

CONGRESSO INTERNAZIONALE PER GIOVANI GIURISTI

Law in search of Justice

“Giovani giuristi in dialogo”

Castelgandolfo, 27 febbraio-1 marzo

Striving for justice

Agnes Bernhard

Consulente in diritto costituzionale e comunitario

- Vienna -

“Che cosa è la giustizia?”. Su nessuna domanda si è discusso in modo così appassionato, per nessun' altra domanda si è sparso talmente tanto sangue prezioso, si è pianto tante lacrime amare, su nessun' altra domanda tante anime illustri - da Platone fino ai nostri giorni - si sono interrogate profondamente. Eppure questa domanda è oggi come sempre rimasta senza risposta. Forse perché è una delle domande per la quale vale il detto rassegnato, che l' uomo non troverà mai una risposta definitiva, ma può tentare solo di porre meglio la domanda”, così si chiede Hans Kelsen nel suo saggio “Cosa è la giustizia?”¹

Il nostro congresso per studenti di giurisprudenza e giovani professionisti ha il titolo ambizioso: “Alla ricerca della giustizia”. Gustav Radbruch, un filosofo tedesco del diritto del 20 secolo ha definito il diritto come “quella realtà, che ha il senso di servire la giustizia”². Con quest' espressione egli si riferisce alla distanza tra l' essere e il dovere essere, che - a suo parere - caratterizza anche il diritto come prodotto culturale.

Eppure, poco tempo fa, una studentessa mi ha raccontato come il suo senso di giustizia e il desiderio di servire la giustizia l' avevano motivata a studiare giurisprudenza. Però, sin dalle prime settimane di lezione le è stato detto che l' oggetto dello studio è il diritto e non la giustizia. Un po' delusa ora studia il diritto solo come tecnica sociale.

Questo congresso non intende dare una risposta definitiva alla questione del diritto e della giustizia, e neppure di dare una rappresentazione esauriente degli approcci alla giustizia nel corso della storia. La nostra proposta è di creare un *forum* che esorti i suoi partecipanti a mettersi alla ricerca della giustizia e a porsi domande circa il modo di attuarla nella società.

Il mio contributo, tenuto all' inizio di questo dialogo, è da intendersi quindi come un impulso ed esporrà solo alcune riflessioni sul tema della giustizia. Ho semplicemente raccolto alcuni elementi che ci potranno essere d' aiuto nella nostra ricerca della giustizia.

¹ RECLAM, STUTTGART 2000, S. 9.

² Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Filosofia del diritto), 1932.

Dopo avervi illustrato qualche idea sul concetto di giustizia, vi accompagnerò in un breve ma denso viaggio attraverso la storia del pensiero sulla giustizia, per poi mostrarvi qualche esempio di alcune condizioni essenziali della giustizia.

CONCETTO

Il concetto di giustizia viene usato per descrivere quelle attività necessarie per creare una convivenza sociale e ragionevole. Poiché il concetto di giustizia è un concetto astratto, assume nella teoria e nella pratica diversi significati, a seconda dell'ambito di utilizzo o della prospettiva dalla quale lo si considera. Il suo contenuto è vario. Rappresenta un equilibrio adeguato, rivendicabile e imparziale d'interessi oppure l'equa ripartizione, rivendicabile e imparziale di beni o la equa opportunità tra le persone o i gruppi facenti parte di una data società.

Nel linguaggio la parola tedesca "Gerechtigkeit" (giustizia), assume il significato di rettilineo, giusto, conveniente, e più tardi anche di adeguato, ragionevole, conforme a norma.

In uno studio recente del 2008 delle università di Thüringen e Erfurt (Germania) dei ricercatori sono riusciti ad evidenziare che i bambini dall'età di 8 anni in poi cominciano a sviluppare un senso di giustizia e un'avversione contro la disuguaglianza. Questo senso è specifico dell'uomo e non si trova in nessun'altra creatura. Affermano gli studiosi che almeno in parte questo senso di giustizia è genetico, mentre in parte viene formato culturalmente.³ Ciascun uomo percepisce di soffrire una ingiustizia se viene trattato ingiustamente, ossia se viene raggiunto da un'azione che lo offende nella sua persona e nei suoi diritti.

Ugualmente noi percepiamo che una società è ingiusta se una parte della stessa vive in condizioni sub-umane per grandi disuguaglianze sociali o se gruppi sociali o persone più deboli non hanno la possibilità a rivendicare i loro diritti oppure se il bene comune non viene perseguito a causa della corruzione che favorisce gli interessi privati di individui e di gruppi.

Teorie della giustizia

Del resto, la questione della natura della giustizia è stata oggetto di discussione filosofica fin dai tempi dell'Antica Grecia. Le dichiarazioni di quei tempi ricorrevano a motivazioni metafisiche. In questo modo la giustizia veniva intesa come un ordine naturale o di origine divina. Inizialmente la giustizia non ricopriva un ruolo dominante all'interno del diritto codificato, essa era invece considerata come espressione di uno stile di vita personale. Sia Socrate che Platone ed Aristotele vedevano la felicità come il valore massimo a cui aspirare. La giustizia era per questi grandi filosofi la virtù principale per il raggiungimento della felicità. La giustizia era quindi un tratto caratteristico fondamentale.

³ Fehr, Bernhard, Rockenbach, Egalitarianism in young children, Nature, 2008, Bd. 454, S. 1079.

Nella società romana incominciarono ad istituirsi sempre di più norme giuridiche codificate. Se è vero che la giustizia restava ancora legata a una forma di atteggiamento personale, per Cicerone, invece, la giustizia si orientava verso l'ordine sociale. Così l'imperatore romano Giustiniano I (527-565) iniziò la propria raccolta di norme, il *corpus iuris civilis*, in cui si definiva il diritto secondo principi comuni. I precetti del diritto lì enumerati sono: vivere onestamente, non ledere gli altri, attribuire a ciascuno il suo.

Dalla Tarda Antichità fino al Basso Medioevo le idee cristiane predominarono in questo dibattito. La giustizia divina veniva intesa come giustificazione dell'uomo (essere reso giusto e, quindi, salvo) per mezzo della Grazia. Inoltre, il Cristianesimo informò dell'esigenza dell'amore tutte le relazioni umane e sociali: esigenza che si trasfuse anche nel diritto. Si formò così la convinzione che anche il diritto nelle sue norme positive dovesse conformarsi alla legge di Dio.

Con l'Età Moderna ci si incominciò pian piano a distaccarsi dall'idea di un ordine divino o naturale cui le leggi umane devono conformarsi, per affermare piuttosto la fiducia che l'uomo con la sua ragione possa conoscere la natura e scoprirne le leggi, e trovare le regole della convivenza civile e della legittimazione del potere.

Anche nel campo del diritto si è voluto prescindere dal riferimento ad una legge superiore, e si sono ricercati con la ragione principi universali cui deve corrispondere il diritto positivo⁴.

Thomas Hobbes motivò la giustizia come principio necessario della natura dell'uomo.

In seguito all'avvento delle nuove ideologie nate da Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau furono portati alla luce diversi concetti di "contratto sociale", che caratterizzarono anche i nuovi ordinamenti sociali, come ad esempio la Costituzione degli Stati Uniti.

Un altro passo fu compiuto dallo scettico David Hume e da Immanuel Kant, che rinviavano all'impossibilità di un'unione tra l'"essere" e il "dover essere" (legge di Hume). Kant, da parte sua, rifiutava il diritto naturale in quanto metafisico, sviluppando invece l'idea di diritto della ragione. Riacciandosi al discorso di Hume, nacque nei paesi anglofoni l'utilitarismo quale principio etico dominante, che mise il benessere generale (il bene comune di tutta la società) al centro dei valori, relegando, però, la giustizia a un piano di condizione *a latere* (Rahmenbedingung).

La convinzione che la giustizia non potesse essere derivata da un principio più alto, portò a una forte critica della concezione di giustizia borghese-liberale, che è andata da Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Walter Benjamin fino a Jacques Derrida.

Tutte queste correnti filosofiche hanno influenzato i nostri ordinamenti giuridici in modo diverso e

⁴ Un esponente della dottrina del diritto naturale è Hugo Grotius, olandese, 1583-1645.

hanno cambiato le teorie sulla motivazione del diritto e la comprensione del diritto.

Se Aristotele ancora dichiarava nel libro V sull'etica nicomachea che "tutte le disposizioni legali" sono "qualcosa di giusto nel senso largo"⁵, l'Età Moderna ha portato a una deontologizzazione del diritto, che viene così compreso come un costrutto creato in modo comunicativo. L'austriaco Kelsen, fondatore della Dottrina Pura del Diritto, è dominato da questa visione che lo porta a richiedere la legittimazione del diritto, sia libera da un'idea sostanziale di giustizia. Kelsen la troverà nella Grundnorm (fondamento di validità dell'ordinamento giuridico), che, a causa del suo vuoto di contenuto, apre la via per un diritto creato democraticamente.

Oggi la giurisprudenza, nello spirito del positivismo, ci insegna l'approccio a un diritto positivo, alle norme e alla loro logica, e cerca di indirizzare l'interpretazione delle leggi alla lettera, ma anche alla luce della storia della loro produzione e del loro contesto sistematico.

Tuttavia questioni legate ai principi etici del diritto, riferite al diritto positivo, ricoprono ancora oggi un ruolo importante nelle nostre società secolari e pluralistiche. Nonostante tutte le difficoltà di trovare e di conoscere l'essere metafisico della giustizia, questo modo di pensare è fondamentale, ad esempio, nella motivazione dell'universalità dei diritti umani, che non può sussistere senza un rinvio all'essere sovraindividuale dell'uomo. La determinazione dei diritti fondamentali, con l'inviolabilità della dignità della persona umana, contenuta in tante costituzioni, come quella della Germania⁶, dell'Italia⁷, del Sudafrica⁸, della Svizzera⁹, si basa su questo pensiero¹⁰.

La domanda, se concezioni sovra-positiviste o sovra-normative confluiscono in una decisione giuridica, è importante perché la comprensione positiva del diritto, che oggi domina il pensiero giuridico e la dottrina giuridica, e la motivazione etico - filosofica della giustizia possono essere in contrasto.

La Corte Costituzionale federale della Germania ha dichiarato, ad esempio, che l'ordine delle autorità dell'ex Germania dell'Est di sparare a chi cercasse di oltrepassare il confine verso ovest rappresentava la violazione del diritto naturale fondamentale, cioè dei diritti umani¹¹. La Corte

⁵ Aristotele, Etica Nicomachea 1129b.

⁶ Art. 1 Grundgesetz.

⁷ Art. 2 della Costituzione italiana.

⁸ Section 10 of the Constitution of the Republic of South Africa.

⁹ Art. 7 der Schweizerischen Bundesverfassung.

¹⁰ Perciò è possibile capire appieno il significato dell'articolo 1 della costituzione federale tedesca, secondo il quale la dignità umana è inviolabile, solo riallacciandosi alle idee/concezioni del giusnaturalismo//diritto naturale.

¹¹ Diritto alla vita e alla sicurezza della propria persona; anch'esso regolato nell'articolo 2, paragrafo 1 della

Costituzionale lo classificò come non valido e nullo. Lo si sarebbe anche dovuto non osservare.

In Austria, i rappresentanti della Dottrina Pura del Diritto criticano la giurisdizione della nostra Corte Costituzionale che, dalla metà degli anni '80, ha apportato una crescente interpretazione valutativa dei diritti fondamentali e perciò ha messo a confronto alcune valutazioni proprie con quelle del legislatore, diventando così un forte organo di controllo nei confronti del legislatore stesso.

Questioni di valutazione influiscono sul diritto non solo per quanto riguarda i diritti fondamentali, ma anche – in modo limitato, che adesso non esplicito, perché nel corso del pomeriggio ci sarà un workshop dedicato a questa tematica – nell' applicazione delle norme.

Gustav Radbruch sosteneva, nella cosiddetta formula di Radbruch, un modello tripartitico che prevedeva da un lato le scienze esplicative, dall'altro la filosofia con i propri valori e al centro le scienze culturali che si rifanno ai valori. Questa suddivisione appare nel diritto come sociologia del diritto, filosofia del diritto e dogmatica giuridica. La dogmatica giuridica assume però una posizione in mezzo: per quanto riguarda la sua materia di riferimento, essa punta verso il diritto positivo, ma, per quanto riguarda la metodologia, si orienta verso il dover essere oggettivo del diritto che scaturisce da un'interpretazione legata ai valori.

LA GIUSTIZIA E LE SUE CONDIZIONI

Si assume generalmente che il 99 % di tutti i procedimenti sociali che si svolgono continuamente, si sviluppano senza creare un conflitto. Si può allora constatare che nella storia le nostre società sono riuscite a elaborare condizioni sociali, ma anche giuridiche, che cercano di garantire un equilibrio adeguato e "condizioni giuste" per il vivere insieme.

Nel diritto pubblico per esempio le leggi cercano di salvaguardare la giustizia nella società; esso ha per oggetto la qualità della vita, la tutela dell'ambiente, il lavoro, la salute, l'istruzione, l'informazione, ecc. Questi sono beni collettivi a cui tutti hanno il diritto di partecipare.

Garantire la giustizia nella società, inoltre, è consentire a tutti i cittadini la partecipazione politica, cioè la partecipazione alle decisioni politiche che attuino il bene della collettività.

Infine costruire la giustizia nella società è avere anche una amministrazione della giustizia giusta e efficiente. Essa deve difendere i cittadini nei loro diritti, deve contrastare corruzione e criminalità perché aggrediscono la vita dei cittadini e della società.

Nel campo del diritto privato il diritto deve mirare ad assicurare la giustizia nei rapporti interpersonali.

Costituzione federale. Anche la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si riferisce alla dignità della persona umana.

La giustizia comprende un campo vasto, quale è quello delle relazioni umane e sociali.

Senza rispondere alla domanda se il valore della giustizia sia accessibile alla conoscenza o no¹², come tale, si può indiscutibilmente registrare il fatto che la giustizia sia l'idea del diritto. La giustizia racchiude in sé tanti elementi, come per esempio:

- l'uguaglianza – questa implica che differenze di trattamento tra persone o fatti giuridici devono, per rispettare il principio di uguaglianza, essere giustificati.
- la libertà: come la libertà di esprimere la propria opinione, la libertà di scegliere la propria professione, ...
- l'equità, che nel diritto ha trovato espressioni in istituti giuridici quali la buona fede, le buone convenzioni, ...
- la proporzionalità – nel senso che limitazioni di diritti del singolo a favore della comunità devono essere in una equa relazione
- i diritti economici, nel senso di permettere a tutti l'accesso alle risorse, così che tutti gli uomini possano vivere una vita dignitosa,
- le opportunità sociali e la sicurezza sociale
- la garanzia di trasparenza,
- i principi del “giusto processo”, come il principio di ascoltare tutte le parti, ...

Solo per nominarne alcuni. Molti di questi elementi sono stabiliti nei nostri ordinamenti giuridici e garantiscono, in modo diverso in base alla territorialità, condizioni più o meno giuste. Tuttavia, nella realtà di fatto, la condizione di giustizia generale e individuale non sembra ancora essere realizzata.

Affinché la giustizia, intesa come equilibrio adeguato alle diverse condizioni storiche e, oggi più che mai, su scala mondiale, possa essere efficace, è presupposto che gli interessi e le valutazioni morali siano comunicati in modo aperto e illimitato di fronte ad ogni nuova situazione e a ogni nuova sfida.

Spesse volte è molto difficile trovare delle risposte o dei provvedimenti che siano percepiti da tutti come “giusti”. Qualche tempo fa nel telegiornale è stata riportata una notizia a proposito dell'aumento della disoccupazione per la crisi economica attuale. In Gran Bretagna i disoccupati in un anno sono aumentati di 2 milioni. Nella notizia seguente il giornalista ha riferito di un contratto tra l'UE e la Cina, che è stato sottoscritto, perché l'UE ha smesso di accusare la Cina per il suo intervento nel Tibet. Mi sono chiesta: è giusto questo? Certo da una parte i governi europei devono curarsi della lotta contro la disoccupazione, ma questo giustifica il sacrificio dei diritti dei Tibetani? Oppure: un funzionario di un sindacato poco fa mi ha detto: Conosco i danni che certi scioperi causano alla società e ai cittadini. Ma io devo difendere i diritti dei lavoratori. È giusto o no usare il

¹² Kant direbbe che questo sarebbe un sofisma naturalistico, siccome valori non sono accessibili alla conoscenza. Li si può solo condividere.

mezzo dello sciopero per rivendicare i diritti? E se sì, fino a che punto?

La partecipazione democratica e la libertà di comunicazione sono una condizione sì necessaria ma non sufficiente per raggiungere il più alto grado di giustizia possibile. Da un lato ciò richiede anche un discorso critico e che le persone coinvolte seguano i principi della ragione e che si orientino verso i principi etici. Dall'altro si deve assicurare l'uguaglianza degli essere umani come principio formale di base. Attraverso l'uguaglianza ognuno sarà vincolato agli altri.

Partendo dal principio dell'uguaglianza sullo sfondo dei diversi interessi legati ai presupposti personali e alle condizioni sociali, nell'Età Moderna ne deriva spesso che ogni essere umano deve poter godere della sua libertà e, in più, che tutti gli esseri umani devono essere protetti nei loro bisogni fondamentali, quali cibo, casa, istruzione e assistenza sanitaria.

La giustizia è quindi sempre una meta da raggiungere. In questa sede mi limito ad accennare come motivo di questo fatto gli interessi antagonisti, influssi diversi, mancanza di conoscenza nei fatti, etc. Tutto ciò riguarda il livello delle leggi, indipendentemente dal loro grado nella gerarchia giuridica, e l'applicazione del diritto a tutti i livelli, sia nella giurisdizione che nell'amministrazione.

Da dove dovrebbe quindi iniziare il giurista a servire la giustizia attraverso il diritto?

Tra i diversi approcci possibili, vorrei soffermarmi su una questione importante, quella della visione dell'uomo.

La questione della visione dell'uomo appartiene, nel diritto, alle questioni riguardanti le condizioni d'efficacia del diritto e, dal punto di vista della giustizia, al tema delle condizioni per il suo funzionamento.

In questo ambito vorrei ora citare di nuovo Hans Kelsen, a cui forse non si oserebbe attribuire un'opinione tale in merito a queste questioni. Egli si confrontò principalmente con le strutture centrali del diritto. Molti dei suoi scritti sono stati dedicati allo sviluppo del diritto quale scienza, e alle questioni riguardanti la pace subito dopo la prima Guerra Mondiale. Riconsiderò anche il ruolo della Società delle Nazioni – l'organo internazionale che ha preceduto l'ONU - e avanzò proposte per la creazione di ordinamenti giuridici e istituzionali che potessero garantire la pace e la giustizia.¹³ In uno dei suoi scritti affrontò il tema della visione dell'uomo. Anch'egli ai suoi tempi, come noi oggi, si pose questa domanda: quale essere umano sarebbe in grado di creare l'ordinamento giuridico più giusto e di renderlo efficace?

Kelsen¹⁴ richiese un tipo di carattere appropriato e lo trovò in ogni essere umano, che quando si

¹³ Staatsform und Weltanschauung, 1993, riproduzione in Kelsen/Marcic/Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 1968, Band 2, 1923.

¹⁴ Nel suo scritto „Forma dello stato e Weltanschauung“ del 1993 Kelsen sviluppa la democrazia quasi lungo il filo d'

trova di fronte all' altro ascolta una voce che gli dice: l'altro sei tu. È l'essere umano che induce simpatia, amante della pace, non aggressivo e con un alto senso di responsabilità.¹⁵

Si potrebbe ora, però, obiettare che questo tipo di carattere non sia molto diffuso. E invece esiste e sta ad ognuno di noi aiutarlo a diffondersi. Chiara Lubich, fondatrice del Movimento dei Focolari, nella cui casa ha luogo questo congresso, racconta che fin dall'inizio del suo movimento "vivere l' altro" era diventato il loro stile di vita, "vivendo le sollecitudini, i dolori e le gioie" di chi era accanto, fino a fare l' esperienza che: "Facendosi uno con l' altro, questi si apre, si rivela, si manifesta, si spiega e dona qualcosa del suo essere ad esempio ebreo, o musulmano, o buddista... Fa brillare dinanzi al nostro animo qualcosa delle sue insperate ricchezze."¹⁶

Immaginiamoci quindi ora di fare un viaggio fittizio in una società,

- in cui tutti coloro che legiferano la pensano in questo modo: gli esseri umani a cui si rivolgono queste leggi sono IO, le loro preoccupazioni sono anche le mie, i loro problemi sono anche i miei.
- una società in cui tutti coloro che partecipano all'applicazione delle leggi, siano essi amministratori, giudici, esperti, avvocati o parti, avessero questo atteggiamento di fronte all' altro: tu sei me!

Credo che molte cose, all'interno dei nostri ordinamenti giuridici, riuscirebbero a superare l' esame delle valutazioni di queste persone, ma credo anche che molte cose dovrebbero essere cambiate.

Vorrei invitarvi ad assumere questo comportamento in questi giorni mentre lavoreremo alla ricerca della giustizia: negli incontri e nelle discussioni, nel confronto, ma anche nello sforzo che faremo per comunicare. Perché non provare proprio oggi a formare una società fatta di uomini e donne che di fronte al TU dicono: sono io!

Questo pomeriggio ci incontreremo in workshop su diversi temi per coniugare – da diversi punti di vista - il diritto e la giustizia.

Domani ci dedicheremo alla questione come riuscire a far conciliare l'ideale di giustizia nelle diverse professioni inerenti al diritto attraverso la formazione delle norme e attraverso gli organi che

oro degli ideali della rivoluzione francese del 1789: libertà, ègalità, fraternità. Siccome il senso piu profondo del principio democratico è che la libertà sia voluta anche per l' il TU riconosciuto come essere uguale, alla libertà si associa l' uguaglianza.

¹⁵ Qui – così commentano i suoi alunni – Kelsen si muove al "limite della motivazione religiosa della sua Weltanschauung": Clemens Jabloner, Visione del mondo e protezione della pace, in Walter/Jabloner, Le vie della ricerca sociale e filosofico di Kelsen, volume 20, 1997.

¹⁶ Chiara Lubich, L'arte di amare, Citta Nuova 2005.

le applicano!

La maggior parte di voi non ha ancora deciso quale professione scegliere per il futuro ed è per questo che la descrizione delle diverse professioni potrebbe risultare interessante.

Le domande

- in che cosa consistono queste professioni?
- come affrontare le sfide, gli alti e i bassi di queste professioni?

potranno essere comprese meglio, ma anche i ruoli e la funzione sociale delle professioni giuridiche potranno essere approfondite durante la “tavola rotonda” in presenza dei rappresentanti delle diverse professioni e anche durante i workshop pomeridiani.

Domenica il palco sarà vostro in una “tavola rotonda” sulle sfide posteci dalla giustizia oggi.