



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2019

MASSIMO LA TORRE

Il giurista come vero filosofo.

Laudatio per la laurea honoris causa conferita

a Robert Alexy



Il giurista come vero filosofo.

Laudatio per la laurea honoris causa conferita a Robert Alexy

Siamo qui oggi riuniti per conferire la laurea magistrale *honoris causa* al Professor Robert Alexy, un evento reso possibile dalla fattiva volontà del Magnifico Rettore, Professor Giovambattista De Sarro, e del Direttore del Dipartimento giuridico, Professor Geremia Romano, oltreché dall'iniziativa del nostro precedente Direttore, Professor Luigi Ventura.

Il compito che mi è ora assegnato è specialmente impegnativo. Si tratta di presentare una carriera scientifica e la vita di studio e ricerca che la sottende ed al tempo stesso di giustificare l'ulteriore onore che le si ascrive, il riconoscimento accademico più alto, quello per l'appunto della laurea *honoris causa*. Ma è un compito di cui mi faccio carico assai volentieri, consapevole della responsabilità che vi è connessa. Ciò perché la cerimonia d'oggi si rivolge ad uno studioso d'eccellenza, un pensatore che compendia il meglio delle virtù del giurista e del filosofo.

I.

Nel suo scritto sul conflitto delle facoltà universitarie, Immanuel Kant argomentava – com'è noto – per la superiorità degli studi di filosofia, in particolare su quelli di teologia, medicina, e giurisprudenza. La tesi della primazia della filosofia sul diritto è stata poi retoricamente ripresa da Rudolf Wiethölter e da Jürgen Habermas e compendiata in una frase, «*der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*», la quale grosso modo potrebbe rendersi così: il filosofo è il vero giurista. L'opera di Robert Alexy, mi piace

· Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

anticiparlo, sembrerebbe confermare la tesi di Kant e la formula di Habermas e Wiethölter. Ma la considerazione della traiettoria intellettuale di Robert Alexy e il suo pensiero potrebbero indurci ad una conclusione alternativa: è il giurista, quello colto, riflessivo, attento alle questioni fondamentali, inevitabilmente anche teoriche, della pratica giuridica, che è forse il filosofo più efficace. Sarebbe la giurisprudenza ad avere la meglio sulla filosofia. Ciò perché darebbe corso alla pretesa operativa di questa, rendendola pratica, attività, azione, e non solo pensiero, e calandola nel mondo delle operazioni umane più concrete e minute. Il diritto, certo correndo molti rischi, avvicinerrebbe la ragione alla forza, e proverebbe ad addomesticare quest'ultima.

Pascal dice in un passo famoso dei *Pensieri* che non potendosi la giustizia convertire in forza, si è convertita la forza in giustizia: «Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fut fort, on a fait que ce qui est fort fut juste». Questa frase ha almeno due letture, una realista, cruda, che sfocia in una posizione di angusto giuspositivismo. Ed un'altra più generosa e promettente, che alla forza concede, con dei rischi nuovamente, il momento decisivo della verifica dei criteri normativi di giustizia, e la loro realizzazione non già nel mondo delle idee, ma in quello dei fatti. Il dover essere ideale rimane poca cosa senza un dover essere reale, ed infine senza un vero e proprio essere. Dunque, il filosofo si fa giurista. Ma nella prassi, nei tribunali, è soprattutto il giurista che deve farsi filosofo, e riconnettere fatti e norme. In particolare, nello Stato costituzionale democratico il diritto vivente si nutre di ragioni prossime a quelle del diritto naturale. Ed allora potremmo capovolgere il detto di Habermas, e forse pronunciare quest'altro: *Der Rechtslehrer als wahrer Philosoph*, il giurista, il custode del diritto, come vero filosofo, il custode della verità.

Il diritto non si può arrestare di fronte al non-cognitivistico e pilatesco *tì éstin alètheia, quid est veritas?* Su quel *tì*, quel *quid* si deve arrovellare, e provare ad identificare un oggetto o un principio. *Auctoritas non veritas facit legem*, dice Hobbes, e ripete il giuspositivista. Ma la norma senza

verità, o correttezza, la più debole verità normativa, risulta ingiustificabile, tranne che non ci si appelli come fanno Montaigne e Pascal all'innominabile "fondamento mistico dell'autorità", da tenere ben segreto, raccomanda Pascal, oppure al criterio forse troppo scandalosamente freddo di cui più di recente ci parla John Finnis, vale a dire la pura e mera normatività del fattuale, radicalizzando una tesi di Georg Jellinek quasi *ad absurdum*.

La tesi della normatività del fatto positivo, o, detto in termini più schietti, "bruto", la ritroviamo enunciata da Mefistofele nel *Faust* di Goethe: «Man hat Gewalt, so hat man Recht. Man fragt ums Was nicht ums Wie!» (*Faust*, II, 5). Ovvero, si ha la forza, dunque si ha il diritto; non ci si domanda il come, ma solo il che cosa. Soluzione autoritaria e dogmatica alla questione della controversia morale e della giustizia che sembra offrirci la tanto agognata certezza giuridica, e che tuttavia – come dirà lo stesso Goethe – potrebbe indurci a ritenere che nel diritto via sia un ché d'infernale: «Es ist etwas von der Hölle darin».

Comunque, la norma che è senza giustificazione come tale rischia d'essere subito o facilmente *ingiustificata*, illegittima, *difettosa*, infine invalida. Nondimeno, la verità morale che non si faccia norma positiva è in pericolo, le manca l'accessibilità all'accertamento forte e la motivazione da fornire all'azione umana. Pende pericolosamente verso la soggettività, mentre necessita di intersoggettività, se non di vera oggettività. E questa è il diritto che gliela può offrire.

Tuttavia, la norma senza qualità, quella del diritto positivo del positivista, è tanto in sofferenza e disorientata quanto lo è Ulrich, l'"uomo senza qualità", *der Mann ohne Eigenschaften*, di Robert Musil. Si ricordi a questo proposito che Musil precisa che un uomo senza qualità è in buona sostanza solo una serie di qualità senza uomo: «Ein Mann ohne Eigenschaften besteht aus Eigenschaften ohne Mann» (cap. 39). Che riportato alla questione del concetto di diritto si potrebbe rendere con la tesi che la norma senza qualità consiste di qualità senza norma, o anche

che un diritto che non abbia qualità ovvero giustificazione normativa, riferimento alla giustizia meglio, finisce per assottigliarsi tanto da non essere più nemmeno riconoscibile come diritto.

Nell'opera teatrale di Robert Bolt *A Man For All Seasons, Un uomo per tutte le stagioni*, di cui c'è anche un bel film, dramma che tratta del destino tragico di Tommaso Moro, al santo inglese vengono messe in bocca le parole seguenti: «The currents and eddies of right and wrong, which you find such plain sailing, I can't navigate. I'm no voyager. But in the thickets of the law, oh, there I am a forester», ovvero «Le correnti e le maree del giusto e dell'ingiusto, che tu trovi così facilmente attraversabili, io non posso navigarle. Non sono un viaggiatore. Ma tra la boscaglia del diritto, ah, lì sono un boscaiolo». Il giurista, vuol dirci qui Tommaso Moro, conosce il diritto, non ciò ch'è giusto o ingiusto. Mentre nei meandri della positività giuridica, nella sua boscaglia, si muove a suo agio, nei flutti tempestosi della morale non deve e non può avventurarsi. Eppure, eppure, ed è questo l'insegnamento di Alexy, senza una qualche comprensione ed articolazione di ciò che è giusto, o di ciò che è ingiusto, ed intollerabilmente tale, il giurista, almeno nei casi difficili, rimane senza orientamento. Il diritto allora deve rivolgersi alla filosofia, e deve farsi filosofia del diritto. *Navigare necesse est*. È in questa dialettica di normatività e fatticità, la natura doppia del diritto, "law's dual nature", il tema della *lectio magistralis* che ci apprestiamo ad ascoltare, è in questa duplicità che si può riassumere la dinamica della vasta e profonda ricerca giusfilosofica di Robert Alexy.

II.

Robert Alexy è nato il nove settembre 1945 a Oldenburg nella Germania del Nord, in una famiglia di tradizioni militari. Di maniera che egli si indirizzò dapprima alla carriera militare. Ma troppo forte era la

vocazione di filosofo e giurista. Cosicché, dopo una prima istruzione all'accademia della *Bundeswehr* completata col rango di tenente, Robert Alexy si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Gottinga alla fine degli anni Sessanta. In questa università, quella stessa di Jhering, ebbe come maestri tra i filosofi Günther Patzig, uno studioso di Aristotele e di Frege, e tra i giuristi Ralf Dreier, ecclesiasticista, giuspubblicista, e soprattutto colto e raffinato giusfilosofo. A Gottinga Robert Alexy completa il suo Dottorato, con uno studio che è oggi divenuto un "classico", *Die Theorie der juristischen Argumentation*, tradotta in italiano per i tipi di Giuffrè come *La teoria dell'argomentazione giuridica*. E sempre a Gottinga Alexy si accinse a scrivere la sua tesi di abilitazione alla docenza, l'*Habilitationsschrift*, che completa alla metà degli anni Ottanta e che è essa anche divenuta un'opera di riferimento nella dottrina costituzionale e nella teoria del diritto, parlo della *Theorie der Grundrechte, La teoria dei diritti fondamentali*, tradotta qualche anno fa in italiano per i tipi del Mulino.

Dopo aver rifiutato una posizione di professore ordinario all'Università di Regensburg, nel 1986 Robert Alexy accetta di ricoprire la cattedra di diritto pubblico e filosofia del diritto all'Università di Kiel, nella stessa facoltà dove avevano insegnato tra gli altri Paul Johann Anselm Feuerbach e Gustav Radbruch, e dove si era abilitato alla docenza *Hermann Heller*. Successivamente il Professor Alexy venne anche chiamato a ricoprire cattedre all'Università di Graz, in Austria, e poi all'Università di Gottinga, la sua alma mater, proposte che però egli ritenne di non accogliere. A Kiel il suo insegnamento è stato fecondo e capace di formare varie generazioni di giuristi. Allorché si trattava per Robert Alexy di decidere se accettare il *Ruf*, la chiamata, alla cattedra di Gottinga, gli studenti di Giurisprudenza fecero una dimostrazione pubblica pregandolo di rimanere. Ed a Kiel egli rimase, ed oggi è professore emerito dell'Università sul Mar Baltico.

Nella *Teoria dell'argomentazione giuridica* Alexy difende la sua nota "tesi del caso speciale", argomentando che il discorso giuridico

rappresenta un caso speciale del più generale discorso pratico. Secondo il Professor Alexy l'argomentazione giuridica è guidata da una pretesa di correttezza, la quale è radicata nella pratica delle norme ed è diretta universalmente. Ciò si giustifica mediante la "pragmatica universale" di un altro suo maestro, Jürgen Habermas. In questa prospettiva, ogni sentenza giuridica contiene come presupposto pragmatico trascendentale (trascendentale grosso modo alla maniera di Kant) la pretesa d'essere corretta, ma tale pretesa poi per la dinamica interna della giustificazione normativa si presenta come pretesa di validità universale. Secondo tale tesi va preliminarmente assunto che l'argomentazione giuridica sia una pratica di mutuo darsi e richiedersi delle ragioni per una certa condotta od una certa affermazione. Una tale pratica, per costituirsi, ha necessità di certi principi e diritti fondamentali, per esempio, quello della libertà di parola e – parimenti essenziale e coevo rispetto a questo – quell'altro secondo il quale bisogna ascoltare l'altra parte, *audietur et altera pars*. Alexy dunque, con la sua teoria dell'argomentazione giuridica, ci propone una teoria normativa e ideal-pragmatica del processo giuridico, della maniera di costituirsi della controversia e della dimensione processuale.

Nella monografia successiva, *La teoria dei diritti fondamentali*, il Professor Alexy rivolge la sua attenzione di studioso al significato, alla struttura ed alla funzione dei diritti costituzionali, ed offre una sofisticata teoria del costituzionalismo articolata secondo principi. Questa teoria sostiene che le costituzioni dei moderni Stati costituzionali democratici consistono, almeno nella parte dedicata ai diritti fondamentali, non tanto di regole, bensì di principi. I diritti fondamentali sono in genere tali, per l'appunto principi. Alexy riprende e rielabora, e per certi versi radicalizza la distinzione già in precedenza avanzata dal giusfilosofo americano, Ronald Dworkin, tra regole e principi, laddove le regole sarebbero applicabili o non applicabili secondo una logica di sussunzione, mentre i principi non seguirebbero una logica di applicabilità o non-applicabilità definitiva, e sarebbero operativi piuttosto secondo una logica di peso, o di

bilanciamento. Alexy precisa e irrigidisce tale distinzione, affermando che i principi sono “precetti di ottimizzazione”, i quali per essere applicabili devono passare per un’operazione di ponderazione, sostenendo altresì che tale operazione è diretta dal principio, ritenuto archimedeo, di proporzionalità. Questo principio si articola in tre sotto-criteri, quello dell’adeguatezza, quello della necessità, ed infine quello della proporzionalità in senso stretto.

In questa ricostruzione dello Stato costituzionale il principio di proporzionalità sembra costituire una sorta di *Grundnorm*, di norma fondamentale, o di *Ur-Prinzip*, di principio originario del costituzionalismo. I principi costituzionali qui operano come *Optimierungsgebote*, come principi di ottimizzazione, e possono tra loro confliggere, cosa che invece alle norme non è dato né logicamente né fenomenologicamente, e forse nemmeno ontologicamente. Alla luce di tale concezione dei principi la differenza di questi rispetto alle “regole” (norme di elevata tassatività) non sarà di grado (come sostiene per esempio Joseph Raz, l’altro maggiore giusfilosofo vivente), bensì di “struttura”. Su tale “struttura” e soprattutto sulla definitività del precetto di ottimizzazione si è sviluppato un dibattito di grande raffinatezza ed astuzia che è ancora lungi dall’essersi concluso.

Alexy definisce la sua teoria come *non-positivista*, anche se non si arrischia ad etichettarla come apertamente giusnaturalista. Ciò è reso ancora più chiaro nella sua terza maggiore opera, pubblicata nel 1992, *Begriff und Geltung des Rechts, Concetto e validità del diritto*, pubblicata in traduzione italiana da Einaudi. In quest’opera, pensata originariamente come introduzione ad un trattato di teoria del diritto da scrivere a quattro mani col suo *Doktorvater* Ralf Dreier, Alexy ci offre una definizione del diritto che in certo senso rappresenta il punto d’arrivo della sua intera ricerca e l’architrave della sua dottrina. La definizione è la seguente. (I) Il diritto innanzitutto è un sistema di norme che ha la pretesa d’essere corretto. (II) È un sistema poi che consiste nella totalità delle norme che

fanno parte di una costituzione in generale socialmente effettiva e che non sono altresì di per sé estremamente ingiuste, così come anche della totalità delle norme che sono emanate in conseguenza ed osservanza di tale costituzione, norme che manifestano un minimo di efficacia sociale o di probabilità di una tale efficacia, e che non sono per se stesse estremamente ingiuste. (III) Il diritto infine consiste dei principi e di altri argomenti normativi sui quali la pratica dell'applicazione del diritto si basa e deve basarsi al fine di soddisfare la pretesa di correttezza insita nella pratica medesima. Dunque, pretesa di giustizia o correttezza, e poi la pretesa di giustizia da questa derivabile, principi, ulteriori argomenti normativi e il loro sfondo giustificativo finale – vale a dire ch'essi non siano istanzando un caso di estrema o intollerabile ingiustizia – sono tutti ricompresi in questo complesso ed articolato concetto di diritto, insieme alle più tradizionali entità e nozioni di norma, validità ed efficacia.

In *Begriff und Geltung des Rechts* Alexy difende un concetto non-positivista di diritto, che potrebbe anche definirsi giusnaturalismo inclusivo, in quanto la pretesa di giustizia deve necessariamente passare per una pratica del diritto positivo ed anzi è solo da questa per così dire certificata. Tale tesi è avanzata nella discussione tra positivismo e non-positivismo, o giusnaturalismo, a partire da un'analisi logica degli argomenti adoperati nella pratica giuridica. In questa prospettiva, a differenza di quello che accade nel mondo giusfilosofico oxoniense, il punto di vista del diritto, quello del partecipante, non è ripudiato come non-filosofico. Tutt'altro, giacché si sostiene la tesi, e per certi versi apparentemente anti-filosofica, che il diritto esisterebbe anche senza punto di vista esterno, quello dell'osservatore, ma non potrebbe darsi senza punto di vista interno, quello di chi usa le norme, quello del giurista e del cittadino. A ciò si aggiunge e da ciò anche si ricava la tesi, che riprende un'idea di Gustav Radbruch, secondo cui la validità del diritto sia da articolare in termini di prevalenza del valore della certezza e dunque della positività, salvo che la certezza non abbia come conseguenza

l'“intollerabile ingiustizia” denunciata nella formula di Radbruch. Ciò non comporta un'identificazione di diritto e morale, bensì l'affermazione della difettosità di una norma positiva che non soddisfa esigenze fondamentali di giustizia. Qui si va ben oltre il “contenuto minimo di diritto naturale” di Herbert Hart, l'altro protagonista insieme a Hans Kelsen della teoria del diritto del Novecento. Giacché, mentre per Hart tale contenuto minimo è una tesi sociologica o meramente fenomenologica, per Radbruch e Alexy l'“intollerabile ingiustizia” rappresenta una soglia che può rendersi operativa nel ragionamento giuridico dei pratici del diritto e così motivare le loro decisioni.

III.

Riconoscendo l'eccellenza della ricerca di Robert Alexy numerose università di tutto il mondo gli hanno conferito la laurea *honoris causa*. Vale tra queste ricordare le Università di Alicante in Spagna, di Coimbra in Portogallo, di Buenos Aires e Tucumán in Argentina, di Anversa in Belgio, di Praga nella Repubblica Ceca, dell'Università Federale di Rio de Janeiro in Brasile, dell'Università del Rosario di Bogotá in Colombia, dell'Università San Marcos di Lima in Perù. Nel 2010 gli è inoltre stata concessa la Croce al Merito di Prima Classe della Repubblica Federale di Germania.

Consentitemi dunque di affermare che Robert Alexy può considerarsi, senza tema di troppo esagerare, un “colosso” della scienza giuridica e della filosofia del diritto. Senza dubbio egli è il più prominente teorico vivente della teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea ed uno dei protagonisti dell'attuale dibattito giusfilosofico. La sua ricerca, che – come si è visto – spazia dalla teoria della natura del diritto a quella dei diritti fondamentali e del ragionamento giuridico e giudiziale, ha profondamente influenzato la discussione sul concetto di diritto e l'odierna versione della

sempiterna disputa tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Essa ha anche avuto un'importante e positiva accoglienza nella giurisprudenza di molte corti di giustizia, a partire dalla Corte Costituzionale Federale tedesca passando per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea fino alle giurisdizioni di vari paesi dell'Europa orientale giungendo a esercitare un'attrazione quasi egemonica sulle corti supreme dell'America Latina. La riflessione del Professor Alexy sul concetto e sulla pratica del diritto è ampiamente riconosciuta come una delle più potenti espressioni della teoria del diritto oggi in campo nelle controversie dottrinali tra giuristi, com'è testimoniato tra l'altro dal gran numero di saggi e volumi dedicati al suo pensiero, e dai ripetuti e prestigiosi riconoscimenti accademici che gli sono stati attribuiti.

La laurea magistrale *honoris causa* è la più alta distinzione accademica prevista dal sistema universitario italiano. Ora, non credo ci sia uno studioso che più meriti tale riconoscimento del Professor Alexy, il quale oggi, in una bella giornata di giugno, riceve qui all'Università "Magna Graecia" Catanzaro il privilegio di tale distinzione. Al tempo stesso egli, al divenire un membro della comunità accademica del nostro ateneo, ne arricchisce il profilo e la tradizione, e ci onora profondamente. Ci sia allora questa giornata di ricordo d'un momento puro e gratuito d'attività universitaria, dell'università che compendia, secondo il modello di Wilhelm von Humboldt, *Lehre*, insegnamento, *Forschung*, ricerca, e *Bildung*, la formazione del carattere dei suoi studenti. Finalità principali queste di un'università che oggi ci sembra il residuo d'un tempo che fu. Soprattutto se a quei tre fini si aggiungono i due mezzi per conseguirli, che von Humboldt paradigmaticamente individuava nella *Freiheit*, la libertà, e nella *Einsamkeit*, la solitudine, sì la solitudine irrimediabile ed irrinunciabile dello studioso. L'università è, o dovrebbe essere, la sede privilegiata dell'intelligenza, e questa si nutre di libertà e di solitudine, e – a quest'ultima intimamente legato – di silenzio. Esso oggi giorno turbato

dal rumore, dal ronzio perpetuo del mercato e degli schermi, di una socialità fattasi “sciame”.

La vita di Robert Alexy, monasticamente (silenziosamente) dedicata alla ricerca ed alla formazione dei giovani è un esempio di ciò che la formazione universitaria, la *Bildung*, può significare, di ciò che può darci, dell’alternativa di stile di vita ch’essa può offrire, anche allorché e laddove ciò che ci circonda pare farci disperare, e si è in pericolo di sprofondare nell’ignavia e nell’accidia.

Mi piace concludere con dei versi di Gottfried Benn, poeta tedesco che so molto amato da Robert Alexy: «Ich habe mich oft gefragt und keine Antwort gefunden, mi sono spesso posto la domanda e nessuna risposta trovando, woher das Sanfte und Gute kommt, donde il delicato e buono provenga, weiss auch heute nicht und muss nun gehen, oggi ancora non so e debb’ora andare».