



Crisi e metamorfosi del diritto:

Recht und sittlichkeit

Di FRANCO GABOARDI

La fase di difficoltà che attraversa il diritto è sotto gli occhi di tutti. L'impreparazione ad affrontare il suo mutamento non pregiudica gli sforzi per adeguare il ragionamento giuridico alle trasformazioni globali, ai nuovi orizzonti che vengono costruiti da economie nascenti.

Il diritto come fenomeno di astrazione giuridica preesistente ad ogni norma, che fa spostare l'attenzione sul concetto di *relativismo*. Il diritto è un fenomeno che ha radici lontane, complesso e poliedrico, sempre argomento di attenzione di molti studiosi, tra i quali si distingue il papa emerito Benedetto XVI, attento osservatore del relativismo anche in senso giuridico, che offre al diritto una dimensione dinamica in cui esso proietta i propri effetti.

Otto von Gierke, in *Das Deutsche Genossenschaftrecht* (Cooperative tedesche di diritto commerciale) critica la teoria della recezione del diritto romano nella cultura giuridica germanica, *Recht und Sittlichkeit* (Diritto e moralità), sostenendo che la società s'incarna quotidianamente nelle norme e istituzioni e che esse provocano una costante tensione emotiva. La positività di questa tensione può essere garantita solo da una visione etica del bene comune.

L'etica giuridica, come sostiene convintamente Josef Ratzinger¹, è sostituita da un "nuovo moralismo", più vago ed incerto, che scivola verso l'alveo di quella "società liquida" descritta da Zygmund Baumann. Il relativismo non poteva non generare conseguenze anche nell'ambito della prassi giuridica e della visione etica della società, infine anche della responsabilità. Il relativismo comporta la negazione di qualunque ipotesi di ricerca di una verità oggettiva e immutabile; il diritto, invece, esprime sempre un'esigenza di razionale certezza, cioè la possibilità di definire in modo chiaro i contenuti della norma positiva. La certezza del diritto, come espressione canonizzata dagli studiosi, rappresenta una garanzia per le persone che vivono in una dimensione sociale ed entra in risonanza con l'ortodossia relativista che, invece, si fonda sul "dubbio". Ed è proprio il dubbio l'elemento protagonista di tutti i processi della conoscenza, compreso quello relativo alla norma, alla percezione della sua esistenza, alla possibilità di ricondurla ad un'interpretazione univoca.

Ma allora, quale può essere la fonte ultima di un sistema giuridico formalmente valido?

¹ J. Ratzinger, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore*, Siena, 2009, p. 50.



Se si contempla una visione filosofica, antropologica che neghi l'esistenza di verità oggettive e immutabili, si opera una "frammentazione della ragione", quella di cui parla Stephen Stich. Ma come può il sistema giuridico, così come lo si conosce, e consolidato nella sua struttura formale descritta da Kelsen, evitare di subire questo processo di "frammentazione" e anche di "svalutazione" da parte dei consociati?

Queste riflessioni c.d. "aperte", a cui non si tenta di dare risposte ma solo di prenderne in considerazione l'esistenza, non hanno solo una dimensione teoretica, che farebbe slittare il ragionamento su paradigmi irrazionali, spirituali, ma si manifestano nel dibattito contemporaneo anche sottoforma di problemi concreti, che interessano l'opinione pubblica per le implicazioni non solo giuridiche ma politiche ed economiche, fino a coinvolgere i processi e le strategie militari.

Tutto ciò è riconducibile al tema centrale a cui dedichiamo l'attenzione, cioè la crisi del diritto, irreversibile, che porterà alla sua trasformazione in base a logiche giuridiche nuove alle quali ci si deve preparare.

Infatti, si può distinguere la crisi del diritto come crisi della "struttura" dei vecchi sistemi giuridici travolti da una società in continuo divenire; poi, una crisi del diritto come crisi dei "contenuti", dovuta alla trasformazione degli ordinamenti giuridici avvenuta sulla spinta di un relativismo diffuso, che mette tutto in discussione; infine, una crisi del diritto come crisi del concetto stesso di "norma" e di "sanzione", quindi di quel filo logico del positivismo giuridico, il tutto accompagnato dall'idea che la libertà del singolo possa essere in qualche modo mortificata da qualunque prescrizione giuridica o morale.

Ed in questo apparente riformismo si insinua il pericolo di un "disordine giuridico di fondo", che può essere utilizzato dalla politica per mettere a repentaglio il concetto stesso di democrazia².

La crisi strutturale del diritto comporta la perdita di certezze formali che provenivano dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese; l'era della codificazione del diritto ha portato con sé l'idea discutibile della totale identità tra diritto e norma positiva del codice. Questo sistema "chiuso" vuole difendere la certezza del diritto e della gerarchia delle fonti; i problemi interpretativi della norma giuridica vengono così risolti con apposite norme già contenute all'interno del sistema medesimo.

² Sulla democrazia e il libero arbitrio come problema e come tesi controversa, si veda F. Dal Pozzo, *Questioni di filosofia del diritto. Undici temi in discussione*, Torino, 2001, pp. 191-219.

I sistemi giuridici “chiusi”, ispirati al metodo positivistico, esprime però molte contraddizioni³. Infatti, l’interpretazione della norma giuridica, che rappresenta il punto più delicato e raffinato dell’espressione del diritto, non può esaurirsi solo facendo ricorso alla norma codificata; ed anche il contrasto che si genera tra norma positiva e diritto naturale non è facilmente superabile, anche se la dottrina positivista lo rinnega.

Così l’architettura giuridica e il suo impianto gerarchico hanno dominato nel XX secolo, con la conseguenza che la sovranità nazionale ha sempre rappresentato una forma di autonomia giuridica, che ha attenuato la sua rigidità solo con l’importanza del diritto internazionale, dei trattati tra nazioni. Quest’impostazione del diritto si è manifestata inadeguata nel tempo e ha dovuto scontrarsi con i fenomeni economici “veloci”, che hanno caratterizzato la globalizzazione. Ciò ha accentuato il conflitto tra legislazioni nazionali e comunitarie, in cui le corti costituzionali dei singoli stati si trovano ad agire non senza difficoltà, dirimendo controversie e salvaguardando i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali. Il dinamismo delle relazioni economiche mondiali e dei rapporti di lavoro ha stravolto e reso inadeguati i codici civili nazionali; le organizzazioni criminali hanno reso inefficaci anche gli strumenti del diritto penale e soprattutto del diritto processuale. La storia insegna che il sistema giuridico “chiuso” non ha più alcuna possibilità di operare con efficacia, ma nel frattempo, e questo è drammatico, non si sono trovate soluzioni alternative valide che siano in grado di sostituire i meccanismi del secolo scorso. Un ritardo che rischia di compromettere la ricostruzione giuridica e sociale degli stati, con conseguenze di cui ignoriamo la portata, ma di certo da affrontare senza indugi.

In secondo luogo vi è la crisi dei contenuti. Nichilismo e relativismo hanno occupato tutti gli spazi della civiltà postmoderna, insinuando dubbi nelle dottrine a sostegno della positività della legge. Infatti, parte significativa della dottrina ha sempre sostenuto che il positivismo giuridico avrebbe realizzato un modello giuridico separato da elementi extra-giuridici, cioè “puro”, secondo quanto sostenuto da Kelsen. La logica strettamente formale ha tenuto lontano per molto tempo la legge naturale e i suoi postulati fondamentali. Ma ecco che gli stati hanno poi dovuto riempire il vuoto che il sistema giuridico aveva creato con nuovi valori, facendo cambiare rotta ai sistemi giuridici, addirittura andando nella direzione diametralmente opposta, una trasformazione che si potrebbe definire “permissiva”⁴.

³ A tal proposito si veda l’interessante lavoro di L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del diritto*, Padova, 1981, pp. 25-115.

⁴ Molti sono gli esempi: la legalizzazione del divorzio creando un istituto nuovo che ha mantenuto solo in senso fittizio la denominazione di matrimonio; la legalizzazione dell’aborto, che contrasterebbe con il principio generale che vieta e punisce l’infanticidio, modificando arbitrariamente anche il diritto di successione; la legalizzazione della

Infine, la crisi del diritto come crisi della norma e della sanzione. Il binomio precetto-sanzione genera una inimicizia tra l'uomo contemporaneo e la norma in quanto tale. Un contrasto che nasce dal movimento di contestazione del 1968, che oggi vede ancora il suo riflesso in un atteggiamento diffuso di negazione del "valore" del precetto giuridico e soprattutto della sua sanzione. Questo in parte è dovuto dal fatto che chi deve applicare e far rispettare la norma attraverso la sanzione molto spesso non è in grado di garantire questo atteggiamento nei confronti di tutti i cittadini. L'effetto che si genera è quello di reputare la norma e la relativa sanzione ingiuste, inadeguate, anziché intervenire sulla vera ragione che crea ingiustizia e discriminazione, che sta nel fatto di non applicarla sempre e comunque, quindi di renderla relativa e debole.

Nessuno, anche in passato, ha mai espresso felicità per essere sottoposto a norme e sanzioni; il punto centrale è che per secoli gli uomini hanno riconosciuto il valore positivo della norma e della conseguente sanzione come unica forma universalmente riconosciuta di dissuasione, per ristabilire un ordine precostituito, secondo la classica prospettiva retributiva. E' il frutto di un'evidenza pre-filosofica, quindi punire il colpevole è un dovere autoevidente⁵; l'entità e la qualità della pena sono definiti da un elemento stabile ed uno variabile. L'elemento stabile è costituito dalla necessaria proporzione tra la gravità del fatto commesso e la consistenza della pena, proporzione che ha lo scopo di rendere il sistema equilibrato secondo una gerarchia di valori razionale; l'elemento variabile risiede nel legittimo e fisiologico mutamento della pena, sia nel corso della storia che nell'ambito delle differenti culture e tradizioni, non essendovi modo di determinare una pena "giusta" in senso assoluto. A questo punto sarebbe auspicabile aprire una discussione per affrontare il tema della norma e della sanzione, un tema che attraversa non solo i profili giuridici ma anche quelli filosofici e sociologici, che rappresentano le implicazioni più complesse e sottili del ragionamento. In quali termini e con quali esiti si può procedere ad una contestazione della concezione retributiva della pena? Come può cambiare il rapporto tra norma e sanzione? Normare tutto può essere controproducente, come si è visto in alcuni casi, quindi non è preferibile raccomandare, dove ciò sia possibile, comportamenti piuttosto che imporli? La crisi giuridica del nostro tempo potrebbe essere dovuta anche all'assenza culturale della "percezione" di ciò che è giusto e di ciò che non lo è; l'arte di far comprendere alla collettività un simile rigore logico ed

fecondazione artificiale e degli esperimenti manipolatori degli embrioni, altra violazione dei diritti di chi non è in grado di opporsi e difendersi; la legalizzazione dell'eutanasia, come certificazione del principio di disponibilità della vita umana, in contrasto con la distinzione tra diritti disponibili (quelli sulle cose, come i diritti patrimoniali) e diritti indisponibili (quello alla vita e alla libertà individuale).

⁵ A. Livi, *Filosofia del senso comune*, Milano, 1990.



intellettuale dovrebbe occupare gran parte delle comunicazioni dei mass media. Ciò potrebbe, credo, contribuire a cambiare la prospettiva dalla quale siamo abituati ad osservare le situazioni, accettando quella “metamorfosi giuridica” che diviene nel tempo più idonea a contenere le esigenze nuove, di una società che si evolve rapidamente, superando la staticità del diritto codificato.