



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

IVAN VALIA

**Cronaca del convegno “La dimensione ideale
del diritto”**

IVAN VALIA

Cronaca del convegno “La dimensione ideale del diritto”

Giovedì 17 e Venerdì 18 dicembre del 2015 si è svolto presso la sala della biblioteca comunale “Filippo de Nobili” di Catanzaro, il convegno “La dimensione ideale del diritto”, previsto all’interno del ciclo dei seminari organizzati dal Dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico Europeo” dell’Università Magna Græcia di Catanzaro per l’anno accademico 2015-2016.

La prima sessione dei lavori, con inizio alle ore 16 di Giovedì 17, è stata presieduta dal coordinatore del dottorato professor Massimo La Torre ed ha visto gli interventi del professor Robert Alexy, professore emerito dell’università di Kiel, del professor Matthias Kaufmann, dell’università di Halle, del professor Alexandre Viala, dell’università di Montpellier e del professor Andrea Porciello, dell’università Magna Græcia di Catanzaro.

La sessione di Venerdì 18 è stata presieduta dal professor Alberto Scerbo, titolare dell’insegnamento di Filosofia del diritto presso la facoltà di giurisprudenza dell’università di Catanzaro, con interventi del professor Thomas Gutmann, dell’università di Münster, del professor Matthias Klatt, dell’università di Aix-Marsiglia e del professor Indrek Grauberg, dell’università di Tallin.

La tesi del professor Alexy sulla dimensione ideale del diritto ha costituito il cuore della discussione che si è sviluppata nel corso dei due giorni e ha consentito di porre sotto una nuova luce l’eterna questione della contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo. È stata inoltre l’occasione per indagare sulla separazione tra diritto e morale, oltre che su

· Dottore di ricerca in “*Teoria del diritto e ordine giuridico europeo*”, Università “Magna Græcia” di Catanzaro.

questioni dirimenti per il dibattito teorico contemporaneo, quali il concetto di necessità e la pretesa di correttezza.

Il professore di Kiel partendo proprio dall'idea della connessione tra diritto e morale, ha sottolineato come la stessa si fondi sulla pretesa di correttezza e di giustizia, che sono insite all'interno di ogni sistema giuridico, poiché è la stessa pratica giuridica a possedere tale pretesa. Un approccio di questo tipo costituisce il ponte ideale tra morale e diritto e non può che respingere con forza qualsiasi approccio al diritto che sia di stampo positivista.

Alexy ha sostenuto che il diritto possiede una doppia natura: una dimensione reale ed una ideale. La prima riguarda il diritto come fatto, si riferisce a questioni autoritative ed all'efficacia sociale. Si può agevolmente asserire che la dimensione reale costituisce la dimensione istituzionale del diritto, mentre la dimensione ideale si riferisce invece alla correttezza, in particolar modo alla correttezza morale, intrinsecamente connessa alla ragionevolezza pratica.

L'idealità si rintraccia necessariamente all'interno dei sistemi giuridici, che già in sé possiederebbero una pretesa di correttezza.

Alexy ha tentato di dimostrare l'implicazione necessaria della pretesa di correttezza, attraverso l'utilizzo della contraddizione performativa. L'esempio di contraddizione performativa utilizzato è quello di una costituzione ipotetica che al primo articolo recita: "X è una Repubblica sovrana, federale ed ingiusta". È evidente come sia impossibile negare l'assurdità di tale articolo. L'idea che sta alla base del metodo della contraddizione performativa è tentare di spiegare l'assurdità della contraddizione tra ciò che è implicitamente sostenuto all'interno della costituzione, ciò che è giusto, e ciò che invece è esplicitamente dichiarato, ciò che è ingiusto. Tale contraddizione non interessa solamente il piano della giustizia, ma anche quello della correttezza: si riferisce, cioè, sia alla dicotomia giusto/ingiusto che a quella corretto/incorretto. Nell'esempio della costituzione ipotetica la contraddizione che nasce tra ciò che è esplicito e ciò che è implicito è, per l'appunto, necessaria. Potrebbe essere

evitata solo se si abbandonasse la dichiarazione implicita. Fare ciò, tuttavia, rappresenterebbe una transizione da un sistema giuridico ad un sistema di rapporti di poteri nudi, ovvero significherebbe passare a qualcosa che non può essere definito “sistema giuridico”.

Successivamente il professor Alexy, ritornando sul tema della dimensione ideale, ha evidenziato come un sistema puramente ideale, basato su ragioni per l'azione, sarebbe un sistema insufficiente, poiché fondato solamente sulla riflessione morale e sulla conformità spontanea. Un sistema di questo tipo comporterebbe problemi di natura pratica: vi sono ad esempio molte questioni pratiche che non possono essere risolte anche se nella discussione sono coinvolte persone ragionevoli. Inoltre, la conformità spontanea non sarebbe sufficiente anche perché vi sono bisogni che non possono essere soddisfatti semplicemente per mezzo di un'azione spontanea. Il diritto, in definitiva, per raggiungere certi scopi, presuppone necessariamente un elemento organizzativo. La dimensione ideale, quindi, porta alla necessità di un collegamento con la dimensione reale e positiva del diritto. Ma la necessità di positività non implica il positivismo, nel senso che essa deriva anche da requisiti morali. Per dare una definizione più completa si può dire che la necessità della positività implica la correttezza della positività, il che non assegna assolutamente al positivismo un carattere esclusivo.

Il professore di Kiel ha proseguito approfondendo il tema della correttezza, che si divide in due ordini: il primo è quello che si riferisce esclusivamente alla dimensione ideale e che riguarda la giustizia come tale, il secondo è più completo ed afferisce sia alla dimensione ideale che a quella reale, riguarda cioè sia la giustizia che la certezza del diritto. È proprio grazie a questo secondo ordine di correttezza che si riescono a coordinare principi sostanziali di giustizia con principi formali di correttezza.

Dunque, l'armonia del sistema si può raggiungere nel momento in cui si contemplan contemporaneamente la dimensione ideale, coi suoi principi di giustizia, e la dimensione reale, con i suoi principi di certezza del diritto.

Il secondo intervento è stato quello del professor Kaufmann che, pur condividendo alcune delle proposte fornite da Alexy, ha messo in evidenza che molte delle tesi di Alexy, benché sensate, trascurano il fatto che viviamo in un mondo globalizzato ed in un contesto multiculturale. È stata dunque fornita una visione scettica e relativistica dalla quale è emerso che tra diritto e morale la connessione non si configurerebbe nei termini della necessità: il diritto spesso è ingiusto vista la presenza di pratiche che dal punto di vista morale sono inaccettabili.

Kaufmann ha escluso la possibilità che possa avvenire l'universalizzazione della moralità invocata da Alexy e ha provato a dimostrare ciò attraverso un'analisi di tipo pratico. Ad esempio, In Nigeria, in uno Stato che pretende di essere democratico, vi sono continue violazioni dei diritti umani. Più in generale per la Sharia alcune punizioni aberranti, come le amputazioni, sono legittime e spesso sono gli stessi difensori dei diritti umani a proteggere i criminali. Episodi di violenza, spesso di natura religiosa, sembrano essere la più diretta testimonianza di quanto sia impossibile condividere l'idea di un'accettazione universale della moralità. La domanda che è necessario porsi è quindi: quale giustizia, quale moralità, quale diritto siamo disposti ad accettare? Ogni periodo storico, ogni sistema giuridico hanno posseduto le loro idee di giustizia e di uguaglianza.

Il professore dell'università di Halle ha poi sollevato qualche dubbio sul concetto cardine della riflessione alexyana, quello di necessità. Non sarebbe emerso in modo chiaro se tale necessità legherebbe diritto e morale da un punto di vista logico. Se così fosse validità giuridica e meriti morali sarebbero collegati ed essi dovrebbero essere assunti come verità necessarie. Ma vi sono stati e vi sono ancora momenti in cui il diritto è moralmente scorretto e quantunque valido. Secondo Kaufmann, quindi, l'idealità alexyana e la relativa concezione della giustizia, possono entrare in crisi nel momento in cui ci si sposta da un piano prettamente

metodologico ad una dimensione pratica, all'interno della quale si può intercettare una pluralità di significati di giustizia.

Successivamente è stata la volta del professor Viala, anch'egli piuttosto distante dalla posizione di Alexy.

Centro della relazione del professore francese è stato il concetto di *standard*. La dimensione ideale del diritto vive grazie alla possibilità che abbiamo di distinguere il diritto come è dal diritto per come dovrebbe essere. Ed uno *standard* avrebbe a che fare proprio con quest'ultimo aspetto: è cioè un'espressione di idealità e non di realtà, qualcosa che fa parte del mondo intellegibile, non di quello sensibile. Lo *standard* per essere riempito di significato necessita dell'intervento di un'autorità: di per sé resta un'identità semplicemente ideale.

Il concetto di *standard* continuerebbe ad avere le medesime caratteristiche e ad essere collegato con la dimensione del dover essere anche nel momento in cui si dovesse assumere una posizione realista, secondo cui la vera fonte di normatività risiede non nel corpo legislativo, bensì nell'attività giurisdizionale. Da una prospettiva realista sono le corti che, interpretando il testo normativo, ne determinano il significato. Così facendo non si limitano ad applicare il diritto, ma "creano" dei nuovi *standard*, che quindi costituiscono un'osservazione empirica del comportamento delle corti. Attraverso l'analisi di tale comportamento noi possiamo sapere quali sono gli *standard*, ma il contenuto resta puramente ideale. Anche in questo caso lo *standard* in sé non esiste ed assume un significato solo nel momento in cui si realizza l'attività interpretativa dei giudici.

Da un punto di vista prettamente ontologico, l'impostazione realista non differisce quindi da quella normativista, dato che anche per questa lo *standard* è da considerarsi come un'entità ideale.

Anche il professor Porciello non si è astenuto dal criticare la posizione di Alexy sulla connessione tra diritto e morale, pur preferendo la sua opzione teorica alla posizione positivista più tradizionale. Ciononostante, la

proposta alexyana, secondo il professore di Catanzaro, è accettabile nel momento in cui venga considerata come una teoria “del” e “sul” sistema giuridico democratico-costituzionale, per come esso si è sviluppato a seguito della seconda guerra mondiale, e non quando interpretata come una teoria generale sul concetto di diritto.

Il cuore della riflessione di Porciello si è indirizzato verso una delle pecche del non-positivismo, che ha un’ambizione troppo ampia nel momento in cui si sposta dalla descrizione interna del diritto verso la pretesa di poter definire il diritto dall’esterno, nella sua dimensione ideale, cioè quando si propone di fornire un concetto universale di diritto. Così facendo Alexy eleverebbe un modello particolare di diritto (quello che per l’appunto riguarda i sistemi democratico-costituzionali) a concetto di diritto, attraverso il quale valutare tutte le esperienze giuridiche, contemporanee e passate, finendo così per considerare il modello dello Stato democratico-costituzionale alla stregua del concetto di “Diritto” e non come una manifestazione contingente, rendendo così difficoltosa la possibilità di operare una distinzione tra diritto e buon diritto.

Se si parla di “concetto” bisogna trovare delle caratteristiche costanti e nel diritto, all’interno del suo minimo comune denominatore, non rientrano elementi quali la dimensione ideale, la pretesa di giustizia, la connessione necessaria tra diritto e morale: tali elementi, sebbene servano a descrivere la particolare forma di Stato democratico-costituzionale, non costituiscono però delle caratteristiche comuni a tutte le esperienze giuridiche. I nostri standard morali ci consentono di definire ingiusto o, nel modo di Alexy, non diritto, un dato sistema solo *ex-post*, cioè solo dopo che certi criteri di giustizia sono stati positivizzati all’interno di un ordinamento.

Tra modello costituzionale e dimensione ideale vi è uno scarto, e la stessa distanza separa il modello dal concetto. Se considerassimo “concetto” di diritto il “modello” costituzionale, archiveremmo agevolmente importanti esperienze giuridiche del passato.

La sessione di venerdì 18 dicembre, presieduta dal professor Alberto Scerbo, ha avuto inizio con l'intervento del professor Gutmann, il quale ha espresso sin da subito una visione vicina a quella di Robert Alexy. Egli si è dimostrato convinto dell'esistenza di una natura dualistica del diritto, che appunto contiene una dimensione reale, effettiva, socialmente efficace, ed una dimensione ideale che è connessa proprio alla correttezza morale di cui parla Alexy. La pretesa di correttezza è una proprietà necessaria del diritto che evidenzia come sia fuorviante l'operazione positivista che vede il diritto e la morale come due entità tra di loro separate. I sistemi giuridici razionali richiedono in sé una pretesa di correttezza morale. Il diritto, che ha incorporato in sé moltissimi principi fondamentali, come quelli di uguaglianza, rispetto, libertà, possiede quindi una pretesa di correttezza, che ci spinge ad avere una tensione verso più consistenti discussioni morali su come il diritto dovrebbe essere.

Dopo aver delineato gli aspetti della teoria di Alexy che gli sono parsi più condivisibili, anche Gutmann non si è astenuto dal compiere alcune critiche. In particolar modo la tesi alexyana, per certi versi, è apparsa un'astrazione dal tempo e dalla storia, inadeguata nel prendere in debita considerazione lo sviluppo di quest'ultima. Gutmann ha concentrato buona parte della sua relazione proprio sul concetto di sviluppo storico, tenuto anche in considerazione il fatto che se l'idea del diritto come istituzionalizzazione della ragione e l'idea dei diritti umani hanno precondizioni sociologiche e storiche, allora diviene difficile giustificare l'idea di diritti umani eterni. Da un punto di vista metodologico, nel momento in cui all'interno della discussione si inseriscono la dimensione sociale e la dimensione storica dell'istituzionalizzazione in un sistema giuridico, bisogna tenere in massima considerazione la prospettiva degli osservatori.

È stata poi la volta del professor Klatt che ha innanzitutto analizzato la questione della "priorità analitica". Egli è perfettamente d'accordo con la concezione secondo la quale il diritto avrebbe una natura dualistica, nella

quale è la dimensione ideale a condurre verso la dimensione reale. Quest'ultima completa l'insufficienza della prima attraverso il processo di positivizzazione. La dimensione ideale sembra dunque avere una priorità analitica sulla dimensione reale, ma si potrebbe tentare anche il percorso inverso, anche solamente evidenziando come le procedure giuridiche reali, e più in generale il diritto positivo, presentino dei limiti. In particolare il diritto positivo è spesso vago, fonte di valori pluralisti che conducono a decisioni etiche spesso contestate. Invertendo cioè il paradigma alexyano, l'insufficienza della dimensione reale comporta il fatto che le procedure decisionali possono ricercare un completamento nella dimensione ideale-morale del diritto. Klatt fornisce una possibilità in più, nel senso che, aggiungendo un'alternativa alla sequenza, consente un'integrazione bidimensionale della dimensione reale con quella ideale.

Il professore di Aix-Marsiglia si è successivamente soffermato sul problema del rapporto tra dimensione ideale e la *legal education*.

Se accettiamo l'esistenza di una dimensione ideale, allora dobbiamo essere pronti ad andare contro lo *status quo* degli studi giuridici nelle facoltà di diritto, oggi prettamente focalizzato sullo studio della dimensione reale, sul diritto positivo. Un sistema di questo tipo, che non tiene minimamente in conto la dimensione ideale del diritto, impedisce agli studenti di dotarsi delle giuste capacità per fronteggiare autorevolmente questioni di filosofia pratica e prendere sul serio il problema delle argomentazioni morali. In poche parole, si sta fornendo alle generazioni future un bagaglio di conoscenza giuridica dimezzato, all'interno del quale si perde almeno il 50 % del discorso su come il diritto dovrebbe essere.

In buona sostanza Klatt propone una visione unitaria tra diritto e morale, che respinge qualunque ipotesi di separazione e frammentarietà: è la stessa morale che conduce verso tale dimensione di completezza.

Il professor Grauberg ha invece posto il problema della contrapposizione tra diritto, morale e diritti sociali e la sua relazione si è concentrata proprio sulla connessione tra diritto e valori sociali, oltre che sul tentativo di

operare una connessione tra l'approccio di Alexy sulla dimensione ideale e l'orientamento della più recente giurisprudenza costituzionale estone.

Per Grauberg il diritto è un ordine sociale a causa della sua natura, essendo creato da relazioni tra individui diversi che hanno la capacità di pensare razionalmente. All'interno della società un ruolo fondamentale è svolto dalla morale e dalle tradizioni, che sono proprio l'espressione di un volere sociale e regolano il comportamento degli individui in società. Sono le norme di costume e quelle di moralità a creare un legame tra le persone, una sorta di relazione di moralità. È nell'osservanza delle norme sociali che si fonda la base di una società stabile e ben funzionante. All'interno di questo contesto, un valore decisivo viene assunto dalle credenze individuali: il modo in cui le persone pensano ha un'influenza diretta sulle norme morali.

Il diritto viene spesso descritto come un ordine del potere delle norme, il professor Grauberg ha avvertito questa impostazione, ritenendo che l'ordine giuridico sia più che altro un riflesso della realtà sociale. Certamente esiste una dimensione all'interno della quale il diritto è anche espressione di volere e di potere, ma questa dimensione deve trovare comunque una sintonia col "minimo morale" della società, ossia con ciò che consente all'ordine giuridico di operare in maniera adeguata all'interno del sistema democratico, nel rispetto dei diritti individuali e dei diritti di libertà.

Il diritto risulta così essere un set di principi morali universali che sono in concordanza con la natura e con i valori morali della società. Esso è un insieme di regole valide, comandi e norme che sono per larga parte create dalle persone e che ha, quale proposito finale, la tutela dei diritti individuali. Il diritto deve operare affinché si possa raggiungere una eguaglianza non solo sul piano giuridico, ma anche su quello economico e politico.

La seconda parte della discussione del professor Grauberg si è incentrata sulla stabilità economica dell'Estonia e più in generale dell'area euro,

all'interno della quale alle persone dovrebbe essere garantita innanzitutto la qualità della vita e la sicurezza sociale. Assicurare una certa stabilità economica e finanziaria va nella direzione della protezione dei valori costituzionali fondamentali. Ad esempio, nel preambolo della costituzione estone, è sancito l'obbligo per l'Estonia a che sviluppi e rinforzi lo Stato, il quale è fondato sulla libertà della giustizia e sulle regole del diritto.

Anche la più recente giurisprudenza costituzionale estone va sempre più nel senso dell'assicurazione delle libertà fondamentali e le argomentazioni del giudice costituzionale producono sovente giudizi che hanno un forte peso non solo dal punto di vista normativo, ma anche politico, sociale, economico e morale.

A detta di Grauberg, l'approccio della corte suprema estone è perfettamente in linea col pensiero di Alexy e, quindi, con la natura dualistica del diritto, nella sua doppia dimensione reale/ideale.

Tra diritto e morale, quindi, vi è una connessione necessaria oltre che normativa, anche concettuale.

Al termine dei lavori, il professor Alexy, approfittando delle critiche emerse durante le due sessioni, ha avuto modo di definire in maniera ancora più puntuale alcuni punti della sua teoria, ritornando in particolar modo sulla questione della dimensione ideale e sul concetto di necessità.

Durante il dibattito sono emerse alcune posizioni relativistiche che hanno evidenziato come la tesi alexyana per certi versi sembra collocarsi al di fuori dello spazio e del tempo, non tenendo in considerazione i cambiamenti culturali, sociali e giuridici. Alexy ha ribattuto sostenendo come l'ideale di giustizia ed il concetto di necessità non rientrano in questo cambiamento: necessario, infatti, è ciò che è vero in tutti i mondi.

Sempre focalizzando la sua attenzione sul tema della necessità, il professore di Kiel ha precisato la differenza che risiede tra necessità logica e necessità normativa. Per quest'ultima ciò che rileva non è il concetto di verità, ma di validità: necessario normativamente è ciò che è sempre valido in tutti i mondi.



Naturale epilogo è la considerazione per cui il concetto di dimensione ideale è una necessità ineliminabile per il diritto. Ed a sua volta la necessità è l'elemento fondamentale per una discussione che abbia quale fine quello di descrivere la dimensione ideale. In altri termini, per Alexy la filosofia, senza necessità, è impossibile.