore scientifico

Prof. Enrico Damiani

Comitato di direzione

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Andrea Barengi (Università degli Studi del Molise), Laura di Bona (Università degli Studi Carlo Bo), Enrico del Prato (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Romolo Donzelli (Università degli Studi di Macerata), Laura Marchegiani (Università degli Studi di Macerata), Sandro Nardi (Università degli Studi di Foggia), Barbara Pozzo (Università degli Studi dell'Insubria), Stefano Villamena (Università degli Studi di Macerata).

Comitato scientifico

Benedetta Agostinelli (Università Roma Tre), Luca Barchiesi (Università degli Studi di Macerata), Nathan Allix (Université Paris II Panthéon-Assas), Alessio Bartolacelli (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia), Giovanni Berti De Marinis (Università degli Studi dell'Aquila), Charles-Edouard Bucher (Université de Nantes), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Ilaria Caggiano (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Francesca Cangelli (Università degli Studi di Foggia), Marta Cenini (Università dell'Insubria), Tommaso Dalla Massara (Università degli Studi di Roma Tre), Manuel Espejo Lerdo De Tejada (Universidad de Sevilla), Chiara Feliziani (Università degli Studi di Macerata), Francesco Gambino (Università degli Studi di Macerata); Geo Magri (Università dell'Insubria), Fabrizio Marinelli (Università degli Studi dell'Aquila), Manuel Garcia Mayo (Universidad de Sevilla), Lucilla Gatt (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Michaela Giorgianni (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Juan Pablo Murga Fernández (Universidad de Sevilla), Guido Noto La Diega (University of Stirling), Andreas Rahmatian (University of Glasgow), Carmela Robustella (Università degli Studi di Foggia), Claudio Scognamiglio (Università degli Studi di Roma Tor Vergata), Antoine Touzain (Université Rouen-Normandie), Laura Vagni (Università degli Studi di Macerata), Camilo Zufelato (Universidade de São Paulo).

Comitato di redazione

Caporedattrici: Chiara Iorio (Università degli Studi dell'Insubria), Giorgia Vulpiani (Università degli Studi di Macerata).

Alessandro Berrettini (Università degli Studi di Macerata), Chantal Bompreszi (Università di Bologna), Luca Antonio Caloiaro (Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza), Sara Cavagnero (Northumbria University), Maxime Cormier (Université Paris II Panthéon-Assas), Josephine Cuzzo (Università degli Studi di Roma La Sapienza); Martina D'Onofrio (Università degli Studi di Verona), Jeanne De Dinechin (Université Paris II Panthéon Assas) Francesca Ferretti (Scuola Superiore Meridionale di Napoli), Daniele Foresta (Università di Catania); Clémentine Hebrard (Université Paris II Panthéon-Assas), Eva Helesbeux (Université Paris II Panthéon Assas), Carlotta Ippoliti Martini (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Daria Onitju (University of Edimburgh); Cristina Evangelina Papadimitriu (Università degli Studi di Messina); Michele Spinozzi (Università Politecnica delle Marche); Maria Zinno (Università degli Studi di Roma La Sapienza).

Comitato di referaggio

Alessandra Dignani (Università di Macerata), Matilde D'Ottavio (Università Politecnica delle Marche), Francesca Guaricci (Università di Macerata), Miriam Larocca (Università di Camerino), Emanuele Montagna (Università di Camerino), Tanya Tiberi (Università di Macerata).

Registrazione presso il Tribunale di Macerata al n. 652/2022. Direttore responsabile: Lisa De Leonardis.

Editore: Associazione per la promozione dello studio e della ricerca in materie giuridiche, con sede in Macerata (MC), via Carducci n. 67

INDICE

SAGGI

DIRITTO CIVILE

GEO MAGRI, <i>Libertà del consenso e persecuzioni razziali: la forza del non vincolante in una recente sentenza della Cassazione francese</i>	108
FRANCESCO BOTTONI, <i>La responsabilità dell'autenticatore di opere d'arte</i>	125
GIULIA ZANETTI, <i>Enti del Terzo Settore, fondazioni artistiche, fondazioni di partecipazione: il caso HangarBicocca</i>	134
SOFIA ERMINI, <i>La forza del “consenso” e cosa ci insegna il caso Pelicot: dall’opera di Manon Garcia alla proposta di legge Boldrini ed altri</i>	146

NOTE

GIORGIA VULPIANI, <i>Natura della nullità per vendita di beni di interesse storico e artistico senza autorizzazione</i>	162
---	-----

VARIA FRAGMENTA

CARLOTTA MARIA IANCARELLI, <i>Diritto Filosofico di Tommaso Gazzolo</i>	177
---	-----

VARIA FRAGMENTA

Diritto Filosofico di Tommaso Gazzolo

CARLOTTA MARIA IANCARELLI
Dottoressa in Giurisprudenza

Il presente contributo intende commentare la recente opera del Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto filosofico*, Torino, 2025, edita da Epieikeia, concentrandosi sulla sua innovativa risposta alla domanda su cosa sia il diritto e sulle ricadute, individuate da Gazzolo, che la medesima può avere nel rapporto tra il diritto stesso e le nuove tecnologie, ampiamente dibattuto nella società contemporanea.

This article intends to analyse the recent work of Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto filosofico*, Torino, 2025, published by Epieikeia, focusing on his innovative answer to the question of what law is and on the implications, identified by Gazzolo, that this answer could have on the relationship between the law itself and new technologies, widely debated in the contemporary society.

«Che cos'è il diritto?» Una domanda, questa, che non perde mai la propria attualità e che non cessa mai di rinnovarsi nonostante si sia imposta da secoli nelle riflessioni di innumerevoli pensatori, tanto in ambito filosofico quanto sociologico ed antropologico. Una domanda che, pertanto, porta con sé una lunga tradizione di risposte, le quali hanno tutte contribuito, nella propria unicità, a fornirci strumenti imprescindibili per la comprensione di un fenomeno tanto centrale ed essenziale quale, appunto, è il diritto. Ed è proprio nel solco di questa grande tradizione che si inserisce l'opera del Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto Filosofico*, edita da Epieikeia. Reinterpretando questa domanda fondamentale della filosofia del diritto, tuttavia, Gazzolo non si limita ad individuare una innovativa risposta, ma la rende il perno per una rifondazione dell'ambito stesso della disciplina giusfilosofica.

«Ri-fondazione», si è detto, ma una precisazione è d'obbligo: Gazzolo non intende in questo modo demolire le basi della lunga tradizione in cui si inserisce per sostituirle con qualcosa di differente. Piuttosto, il suo impegno è volto al recupero di una filosofia del diritto che possa dirsi, al tempo stesso, tanto giuridica quanto filosofica, stante la separazione che ha iniziato ad instaurarsi nel XIX secolo tra una filosofia del diritto dei giuristi ed una dei filosofi. La prima ha progressivamente concentrato la propria attenzione sull'individuazione di concetti generali attinenti ai vari settori del diritto abbandonando la domanda fondamentale circa cosa il diritto sia e divenendo così una «teoria generale del diritto»; mentre la seconda ha lentamente smesso di occuparsi della questione del diritto¹.

Recuperando quindi la locuzione *Jus Philosophicum* (da cui il titolo dell'opera), Gazzolo intende riunificare la riflessione giusfilosofica attraverso una rinnovata analisi del suo quesito costitutivo: chiedersi che cosa

¹ T. GAZZOLO, *Diritto Filosofico*, Torino, 2025.

sia, appunto, «il diritto» e non semplicemente cosa sia «di diritto»².

Già in apertura al primo capitolo, Gazzolo ci fornisce la sua definizione del concetto di diritto: «Il diritto è la differenza tra se stesso e il proprio fatto (o, se si vuole: il dover-essere è la differenza tra sé e il *proprio* essere; il diritto è la differenza tra la norma ed il fatto della norma)³». Mediante questa definizione l'autore sottolinea il proprio distacco da quella concezione, assai diffusa nella modernità, che vede il diritto come ciò che esige e si identifica necessariamente nella propria trasposizione in qualcosa di concreto, tangibile (che sia una legge, un decreto o più genericamente un comando), poiché il suo scopo sarebbe quello di fungere da guida delle condotte, di essere la motivazione che induce i consociati ad un determinato agire. In questo modo, tuttavia, secondo Gazzolo, il diritto, nel suo stesso concetto, andrebbe a ridursi ad un mero fatto, ad un dato meramente materiale, negandosi come qualcosa di diverso da esso. In altri termini, il diritto diverrebbe così un fatto, cessando pertanto di essere diritto.

Questo evidente paradosso spinge Gazzolo a tentare di risalire all'origine del diritto⁴, ovvero ad individuare le caratteristiche che rendono una norma esistente una norma giuridica (e non un mero fatto). Parlare di origine, infatti, per Gazzolo non significa cercare un fatto storico, una genesi empirica, a partire dal quale una norma avrebbe iniziato ad esistere (ad es. il momento in cui un sovrano emana una legge che vieta il furto); piuttosto l'origine del diritto viene intesa dall'autore come una prospettiva, una lente, attraverso la quale il diritto smetta di essere un semplice ordine del potere, quindi un fatto, per giungere al suo vero concetto, ossia ciò che rende il diritto effettivamente tale: il suo dover-essere, separato dal suo stesso essere. Facendo ancora riferimento all'esempio del furto: l'atto del sovrano che lo vieta sarebbe reso una norma non dal semplice fatto di essere stato emanato dal potere, bensì attraverso il contributo di un'altra norma, che non esiste né è mai stata posta da alcuno, la quale afferma il dovere di obbedire ai comandi del sovrano.

Questa riflessione, tuttavia, non conduce Gazzolo ad immaginare il diritto come ente totalmente distaccato dalla realtà: attraverso l'opera del giurista e filosofo austriaco Hans Kelsen, Gazzolo, infatti, riconosce che non esiste un diritto diverso dal diritto positivo, non esiste alcun diritto ideale o naturale, ma soltanto quello materialmente esistente⁵. Una tale conclusione però non consente di attribuire a Gazzolo una posizione affine al positivismo giuridico: al contrario, egli riconosce che considerare il diritto come semplice dato fattuale ci consentirebbe di vedere solamente «un lato della stessa medaglia», ovvero solo «l'essere del dover-essere»⁶.

² Sulla nota distinzione tra le due domande, di matrice kantiana, cfr., ad esempio, A.G. CONTE e P. DI LUCIA, *Quid ius? vs. Quid iuris?*, in L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, 2007, pp. 3-12.

³ T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 1.

⁴ T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁵ T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 61.

⁶ T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 3.

Pertanto, per l'autore, pensare il diritto come differenza, ma al tempo stesso identità, tra il dover-essere ed il suo essere starebbe a significare che, pur non esistendo altro che il diritto positivo, non sarebbe il fatto del suo essere posto da un potere a renderlo effettivamente diritto. Piuttosto, attraverso il contributo di molte autorevoli voci tra le quali figurano quelle di Kelsen, Schmitt, Gentile, Kant e Spinoza, Gazzolo fornisce una nuova interpretazione della *Grundnorm* kelseniana⁷ ed individua in essa l'elemento davvero qualificante del diritto in quanto tale: la *Grundnorm* non è una norma che esiste prima di ogni potere e pertanto in grado di evitare che il diritto si fondi su di esso, ovvero su un fatto, poiché essa aprirebbe le porte ad un regresso all'infinito nel tentativo di individuare la norma davvero fondativa, quella cioè che non poggia su nessun'altra norma gerarchicamente sovraordinata; al contrario la *Grundnorm* è, secondo Gazzolo, uno spazio che deve rimanere vacante, ovvero privo di ogni connotato fattuale. In altri termini, se il diritto necessita di un fondamento che sia sottratto ad ogni fattualità per potersi definire tale, allora tale fondamento (*Grundnorm*) non è una norma (la quale altrimenti andrebbe, a sua volta, a determinare l'esistenza di un fatto a fondamento del diritto, cioè il fatto stesso che ci sia una norma) bensì una relazione; ma non una relazione fra una norma gerarchicamente subordinata ad un'altra sovraordinata: la norma fondamentale esprimerebbe invece una relazione tra due termini mediante il dover-essere, senza riferirsi all'essere. Per citare un esempio che lo stesso Gazzolo propone⁸: la prescrizione «vietato rubare», potrebbe leggersi attraverso la lente relazionale della *Grundnorm* come «se vi è furto, allora esso deve-essere punito». Si presti attenzione, però, nell'interpretazione di Gazzolo ciò non sta affatto significare che al furto debba poi, nella realtà, concretamente conseguire una punizione perché possa parlarsi di diritto. Al contrario la norma in questione sarebbe diritto proprio in quanto il suo unico scopo è quello di costruire una relazione tra due termini, di modo che il furto sia ciò che deve-essere punito e la punizione sia il dover-essere punito del furto. In questo modo il diritto cessa di essere un semplice comando dotato della pretesa di modificare la realtà mediante un'azione concreta, contrariamente è la relazione tra essere e dover-essere come disegnata dalla norma veramente giuridica a precedere l'esperienza concreta e a renderla possibile.

In questo senso Gazzolo, mediante una reinterpretazione del *Trattato teologico-politico* spinoziano, definisce il diritto non come prescrizione volta a controllare il comportamento, ma come verità, ossia come l'espressione della relazione tra la cosa e la sua essenza, ovvero ciò che la rende la cosa che giuridicamente è. Facendo nuovamente riferimento all'esempio del furto, esso sarebbe giuridicamente ciò che deve-essere punito a prescindere dal fatto che esso poi venga effettivamente punito o meno. Di conseguenza l'obiettivo del diritto allora sarebbe, secondo Gazzolo, quello di auto-fondarsi, di costruire ontologicamente la realtà come giuridica ovvero una realtà dove ogni cosa appare puramente come il suo dover-essere. Che poi

⁷ T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 280, 360-362.

⁸ T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 158.

questo dover-essere conviva con la realtà fattuale è necessario, a parere di Gazzolo, pena la sua individuazione in un mero ideale. Ma questa convivenza deve sempre poter rimandare alla differenza tra la norma fattuale ed il suo concetto non fattuale (dover-essere): altrimenti, essa rischia di snaturarsi o forse addirittura degradarsi in un semplice fatto che qualsiasi potere potrebbe porre senza limiti.

A mio parere, il merito di questa riflessione non si sostanzierebbe soltanto nell'aver cercato di individuare l'autentica cifra della normatività (intesa come ciò che rende qualcosa genuinamente giuridico) da un punto di vista prettamente giuridico e non sociologico o antropologico, come avviene, scrive Gazzolo, quando si confonde in qualche misura la domanda su cosa sia il diritto con la domanda sul perché si obbedisce al diritto o perché gli si debba obbedire. Infatti, rispondendo a queste ultime, è comune concludere che il diritto sia un semplice mezzo di controllo del comportamento tuttavia limitando, in questo modo, l'osservazione ad una frazione soltanto del fenomeno giuridico in quanto tale, ovvero la frazione fattuale di esso, trascurandone quella trascendentale di fondazione ontologica della realtà normativa.

Piuttosto il merito della riflessione di Gazzolo è, ritengo, anche quello di spingersi fino ad analizzare le conseguenze contemporanee di questo modo di pensare il diritto. Infatti, come mostrato da Gazzolo⁹, lo sviluppo di nuove tecnologie che, per citare un suo esempio, rendano materialmente impossibile ad un'autovettura il superamento di un limite di velocità fissato per legge, porterebbe al perfetto compimento quella concezione che vede il diritto come semplice mezzo di controllo del comportamento, poiché diventerebbe del tutto impossibile non adeguarvisi, anche volendolo.

Di conseguenza ritengo pienamente convincente la conclusione di Gazzolo che in questo modo la realtà come giuridica verrebbe del tutto obliterata: quel limite di velocità non sarebbe più qualcosa che deve essere osservato, ma soltanto qualcosa che è sempre ed inevitabilmente osservato, smettendo così di essere un limite davvero giuridico per trasformarsi in un limite prettamente empirico, cioè un fatto. Grazie alle nuove tecnologie infatti, scrive Gazzolo, la *compliance* al dettato normativo potrebbe non essere più un dato semplicemente probabilistico, ma una certezza.

Lungi dal voler contestare gli evidenti ed enormi benefici concreti che comporterebbe l'impossibilità materiale, ad esempio, di superare i limiti di velocità stabiliti o di rubare o, addirittura, in un futuro forse fantasioso, anche di uccidere, l'importante riflessione di Gazzolo sembra sottolineare un punto veramente critico che la riflessione giusfilosofica non dovrebbe, in particolare oggi, trascurare. Infatti l'ineludibile quanto complesso rapporto tra il diritto e la realtà sembra farsi particolarmente delicato in un'epoca come la nostra, nella quale la tecnologia diviene sempre di più in grado attrarre il fenomeno giuridico nelle maglie di una fattualità scevra da ogni connotato puramente normativo.

⁹ T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 388–392, 456.

A questo proposito può certamente farsi riferimento all'intenso dibattito contemporaneo circa le conseguenze giuridiche (ma anche economiche, sociologiche ed antropologiche) dell'utilizzo di tecnologie particolarmente limitanti della condotta umana¹⁰. In questo senso, la domanda pregnante che emerge da tale dibattito potrebbe essere espressa sinteticamente nei seguenti termini: cosa ne è della libertà individuale a fronte dell'impossibilità, generata da certe tecnologie, di porre in essere certi comportamenti? Ancora: nonostante gli indubbi benefici legati all'eliminazione materiale di varie condotte criminose, come possono essi conciliarsi con la libertà di autodeterminazione?

Proprio a fronte di questi quesiti viene in luce l'importanza della riflessione di Gazzolo sull'argomento¹¹: adottare una concezione del diritto che lo qualifichi unicamente come mezzo di controllo dei comportamenti, dividendo così il dovere dal suo dover-essere, non presupporrebbe automaticamente la possibilità dei suoi destinatari di scegliere se adeguarsi o meno ad esso. Se così fosse vi sarebbe in effetti un'aporia¹²: posto che il diritto ha come sua essenza ed obiettivo la guida dei comportamenti, come può esso, al tempo stesso, riconoscere ai suoi destinatari la possibilità di scegliere se adeguarsi o meno alle sue prescrizioni? Anche ammettere che tale libera scelta comporti l'accettazione delle conseguenze sanzionatorie di un illecito non risolve il problema logico: l'autore dell'illecito potrà, al limite, dirsi giustamente sanzionato, ma il comando della legge rimarrebbe inattuato, quindi ben lungi dall'aver ottemperato al suo presunto scopo essenziale. Al più, secondo Gazzolo, il riconoscimento, esplicito o implicito, di una eventuale libertà negativa di non adeguarsi alle prescrizioni giuridiche potrebbe essere il frutto di una scelta politica, ma non una necessaria conseguenza logica di una concezione del diritto inteso come guida delle condotte.

Pertanto, prosegue Gazzolo, qualora si adotti una tale concezione del diritto, allora un dispositivo tecnologico che rendesse materialmente impossibile trasgredire una prescrizione diverrebbe il mezzo in grado di assicurare una perfetta realizzazione empirica della prescrizione stessa, non una sua negazione. In questo modo la già menzionata aporia che vede il diritto come qualcosa che, fino ad oggi, aveva la pretesa di guidare i comportamenti umani senza tuttavia poterli causare direttamente, sarebbe di fatto risolta.

Al contrario, una concezione del diritto che lo sostanzi nella differenza, che è al tempo stesso identità, tra il dover-essere ed il suo stesso essere non ricadrebbe affatto nella summenzionata aporia logica: poiché l'essenza del diritto non è la guida dei comportamenti, ma la sua auto-fondazione mediante la relazione continua tra i suoi due volti (essere e dover-essere), a perdersi in un contesto altamente tecnologico non sarebbe la libertà di scegliere se trasgredire un precetto o meno (ammesso che una tale libertà sia

¹⁰ Sul tema dell'impatto delle nuove tecnologie in grado di impedire agli individui di violare una norma giuridica, cfr., ad esempio, G. M. RIVA, *Libertà implicite e diritti negativi. Il ruolo delle neurotecnologie nell'impedire ogni violazione di legge*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2025, pp. 37-48.

¹¹ T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 392, 393.

¹² T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 414, 415.

giuridicamente teorizzabile). Invece, a perdersi, sarebbe la dimensione genuinamente giuridica del fenomeno normativo, quella del suo dover-essere, fino a ridurlo a semplice realtà empirica.

In tal modo, ritengo, relegato ad un mero dato empirico, ad un mero comando, in grado di realizzarsi perfettamente grazie alla tecnologia, il diritto potrebbe divenire un puro fatto del potere. In altre parole: un fatto completamente neutrale rispetto a qualsivoglia contenuto gli si voglia ascrivere ed in grado di imporsi, davvero, senza più alcuna eccezione.