

# CONFLITTI PRATICI? SUGGERIMENTI CRITICHE SULLA SCELTA DI UN IMPIANTO TEORETICISTA

ULDERICO POMARICI

*Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*uldericopomarici@gmail.com*

## ABSTRACT

This paper comments on some passages of the book by Damiano Canale with particular reference to its first theoretical part, pointing out the difficulty in connecting the theoretical dimension of law with the practice. In what follows my main concern is to show how the book, notwithstanding its brilliance and clarity, seems not to pay the adequate attention to the socio-political importance of practical cases and the conflicts it engenders.

## KEYWORDS

Practical cases, law, morality, politics

1. Si tratta di un volume con esplicite finalità didattiche e espositive. Ma anche di un tentativo dichiarato di riabilitare la filosofia del diritto: che non dovrebbe più essere – secondo Damiano Canale – un semplice “orpello” utile a tener viva la sensibilità culturale del giurista in formazione, ma una disciplina in grado di interrogare “il tempo in cui viviamo mediante l’elaborazione di concetti e ragionamenti capaci di renderci consapevoli dell’esperienza del diritto che ogni giorno facciamo”(VI-IX). A tal fine il volume vuole esplicitamente porsi come contributo a una rappresentazione della complessità del diritto contemporaneo. Complessità che si sostanzia nella prima parte attraverso il confronto con l’esame delle tre teorie giuridiche ritenute maggiormente oggi rilevanti: giusnaturalismo, giuspositivismo, neocostituzionalismo, in relazione soprattutto al confronto con la morale. Giustapposte a queste, alcune rilevanti concezioni metaetiche scelte esplicitamente in contrapposizione reciproca: realismo e anti-realismo morale.

1.1. Quale il senso di questa lettura delle concezioni del diritto e della morale? Canale lo spiega introducendole. La sua convinzione è che “l’esistenza, le

caratteristiche distintive e le strategie per governare i conflitti tra diritto e morale dipendono dalla concezione del diritto e dalla concezione della morale sottese al ragionamento pratico di chi agisce, in particolare dei soggetti istituzionali” (60). Un elemento che mi sembra problematico nello sviluppo argomentativo di questi casi così come viene esposto nel volume – con riguardo al contributo di una filosofia del diritto che voglia e sappia “interrogare il tempo in cui viviamo” – è l’assenza di un rilievo sociale e politico del conflitto. Non sono infatti così sicuro che la strada maestra, l’unica strada, per governare i conflitti fra diritto e morale – che comportano anche casi tragici – dipenda esclusivamente o prioritariamente da concezioni teoriche, strutturate formalmente e codificate. Forse, se c’è un limite insito nel convincimento di fondo del volume, è quello di voler ricondurre tutto a teorie. Tuttavia la filosofia del diritto nel suo sviluppo mostra – e lo testimoniano in qualche misura anche i casi pratici che compongono la seconda parte del volume – che la teoria è solo una delle dimensioni, ma non l’unica, nel contribuire alla risoluzione felice dei casi. E, proprio dal punto di vista filosofico-giuridico, può dirsi che esistano delle condizioni sociali di possibilità all’interno delle quali le ragioni e gli argomenti del diritto prendono forma, si modificano, vengono superati e, in questa chiave, interpretati. Esistono cioè delle contingenze sociali e politiche che connotano le concezioni del diritto e della morale così che le ragioni nello spazio pubblico mostrano un aspetto autoritativo indubitabile. Sono sempre situate. Lo stesso dicasi delle dottrine morali: si potrebbe mai sostenere che la forza morale è intrinseca alle ragioni morali stesse? Non si può trascurare quindi il significato per la teoria della strenua battaglia di Piergiorgio Welby, e allo stesso modo la battaglia delle coppie omosessuali e di tutte le organizzazioni che le appoggiavano o – nel caso della pena di morte relativa al caso Furman – l’ampio soccorso al giovane nero della rete di organizzazioni della società civile da sempre impegnate nella lotta contro la pena di morte. Insomma, senza questo apporto vivo della società civile organizzata dal basso – che ha posto la questione in termini squisitamente politici contrapponendosi all’establishment – sarebbe stato molto più arduo tradurre in termini giuridici gli esiti. A fortiori noto che nel modo di condurre l’analisi dei due plessi di concezioni – quello giuridico e quello morale – traspare un’asimmetria: perché se è vero che dal lato delle tre concezioni del diritto c’è un serrato confronto interno con le dimensioni della morale, con le morali, non altrettanto può dirsi per quanto concerne le concezioni della morale che – restringendosi alla dimensione metaetica – rifuggono da un confronto con le concezioni giuridiche, così da apparire, in un certo senso, come un corpo estraneo.

Una scelta di fondo del volume è quella di non offrire una prospettiva storica del dibattito filosofico-giuridico. Scelta che potrebbe apparire un limite e che invece – proprio in conformità con il suo fine esplicito dato in incipit – appare in armonia con l’impianto complessivo. L’obiettivo è quello di rappresentare lo sviluppo

contemporaneo del dibattito filosofico-giuridico enucleando attraverso l'esame di alcune posizioni teoriche apicali, con il relativo impianto argomentativo, una serie di concetti fondamentali. Argomentazioni concernenti innanzitutto la relazione fra diritto e morale, relazione posta come costitutivamente conflittuale, laddove il conflitto è un valore teorico le cui vicende arricchiscono la dimensione giurisprudenziale del diritto contemporaneo. Una seconda scelta metodologica di fondo è data dal carattere descrittivo dell'analisi che rifugge quasi sempre da giudizi di valore.

1.3. Il volume è diviso in due 'campi' connessi in modo funzionale: una prima parte 'teorica' suddivisa a sua volta in quattro capitoli, e una seconda parte 'pratica', legata ad alcuni casi esemplari: il caso Welby per l'eutanasia; il caso "Oliari e al." per le unioni civili (matrimonio omosessuale); il caso Furman per la pena di morte. Nel primo dei capitoli della parte teorica – per mostrare i 'tipi' della norma – vengono analizzate in particolare le posizioni di Austin, Kelsen, Hart, Raz. In termini generalissimi, Canale afferma che le norme "rendono sensate le valutazioni proprie e altrui" (6). Che è un modo 'interno' per descrivere le norme e la loro efficacia, finalizzata a una buona vita, un'autodescrizione: "l'esistenza delle norme è cioè una condizione necessaria per formulare giudizi ben formati intorno alla bontà, correttezza, adeguatezza, legalità, giustizia di un comportamento umano"(Ib.). Va detto però che la natura di bontà, correttezza, adeguatezza ecc. implica sempre un altro criterio di giudizio che è anche il presupposto necessario per giudicarle ed eventualmente dividerle. Questo è, in altro senso, forse, il punto di crisi del Normativo, nel suo voler apparire privo di un esplicito criterio di giudizio, di un presupposto. Quando si sostiene ad es. , come fa Kelsen richiamandosi a Moore, che in questo caso il presupposto non esiste o che è comunque al di là della nostra possibilità di comprenderlo: "La differenza fra essere e dover essere non può essere ulteriormente spiegata: è un dato immediato della nostra coscienza"<sup>1</sup>. Ecco un classico esempio di assenza di presupposti, che costituisce – in modo mascherato e direi autoritativo – un presupposto. Che implica una metafisica. La tensione kelseniana a psicologizzare il Normativo rende infatti altamente problematica la relazione fra essere e dover essere. Secondo Kelsen "la norma, come senso specifico di un atto intenzionalmente rivolto al comportamento altrui, è qualcosa di diverso dall'atto di volontà di cui rappresenta il senso"; per cui lo stesso individuo sembra attraversato da una scissura, mosso, come appare, da due istanze perfettamente distinguibili l'una dall'altra. Da un lato l'atto di volontà, l'essere; dall'altro il suo senso, ovvero il dover essere, la norma. Come se fossero due elementi dissociabili. Ma

<sup>1</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1975, p. 14. La fallacia naturalistica è una costruzione teorica, non un elemento naturalistico ed è stata per giunta continuamente contraddetta negli sviluppi del pensiero filosofico.

come si può scotomizzare la volontà una volta che questa si è espressa? Come si può eliminarla dall'atto normativo per purificarlo di ogni elemento soggettivo, 'arbitrario'? Il suo attacco fin dagli anni Venti al dogma della sovranità<sup>2</sup> muove esattamente da questa necessità di eliminare la volontà dal comando del sovrano, di non farla pesare nel meccanismo normativo che doveva diventare autonomo da ogni influenza esterna, puro. Così da volere Hobbes... senza Hobbes. Questa in fondo è la critica che gli è stata rivolta dagli antinormativisti. Qual è la ratio del celebre esempio kelseniano della votazione parlamentare per alzata di mano<sup>3</sup>? Come si può sostenere che l'elemento 'naturale', 'fisico', della votazione, sollevando il braccio, sia perfettamente separabile dal suo senso? Mai sarebbe esistito quel gesto in una sua qualche autonomia dentro quell'aula se l'istituto parlamentare non avesse normato la procedura di votazione. È evidente che l'uno non può stare senza l'altro e che diventa un espediente retorico assumerli solo al fine di poterli distinguere. Giustamente, peraltro, nel testo si mettono in rilievo alcuni limiti della teoresi kelseniana: innanzitutto la riduzione della norma alla sua funzione sanzionatoria. Quindi, se la de-psicologizzazione della norma lo allontana da Austin, questo aspetto lo riavvicina a lui. Tutte le norme costitutive – come ad es., quella che istituisce il matrimonio o l'istituto del testamento o, nella nostra costituzione, l'art. 12 – non hanno aspetti sanzionatori (p. 15). E questo è il guadagno di Hart, con la teoria del doppio livello normativo. Così, l'altra menda che viene rilevata da Canale è – in Kelsen come in Austin – l'inesistenza della spiegazione di come le norme condizionano i soggetti che ne sono destinatari: i cittadini in generale e i funzionari in particolare. Da questo elemento – che in un certo senso lascia Kelsen nella prima metà del Novecento – Canale muove per inserire il discorso normativo nel ragionamento pratico. Le norme sono infatti ragionamenti con i quali in ambito pubblico giustifichiamo le nostre azioni. Ma ciò significa: giustifichiamo non solo il fatto di aderirvi, ma anche quello di violarle. Fino alla disobbedienza civile (p. 40). Né è un caso – per rimarcare ancora la differenza fra il normativismo kelseniano e lo Stato costituzionale di diritto – che il *Widerstandsrecht* è contemplato nel c. 4 dell'art. 20 Grundgesetz.

1.4. Le norme analizzate da questo angolo prospettico non sono più, quindi, come nella costruzione kelseniana, limitate a una dimensione verticale, ma hanno anche un consistente aspetto orizzontale: esse costituiscono la rete nella quale si costruisce lo spazio pubblico e i suoi discorsi. Questo è il punto di vista interno promosso da Hart nel concetto di diritto. Quali ne sono le implicazioni profonde? Scoprire l'altro lato delle norme, quello nel quale le norme vengono usate per costruire le vite individuali. Nel momento in cui le norme non vengono più osservate solo

<sup>2</sup> Id., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>3</sup> Id., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 10.

dall'esterno, infatti, ma anche dall'interno – dunque con la capacità di giudizio che i destinatari delle norme hanno nell'usarle e le giustificazioni addotte a supporto – si apre una faglia nella concezione del positivismo giuridico trädito. I destinatari, ragionando, decidono anche molto spesso di trasgredire le norme, in base a motivazioni che hanno a che fare con i loro desideri e pulsioni, con i loro bisogni, e anche, spesso, con il background morale che guida le loro vite. L'esempio prodotto da Canale, di Luigi che preferisce violare la norma del codice della strada indottovi dal suo bisogno di trovare un impiego è esemplificativo del fatto che la norma è sempre parte di un ragionamento di cui costituisce uno solo degli elementi. Il “Se I allora S” kelseniano, da solo, non spiega il ragionamento alla base del comportamento umano in relazione alla norma prescelta, mentre acquista senso se incastonato all'interno di un ragionamento pratico. Qui emerge il carattere e il senso del ragionamento pratico, ovvero la “rappresentazione di come dovremmo agire nel caso fossimo soggetti razionali” (23). La filosofia del diritto esposta nel testo prende in esame queste ragioni senza intrudere nelle motivazioni interiori, ma tenendo ferma la tensione teorica fra diritto e morale. Morale infatti non indica motivazioni psicologiche e/o spirituali interiori, ma un insieme complesso e collidente di teorie che costituiscono con e nel diritto un campo argomentativo.

1.5. Punto di vista che, evidentemente, collide con quello di Hans Kelsen, il quale espunge dalla sua teoria pura del diritto ogni riferimento a dottrine estranee all'ordinamento giuridico strettamente considerato: la giustizia è un ideale irrazionale e la morale non può entrare a condizionare la statuizione e l'applicazione delle norme. Dunque, in modo coerente con la sua dottrina del diritto come nomodinamica – depurata appunto da ogni elemento statico tipico della morale – Kelsen affermava, ancora nel 1960, che “una norma giuridica non è in vigore per il fatto di avere un certo contenuto, cioè per il fatto che se ne può dedurre il contenuto da una norma fondamentale [...] bensì per il fatto che la si produce in un certo modo”. E conclude drasticamente: “per questo – e per questo soltanto – tale norma appartiene all'ordinamento giuridico. Il diritto può avere qualsiasi contenuto”<sup>4</sup>. Come esemplificazione viene addotto il seguente esempio: “Secondo il diritto degli Stati totalitari, il Governo è autorizzato a rinchiudere nei campi di concentramento le persone di convinzioni, religione o razza indesiderate, nonché a costringerle a lavori qualsiasi, anzi a ucciderle”<sup>5</sup>. A Kelsen, come si sa, si contrappone Gustav Radbruch, che, dopo il 1945, con la sua formula della norma intollerabilmente ingiusta, pone l'esigenza indifferibile di strutturare una relazione necessaria fra diritto e morale. Formula richiamata da Canale esaminando le sentenze scaturite dal caso delle “guardie del Muro” (62 ss.). Per Kelsen è diritto – perché considerato nella

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 222.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 53.

sua sola forma evidentemente – anche quello prodotto e applicato negli Stati totalitari. La disciplina dei diritti fondamentali adottata negli Stati costituzionali di diritto azzerava questa impostazione e riscrive la relazione tra forma e contenuto nella disciplina legislativa. A cominciare da Radbruch: quando si giunge all’ingiustizia estrema il diritto diventa torto legale (*Gesetzliches Unrecht*). Diventando intollerabile – ecco il senso di guardare ai destinatari delle norme!! –, si pone al di fuori di quel che va inteso propriamente come diritto. Naturalmente non va sottaciuto il carattere problematico del ‘metro’ usato da Radbruch nella definizione della sua formula, l’*übergesetzliches Recht*, il diritto sovralegale: chi e come giudica e decide dove comincia e dove finisce? Ma questo è uno dei problemi capitali della sovranità e della dialettica fra Legislativo e Giurisdizione nello Stato costituzionale di diritto. Al di qua di questo discorso, per Kelsen, sincero democratico, la forma giuridica non poteva comunque essere inficiata, costituita e/o vagliata grazie a principi morali. Questa convinzione – se poteva ancora trovare una giustificazione nelle forme giuridiche ottocentesche o primonovecentesche – diventa altamente problematica nello Stato costituzionale di diritto del secondo dopoguerra, nel quale i diritti fondamentali trovano la loro base non tanto nella legge, quanto nella costituzione e, pertanto – quantomeno nel loro nucleo essenziale, dunque da un punto di vista non più solo formale ma anche sostanziale – non sono sottoposti alla legge, ma anzi sono in grado di condizionare la legge ai fini del rispetto della costituzione. Se resta in piedi la sola sanzione a caratterizzare la norma è evidente che ogni elemento discorsivo – ogni dimensione pratica della norma – viene inibita. Peraltro, il principio di razionalità strumentale – la coerenza fra i nostri desideri, credenze e i comportamenti che teniamo pena l’accusa di irrazionalità –, che Canale giustamente sottopone a critica (26ss.), ben si adatta al caso del razzismo nazionalsocialista e delle sue conseguenze genocidarie. Vi sono fini, infatti, perseguire i quali non rende giustificabile l’azione: “lo scopo che desideriamo conseguire deve essere meritevole di essere perseguito affinché la scelta di adottare un certo mezzo sia giustificata”.

2. Il focus della prima parte del volume è concentrato a illustrare, rispettivamente, le concezioni del diritto e le concezioni della morale in quanto tali e nelle intersezioni problematiche e conflittuali che scaturiscono dal loro collidere. In che modo le diverse concezioni del diritto si rapportano alle scelte morali? Questa è la prima questione rispetto alle concezioni del diritto prese in esame – che egli, successivamente, approfondisce in questa parte ‘teorica’ del volume: giusnaturalismi, giuspositivismi, neocostituzionalismi –, rigorosamente al plurale al fine di sottolineare la complessità del pensiero giuridico contemporaneo. Concezioni che vengono esemplificate a partire dagli esiti giurisprudenziali scaturiti dal caso denominato delle “guardie del Muro”. Tra Berlino Ovest e Berlino Est la frontiera era fortificata militarmente da due muri paralleli di cemento armato, separati dalla cosiddetta “striscia della morte”, larga alcune decine di metri. Fra il

1961, anno della costruzione del Muro, e il 1989, anno della sua distruzione, furono uccise dalla polizia di frontiera della DDR almeno 133 persone mentre cercavano di superare il muro verso Berlino Ovest. Con la riunificazione ebbero luogo dei processi contro le guardie di confine che avevano fatto fuoco uccidendo. Canale individua tre argomentazioni giuridiche – corrispondenti alle tre scuole di pensiero sopradette – della Suprema Corte federale (giusnaturalismo), del collegio di difesa delle guardie (giuspositivismo) e della Corte costituzionale tedesca (neocostituzionalismo).

2.1. Nella prima argomentazione, elaborata della Suprema Corte federale, è posto implicitamente, come accennato prima, il confronto con la formula di Radbruch. Infatti, si sostiene che “la norma ricavata per via interpretativa dall’art. 27 della Legge sui confini superava il limite di tollerabilità morale oltre il quale il diritto cessa di essere valido” così che i soldati dovevano essere condannati anche se quella Legge ne autorizzava il comportamento (66). È interessante notare che la formula opera una distinzione fra due diverse situazioni: una prima – nella quale si confrontano una legge contraria al diritto e una legge che, sebbene dotata di un contenuto ingiusto, rimane non di meno valida – confronto che secondo Radbruch è impossibile da risolvere in modo incontrovertibile. La linea di confine è sfumata e soggetta a continue oscillazioni nell’interpretazione: ci muoviamo infatti ai margini dell’ordinamento giuridico. Ma Radbruch adombra una seconda distinzione a suo dire “questa volta assai netta”, nella quale “la giustizia non venga in alcun modo perseguita” e l’uguaglianza, che ne costituisce il nucleo fondamentale venga deliberatamente negata. È evidente qui il riferimento di Radbruch alle teorie razziste del nazionalsocialismo. Ma la questione è solo apparentemente meno problematica: certo, se il riferimento è al nazionalsocialismo sembra tutto più semplice. Ma la giustizia e l’uguaglianza non sono affatto concetti univoci e stabili. Non è un caso se Kelsen espungeva la giustizia dal diritto in quanto ideale irrazionale: esistono tante forme dell’uguaglianza e della disuguaglianza, almeno tante quanto quelle contenute nell’affermazione: “Tratta i casi uguali in modo uguale” e “tratta i casi diversi in modo diverso”<sup>6</sup>. Cosa significa uguale e cosa diverso è – con un margine molto ampio – sempre il frutto di decisioni autoritative, dunque di politica del diritto. Non ci muoviamo, se non in casi estremi, nel mondo ‘statico’ della natura, ma in quello dinamico della cultura. Dunque il problema, nonostante Radbruch, e accettando il conflitto e il contraddittorio, viene solo e sempre rinviato alla costante necessità di argomentazioni persuasive che inquadrino ogni volta di nuovo il caso di specie nella dimensione della giustizia e dell’uguaglianza senza il paracadute di parametri statici e definitivi.

<sup>6</sup> H. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1992, p. 187.

2.2. La sentenza della Corte costituzionale tedesca, per altro verso, si confrontò col problema dell'irretroattività della legge penale, di fronte al quale era già stata posta la Corte di Norimberga. La Legge sui confini della DDR dava infatti ai soldati il potere di usare le armi da fuoco e a quella legge – stante l'argomentazione del collegio di difesa dei soldati e in difformità dalla sentenza 'giusnaturalistica' della Suprema Corte federale – ci si doveva attenere. La Corte costituzionale decide innanzitutto di applicare il diritto vigente, il Grundgesetz, in base al quale esistono alcuni principi supremi non negoziabili – inviolabilità della vita umana e libertà individuale primi fra tutti – principi che nella loro natura perfettamente giuridica confermano la bontà della decisione della Suprema Corte. Resta tuttavia da affrontare e risolvere il problema dell'irretroattività della legge penale, uno dei caposaldi della cultura del garantismo e principio presente in costituzione. Come argomenta la Corte la necessità di non porre al primo posto l'irretroattività? La condanna dei soldati non confliggerebbe infatti con questo principio. Non è dunque necessario un bilanciamento: l'art. 103 c. 2 – “un'azione è punibile solo se la pena è stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa” – non deve essere interpretato in senso letterale ma solo “alla luce del sistema costituzionale considerato nel suo complesso” (67). Esattamente lo stesso argomento che la Corte Suprema degli USA pose in essere nel caso *Riggs vs. Palmer*<sup>7</sup>. Secondo la Corte, infatti, il principio di irretroattività non ha natura 'insulare', non vale in quanto tale, ma è posto in funzione di tutela dei principi supremi dello Stato costituzionale di diritto: il principio democratico, quello della divisione dei poteri, nonché quello della soggezione del legislatore alla costituzione. La DDR, nella sua natura di stato autoritario, non solo non garantiva questi principi fondamentali, ma li violava platealmente, così che affermare in questo contesto costituzionale l'irretroattività del diritto avrebbe significato “rinnegare la funzione svolta da tale principio all'interno del sistema costituzionale” autorizzando di fatto ogni ingiustizia (68). La sentenza della Suprema Corte – così decise la Corte Costituzionale – non violava l'art. 103 c. 2 e dunque la condanna dei soldati ancorché nella sua esiguità doveva venire confermata.

3. Per concludere: ho la sensazione che le concezioni giuridiche, per come vengono qui esposte, presuppongono un impianto teorico che scotomizza le divisioni esistenti nella società, se è vero che – almeno il giusnaturalismo e il giuspositivismo – sembrano dettare le condizioni della propria teoresi ignorando il carattere costitutivo di quelle divisioni. Se il diritto è per sua essenza mediazione e non imposizione apodittica della norma – basti pensare alla dimensione argomentativa del diritto e al canone della ragionevolezza – mi sembra che questa natura del diritto non si ritrovi nella prima parte del volume, quella più propriamente teorica, mentre

<sup>7</sup> R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 91 ss.



gioco forza emerge nella seconda, almeno in parte, attraverso i casi pratici, creando una sorta di squilibrio fra le due parti. Quello che una filosofia del diritto contemporanea dovrebbe riflettere – soprattutto dal punto di vista pratico – è il superamento di una visione puramente individualistica del diritto e dei diritti: il legame costitutivo del diritto alla società sforma in questo senso il giuspositivismo tradito che ignorava la natura compositiva del diritto, a vantaggio di un carattere impositivo che contemplava una dimensione verticale del diritto fondata sull'asse Stato/individuo. Ciò che invece rileva è la rappresentazione compositiva di conflitti che hanno natura strutturale e proprio in questo senso animano il diritto, consentendogli di innovarsi e innovare la società nel suo complesso. È evidente che la ragione normativa deve decidere i conflitti, ma è anche vero che il conflitto non viene mai meno ma ritorna a strutturare – attraverso la contestazione della decisione – una tappa ulteriore degli sviluppi, in una dialettica costante la cui rappresentazione nel volume mi sembra tuttavia non trovare adeguato dispiegamento.