

FONDAZIONE
sussidiarietà

Dialogo intorno al volume
**Esperienza elementare
e diritto**

di Andrea Simoncini, Lorenza Violini, Paolo Carozza, Marta Cartabia

Interventi di

Costantino Esposito

Eugenio Mazzone

Franco Modugno

Francesco Viola

Roma, Camera dei Deputati

Sala del Refettorio di Palazzo San Macuto,

10 luglio 2012

Quaderni della Sussidiarietà

L'esperienza elementare dell'umano e il diritto contemporaneo

Francesco Viola

Vorrei qui esplorare in che modo il richiamo a un'esperienza elementare dell'umano possa inserirsi nella problematica della teoria del diritto contemporaneo considerata nel suo complesso e non già in settori più circoscritti com'è quello del diritto costituzionale a cui soprattutto guardano gli autori del libro che qui si commenta¹. Tutti riconoscono che il vero e proprio fine del diritto è la giustizia, anche se non di rado il diritto positivo fallisce questo obiettivo. Jeremy Waldron, ben noto costituzionalista americano, ha affermato che il diritto, ogni diritto, contiene in se stesso una promessa di giustizia, anche se le promesse non sempre vengono mantenute². Sia i giuspositivisti sia (ovviamente) i giusnaturalisti sono d'accordo sul fatto che il fine del diritto è la giustizia. Il vero e proprio problema della filosofia e teoria giuridica di tutti i tempi, quindi anche di quella contemporanea, è se la giustizia sia una caratteristica interna o esterna al concetto di diritto. Il punto centrale è se noi possiamo formulare un concetto adeguato di diritto senza necessariamente chiamare in causa la giustizia, anche se poi si riconosce che un diritto pienamente realizzato deve anche essere giusto. L'essere giusto è qualcosa che si aggiunge dall'esterno al diritto, cioè che è bene sia presente, sicché la giustizia è una "virtù del diritto"³, oppure è qualcosa senza la quale lo stesso concetto di diritto è manchevole? Infatti, se la giustizia non appartenesse al concetto di diritto, allora esso di per sé potrebbe farne a meno (e ne fa a meno abbondantemente).

Dal punto di vista dei rapporti tra giustizia e diritto, credo che si possano individuare tre principali linee di pensiero.

La prima è quella vetero-positivista. Notoriamente essa è rappresentata dall'apoforisma di John Austin quando ha affermato che una cosa è il diritto e un'altra il suo merito o demerito, cioè il giusto. In una parola, non abbiamo bisogno della giustizia per formulare il concetto di diritto. Questa linea di pensiero rivive oggi in quello che viene chiamato "giuspositivismo esclusivo". Di fronte al diritto ingiusto non abbiamo che l'arma della disobbedienza che però sarà legittimamente punita.

Il secondo orientamento sostiene, invece, che il concetto di diritto

ha bisogno della giustizia, ma a partire da un certo momento in poi, cioè afferma che il diritto può sopportare di essere ingiusto, ma non gravemente o intollerabilmente ingiusto. Il diritto palesemente ingiusto non è diritto vero e proprio. Qui nella sostanza, anche se in forma diversa, si ripropone la vecchia teoria del "minimo etico" al di sotto del quale il diritto diventa pura violenza. Questa concezione si è consolidata nella nota "formula Radbruch", con cui si è potuto destituire di giuridicità l'aberrante legislazione nazista⁴. Tale formula è stata applicata dalla Corte costituzionale tedesca fino ai nostri giorni anche ai crimini della DDR. Nella teoria giuridica contemporanea è stata recepita da Robert Alexy, che può essere considerato come il maggiore filosofo del diritto dell'Europa continentale⁵. La difficoltà che vedo nei confronti di questa tesi è quella di stabilire il punto in cui la giustizia diventa elemento essenziale del concetto di diritto valido. Questo limite è particolarmente difficile da stabilire nell'epoca dei diritti qual è la nostra. È vero che possiamo all'interno del sempre più vasto universo dei diritti distinguere i *basic rights*, cioè un nucleo di diritti strettamente indispensabili, dagli altri meno essenziali. Tuttavia, oggi quasi tutti i diritti, specie se riconosciuti o positivizzati, sono percepiti come essenziali. Non possiamo dire che il diritto alle ferie pagate sia un diritto di serie B o C quando è percepito dalle persone come inerente alla dignità umana. È facile applicare la *formula Radbruch* ai gerarchi nazisti o ai *vopos*, ma in una situazione di democrazia non totalitaria siamo divenuti ben più sensibili all'ingiustizia.

Il terzo orientamento afferma che il concetto di diritto non soggiace all'alternativa "tutto-o-niente", ma si presenta come suscettibile di gradualità. Vi sono casi esemplari o paradigmatici in cui il concetto di diritto si realizza pienamente e vi sono casi in cui si realizza imperfettamente, pur conservando la giuridicità. Ma possiamo individuare i casi imperfetti solo se abbiamo presente il caso esemplare del diritto giusto. Questa tesi è diversa dalla precedente, perché non prende le mosse dal diritto puramente valido, ma dal diritto giusto. Sappiamo di trovarci di fronte a un diritto imperfetto, perché abbiamo il concetto pieno di diritto. Ciò vuol dire che il concetto di diritto non è univoco, ma analogico, cioè si realizza in concreto in modo più o meno vicino al concetto paradigmatico di diritto giusto.

Quest'idea è stata sviluppata da John Finnis e si basa su presupposti ermeneutici, che già Aristotele aveva ben presente e che si ritrovano anche nel pensiero di Max Weber⁶. Si capisce così perché

il diritto contenga in sé una promessa di giustizia e perché sia in certo qual modo manchevole quando non la mantiene.

Di conseguenza, non si può dare del tutto torto al giuspositivismo quando si occupa del diritto imperfetto, che tuttavia è e resta valido, ma non si può dare del tutto ragione a esso quando elimina dal concetto di diritto il suo senso pieno. Del pari non si può dare del tutto ragione al giusnaturalismo quando considera un diritto valido ingiusto come non diritto e non gli si può dare del tutto torto quando difende un concetto pieno di diritto. Finnis arriva alla conclusione del tutto legittima che solo in una prospettiva giusnaturalista si può veramente difendere il giuspositivismo e chiama la sua una "teoria giusnaturalistica del diritto positivo"⁷. Il diritto è questione di gradi.

Come preservare un'elementare grammatica dell'umano

Dopo aver delineato molto sommariamente le posizioni oggi in gioco sui rapporti fra diritto e giustizia, vorrei fare qualche considerazione in margine in quattro punti.

1. Innanzi tutto, senza dubbio il vetero-giuspositivismo è superato dai fatti e non ci crede più nessuno, neppure gli stessi giuspositivisti, anche se sono e restano abbarbicati alla loro casa di origine. Ma non è vero che per questo il giuspositivismo sia fuori gioco e non lo è proprio in ragione della natura controversa della legge costituzionale. Da una parte si tratta di una legge creata dall'uomo, cioè artificiale. Non si tratta certo di diritto naturale. Tuttavia questa legge è artificiale in un senso diverso dalle leggi ordinarie così come sono state pensate nella modernità e, in particolare, nell'epoca della codificazione. Bisogna rendersi conto che c'è un artificio che è indipendente dalla natura e c'è un artificio che è uno sviluppo della natura o, meglio, una sua possibile realizzazione. In questo senso la cultura è insieme artificiale e naturale, perché è una delle forme possibili di manifestazione della natura umana. Ora, la legge costituzionale è propriamente artificiale in questo secondo senso, cioè è un prodotto culturale, come d'altronde ha ben messo in luce Häberle. Essa intende urbanizzare i valori fondamentali dell'umano, rendendoli capaci di dar forma alla convivenza civile di un determinato popolo. Ciò non vuol dire che la legge costituzionale abbia un carattere relativistico, perché le culture, nonostante le loro profonde differenze, comunicano tra loro proprio per il fatto di essere tutte interpretazioni della comune umanità.

D'altronde è sotto gli occhi di tutti fino a che punto sia all'opera una

progressiva convergenza fra tutte le costituzioni del nostro tempo. Se è così, allora è errato considerare la legge costituzionale come l'aggiunta di un gradino superiore alla tradizionale gerarchia delle fonti del diritto. Non si tratta di aggiungere una voce in più alla lista normativa, perché il rapporto fra legge ordinaria e legge costituzionale ha un carattere analogico. La legge costituzionale è una norma fondamentale della convivenza civile e non già direttamente un insieme di precetti che regolano la condotta dei consociati. La legge costituzionale trova la sua collocazione tra il diritto naturale e il diritto puramente artificiale della legge ordinaria. A differenza del primo può essere ingiusta e, quindi, soggetta a critica etico-politica. Ma, a differenza della seconda non si manifesta propriamente mediante regole di comportamento, ma mediante principi di azione, cioè orientamenti volti a realizzare valori che danno forma alla convivenza civile. Per questo, se il giuspositivismo vuole restare ancora in gioco, deve riconoscere questa differenza normativa strutturale fra regole e principi. I principi non indicano cosa fare, ma che bisogna rispettare determinati valori in tutto ciò che s'intende fare. Come ha notato Dworkin, alle regole si obbedisce, ma ai principi si aderisce.

2. La seconda considerazione discende direttamente dalla prima. Come ben ha osservato Zagrebelsky⁸, la sequenza "valori-principi-regole" configura la struttura del diritto contemporaneo fino al punto da poter essere considerata come una sorta di trascendentale dell'ordinamento giuridico. I valori, singolarmente considerati, di per sé sono un'istanza assoluta che produce nella vita associata conflitti spesso irrisolvibili. Per questo si parla a ragione della "tirannia dei valori". Affinché la convivenza civile sia possibile, i valori devono essere urbanizzati, cioè portati a dialogare fra loro. L'opera di positivizzazione li trasforma in principi, che – come s'è detto – non sono istanze assolute, ma orientamenti da tener presenti e da non disattendere nel loro nucleo essenziale. In tal modo essi possono concorrere tra loro nella formazione delle regole attraverso cui un ordinamento giuridico prende forma attraverso un processo culturale guidato dal principio di legalità.

Ed allora dobbiamo concepire l'ordinamento giuridico non già come un sistema di norme già definite dalla legislazione, ma propriamente come un "ordinarsi" o un processo di mettere ordine fra le istanze presenti supportate dai principi costituzionali e la loro concretizzazione a opera del governo e della legislazione. In tal modo la regola giuridica va prendendo forma e raggiunge il suo compimento nell'opera della giurisdizione che partecipa a que-

sto processo di determinazione progressiva fino alla specificazione della regola del caso concreto. Infatti, questo è il fine del diritto, cioè dare una risposta al caso concreto in termini di giustizia.

3. Questo processo di progressiva determinazione della regola è diventato particolarmente complesso nella società contemporanea in ragione del pluralismo. Infatti la legge costituzionale, e conseguentemente il sindacato di costituzionalità, contiene in sé giudizi di valore che sono rivolti alla valutazione del diritto positivo. Quando nella società è presente un elevato consenso sul modo di intendere i valori e di praticare i principi costituzionali, l'opera di ordinamento delle regole è senz'altro più agevole. Ma, quando questo consenso viene meno e si diffonde il pluralismo delle interpretazioni dei valori fondamentali, allora sorgono conflitti socio-politici che sono supportati dalle stesse disposizioni costituzionali o almeno appaiono esserlo. Il diritto provoca il dissenso che pure è chiamato a comporre. Questa è la situazione del nostro tempo e dobbiamo affrontarla a viso aperto. La stessa legislazione ordinaria è un'interpretazione dei principi costituzionali sostenuta dalle maggioranze politiche, ma, siccome quest'interpretazione è controversa, essendo possibili altri modi di declinare gli orientamenti di valore, spesso la legge ordinaria porta dentro di sé il conflitto delle interpretazioni. Di conseguenza, questa incertezza e indeterminatezza del dettato legislativo si trasferisce in sede giurisdizionale. Il giudice è gravato di compiti valutativi che aumentano la sua tradizionale discrezionalità e che richiedono giudizi morali per quanto governati dai principi dello Stato di diritto.

Paradossalmente, questa nuova situazione determinata dal costituzionalismo contemporaneo spinge il diritto molto di più verso la ragione e lo allontana sempre di più dal primato della volontà. Infatti, nel regime del pluralismo le decisioni debbono essere supportate da giustificazioni che tutti dovrebbero accettare, altrimenti lo stesso pluralismo sarebbe messo a tacere da un atto d'imperio. Ovviamente, le stesse giustificazioni sostenute dal principio di ragionevolezza sono controverse e restano sempre aperte alla revisione e alla pratica continua della deliberazione. Nel campo della ragion pratica non vi sono mai decisioni incontrovertibili o "razionali", ma sempre "ragionevoli", cioè dotate di una maggiore o minore probabilità di essere quelle più giuste, ma non già della certezza assoluta, anche perché spesso legate ai casi concreti, che a loro volta sono segnati da particolari circostanze e da contesti culturali specifici. In una democrazia le decisioni comuni sono sempre rivedibili.

È ancora da notare che il progressivo avvicinamento del diritto positivo alla ragionevolezza non lo allontana soltanto dalla volontà imperiosa del sovrano che si autogiustifica, ma anche relativizza il ricorso al consenso sociale o al senso comune. La morale a cui il diritto si rivolge è sempre meno la moralità positiva, cioè quella basata sulle credenze diffuse, e sempre più moralità critica, cioè quella basata su giustificazioni in termini di ragionevolezza. Non già ciò che la gente pensa sia bene o male o, meglio, lecito o illecito fare, ma ciò che la gente dovrebbe pensare che sia bene o male o, meglio, lecito o illecito fare. Questa è una svolta quasi epocale per il pensiero giuridico e per la pratica del diritto. Un giudice costituzionale nei processi di ponderazione e di bilanciamento dei diritti si può trovare di fronte al problema di stabilire come dovrebbe essere interpretato il dettato costituzionale alla luce del principio di ragionevolezza. Egli non si appella alle convinzioni diffuse nella società, ma a come esso dovrebbe essere interpretato in termini di giustizia. La connessione fra diritto positivo e moralità critica è ormai sotto gli occhi di tutti.

4. Infine, dobbiamo chiederci in che senso l'idea di un'esperienza elementare dell'umano di tipo irriflesso, ma diffuso, s'inserisca armonicamente in questo contesto della pratica giuridica contemporanea.

Vedo la possibilità che essa svolga una duplice funzione, una preventiva e una conclusiva. Innanzi tutto, si tratta di riconoscere il campo degli interlocutori del discorso pubblico che s'intreccia in una società pluralistica. Questi interlocutori devono avere una certa qual comunanza senza la quale non potrebbe realizzarsi l'intendere e il comprendere. L'esperienza elementare ci dice che questa comunanza si trova nella comune umanità. Il titolo per partecipare al discorso comune è quello di essere uomo, di aver parte nell'umano, espressione che preferisco a "umanità" che è foriera di pericolose entificazioni.

Com'è possibile nelle condizioni attuali preservare ancora un'elementare grammatica dell'umano che favorisca il dialogo fra le differenze? Questo è un compito urgente che deve essere oggi affrontato in modo diverso dal passato. In assenza di ordinamenti comprensivi di valori bisogna promuovere la costituzione di orizzonti d'intesa fra quelle identità particolari che aspirano a visioni universali. Ciò è possibile in quanto questi mondi identitari lasciati a se stessi sentono ora di dover assolvere il compito di dare risposte che trascendano i loro ristretti ambiti e si giustificino in certo qual modo di fronte agli "altri" o ai diversi. Non si tratta più di

essere accolti nella braccia di un ordinamento globale secondo la logica del riconoscimento, ma d'intessere dal basso una rete di relazioni sempre rivedibili ma sempre più ampie. Si tratterà di un diverso tipo di ordine non più gerarchico o assiomatico, ma "a rete"⁹, cioè un ordine dipendente dalla prassi o dettato dal corso di azione che s'intraprende. Conseguentemente questa rete d'identità comprenderà in sé una molteplicità di ordini possibili dei valori e il loro conflitto risiederà soprattutto nel tipo di azione da compiere. D'altronde, i valori realisticamente considerati non sono in verità come le stelle del cielo, ma sono pratiche sociali rivolte alla realizzazione di beni immanenti.

V'è da ritenere che nelle pieghe di questo universo pluricentrico, insieme complesso e confuso, si manifesti sempre più pressante l'esigenza di una grammatica comune della vita pratica, dico "grammatica" e non "linguaggio", perché quest'ultimo è già compromesso con le sue differenti articolazioni storiche. Alcuni indizi già lo dimostrano: primo fra tutti ovviamente i vari tentativi di codificazione dei diritti umani e il diffondersi del costituzionalismo, e poi quelli volti a determinare le ingiustizie più evidenti, a individuare i crimini nei confronti dell'umanità, a sovvenire ai bisogni più urgenti in seguito a catastrofi naturali o a carestie. Poca cosa – lo ammetto – e per di più spesso ambigua nelle intenzioni e nei significati. Ma l'importante è che prenda progressivamente corpo questa grammatica della giustizia internazionale. Ciò non significherà certo la fine dei conflitti di valori, perché con le stesse regole linguistiche si possono fare discorsi contrastanti, ma l'importante è che si possa stabilire quali sono i discorsi insensati. L'universalità è pertanto un obiettivo da raggiungere piuttosto che un principio di partenza e in questo senso è una questione di grado. È qualcosa da realizzare e da conquistare piuttosto che una condizione preliminare di validità. Non si tratta, dunque, di prendere le mosse dalla cultura più universale (foss'anche quella occidentale dei diritti dell'uomo) per uniformare a essa le culture particolari. Quest'operazione ha occultato spesso un imperialismo culturale che ha calpestato in modo più o meno sanguinoso le identità personali e collettive. Ma, se si ammette che culture particolari possano comunicare, allora necessariamente si deve ammettere qualcosa di universale già intercorrente tra loro. Il "cattivo" universalismo è basato sulla deduzione dell'universale da *un* particolare; il "buon" universalismo è l'orizzonte d'intesa di almeno *due* particolari quand'essi sono capaci di universalizzazione¹⁰.

La seconda funzione dell'esperienza elementare dell'umano ha un carattere anti-individualistico. L'umano è un mondo di relazioni significative e non già un insieme scomposto di libertà e di pretese separate. Ognuno ha il diritto di avanzare le sue pretese e le sue richieste nella piazza della città, ma ha l'onere di mostrare che queste pretese e queste richieste s'inseriscono in un ordine in grado di custodire e implementare le relazioni umane fondamentali. Infatti, solo a queste condizioni la vita sociale è significativa per la vita buona di coloro che la abitano e non è intesa come un coacervo d'individui separati l'uno dall'altro o di tribù che s'ignorano quanto più vivono vicine l'una all'altra.

Di conseguenza chi propone di modificare quell'ordine delle libertà che s'è andato formato nella cooperazione sociale dovrebbe dimostrare con buone ragioni che in tal modo le finalità della vita comune sono meglio intese e realizzate, che la dignità della persona nelle sue relazioni sociali significative è in tal modo meglio rispettata. Quando si mette al centro della vita politica unicamente il principio dell'uguale considerazione e rispetto (come fa Dworkin), si rinuncia a dare rilevanza alle relazioni sociali significative e alle esigenze della cooperazione. La ricerca del bene comune richiede la disponibilità a sacrificare anche i propri punti di vista per il bene della comunanza senza cui non v'è né società né socialità. L'eguaglianza deve coniugarsi con le differenze richieste dall'ordine delle libertà.

- 1 A. Simoncini et al., *Esperienza elementare e diritto*, Guerini e Associati, Milano 2011.
- 2 J. Waldron, *Does Law Promise Justice?*, in *Georgia State University Law Review*, 17, 2000-2001, pp. 759-788.
- 3 J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in Id., *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979, p. 211.
- 4 G. Radbruch, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946), in *Oxford Journal of Legal Studies*, translation of *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, 26, 2006, n. 1, pp. 1-11.
- 5 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, II ed., Verlag Karl Alber, Freiburg i.B. 1994.
- 6 J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, II ed., Oxford U.P., Oxford 2011.
- 7 "A natural law theory of positive law".
- 8 Cfr. G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, t. II, pp. 865-897.
- 9 Sulla differenza tra ordine a catena e ordine a rete rinvio al mio *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987, pp. 373 ss.
- 10 Cfr. T. Todorov, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, trad. di A. Chitarin, Einaudi, Torino 1991, p. 17.