

editoriale

il filtro giuridico e la realtà tra metodo e merito. Sfide del diritto, oggi

di Matteo Carrer

Dicevano i logici che contra factum non valet argumentum, nel senso specifico che l'esito di un ragionamento condotto con tutte le regole del corretto ragionare non può sopravanzare l'esito di una rilevazione data dalla realtà. Se secondo un sillogismo ben condotto si dimostra una cosa che è contraddetta dalla realtà è la seconda, e non il primo, a meritare prevalenza.

L'affermazione è appoggiata sul principio di identità e non contraddizione, che è il fulcro della logica almeno da Aristotele in poi.

Nel diritto e nello Stato moderno, quale è il ruolo del “fatto” e dell’“argomento”? Il problema porterebbe molto lontano se non fosse possibile circoscriverlo a un dato che fa parte del modo moderno e – ancor più – attuale, di intendere il diritto e lo Stato. Il riferimento è alla costante e pervasiva giuridicizzazione di ogni aspetto del convivere civile. Un fenomeno già indicato come iperproduzione normativa, come interventismo di Stato in tutte le sfere dell'economia e della società. Tale fenomeno ha radici e ragioni che non conviene indagare in questa sede, ma che si vedono apparire in moltissime forme diverse.

Dalla pandemia di Covid-19 (pandemia che pure è stata accertata, e in un certo senso così definita, dall'OMS in riferimento a regole classificatorie¹) sono scaturiti certamente dei fatti, la cui esistenza non dipende dal diritto in quanto tale, ma è scaturita altresì una copiosissima pletera di norme, i cui confini di espansione sono ancora in divenire. Dipende da una definizione di legge, peraltro modificata nel corso del tempo, l'istituzione e la definizione delle zone colorate,

¹ La pandemia è stata “dichiarata” l'11 marzo 2020. «Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità una pandemia è la diffusione mondiale di una nuova malattia, molto contagiosa e ad alta mortalità, per la quale le persone non hanno immunità» così secondo la Nota L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la pandemia da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 del 20 aprile 2020 del Servizio affari internazionali del Senato della Repubblica, p. 5.

giallo, arancio e rosso² da cui dipendono strettamente le possibilità di spostamento dei cittadini, cioè l'esercizio di diritti. Dipende da una norma di legge l'istituzione della certificazione verde COVID-19 (cd. green pass), unico negli effetti ma diverso – ope legis – in durata a seconda della ragione per cui si è ottenuto³. Dipende da una definizione persino la definizione di paziente guarito dal Covid-19⁴.

In ambito tutto diverso, ma altrettanto di attualità nel momento in cui si scrive, è la questione della transizione ecologica, per la quale è stato istituito un apposito Ministero⁵. La decisione di promuovere un'economia "verde", con riduzione delle emissioni di CO₂, di maggiore utilizzo di energie provenienti da fonti rinnovabili e conseguente abbandono dei carburanti fossili è indubbiamente un'intenzione (e un problema) politico, nel senso di alta decisione sugli obiettivi, ma è anche un problema giuridico poiché è necessario vietare, impedire, stimolare, promuovere, finanziare comportamenti dei consociati. Si tratta di un'attività di cui si fa carico lo Stato attraverso anche il diritto.

Anche le cd. "riforme" che da più parti si ritengono necessarie al migliore funzionamento del Paese dipendono sicuramente da intenzioni politiche e passano attraverso il diritto. Sono riforme attuate con strumenti legislativi le quali avranno (o ci si aspetta o augura abbiano) impatto su diversi aspetti della convivenza civile che vanno dall'imprenditoria alla tutela dei diritti, dal risparmio di spesa alla migliore allocazione del bene comune.

Fin qui, si dirà, non si è fatto altro che dire cose ovvie e riconoscere massimamente che il diritto è utile alla armonizzazione dei comportamenti dei consociati: forse uno dei pochi elementi su cui i giuristi concordano senza particolari difficoltà, prima di entrare in ulteriori e sottili distinzioni.

Il punto che si vuole sottolineare, tuttavia, è un altro. Se il diritto costituisce sempre di più un filtro tra la realtà dei fatti, diciamo la realtà fenomenica, e la politica, diciamo gli obiettivi voluti e pensati per influire proprio sulla realtà, quale è il rapporto che si viene a creare tra fatto e argomento sopra citati?

Il costante spostamento dei piani basato sulla sovrapposizione dei filtri "diritto-realtà" e "realtà-diritto" è tale per cui non diventa assurdo che la realtà dipenda dalla lettura giuridica che se ne fa, e non viceversa. Tentazione cui i giuristi non sono estranei, non fosse che per

² Art. 1, co. 16-septies del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, più volte modificato. Per dare un riferimento, le tre definizioni occupano poco meno di 500 parole.

³ Secondo le disposizioni dell'art. 9, co. 2, del d.l. 52/2021. Sempre per dare un'idea quantitativa, l'art. 9 citato rubricato certificazioni verdi COVID-19 si compone di circa 1400 parole.

⁴ www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/ Comunicazione del Cts sulla definizione di paziente guarito, 19 marzo 2020.

⁵ D.l. 22/2021, di cui è un presupposto di necessità e urgenza, poiché nel d.l. citato si legge: «ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di istituire un ministero dedicato alla transizione ecologica, che riunisca le attuali competenze del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con le attribuzioni in materia di energia fino ad ora ripartite tra altri dicasteri».

deformazione professionale, ma che può – e in un certo senso è naturale che debba – interessare tutti i consociati e non solo i professionisti del diritto.

In fondo, è un effetto voluto che alcuni comportamenti divengano vantaggiosi o svantaggiosi non perché lo siano in sé stessi, bensì perché una norma vi collega vantaggi e svantaggi.

Di nuovo, nessuna sorpresa si se pensa alla caratteristica fondamentale delle norme di essere non solo generali e astratte ma anche obbligatorie, caratteristica particolarmente pervasiva nel caso in cui tutto sia normato e nel caso in cui lo Stato utilizzi con estensione il suo ordinamento per guidare minutamente i comportamenti dei consociati.

In quest'ottica, che – appunto – non rivela alcunché di nuovo, quale è o quale può essere il compito degli studiosi di diritto e ancor più specificamente di coloro che studiano il diritto dello Stato, il diritto pubblico? Il quale diritto pubblico forse da lungo tempo non è, come diceva Ulpiano, quod ad statum rei Romanae spectat, bensì ciò che guida il comportamento di tutti e singolarmente i consociati. Affermazione che nella piana distinzione (di nuovo, una definizione) di Ulpiano tra diritto pubblico e privato genera forse qualche difficoltà.

Attenti al metodo, gli studiosi dovrebbero conservare la capacità di tenere distinto ciò che è giusto e ciò che è legale, il piano dei valori e il piano del diritto positivo. Non solo, dovrebbero avere la freddezza, tanto più in tempi complessi come quelli che viviamo al momento di licenziare questo numero, di tenere distinti dalla norma positiva non solo ciò che rispecchia personalmente i valori cui aderiscono, bensì gli stessi valori costituzionali. I quali possono sicuramente considerarsi integrati nella Carta fondamentale, ma che sono costantemente oggetto di interpretazione e – absit iniuria verbis – manipolazione. Nessun problema in tutto ciò, solo normale interpretazione e adesione reciproca della comunità alle sue norme fondamentali e viceversa. Tuttavia la prima tentazione, cioè quella di ritenere “indispensabile” o “scontata” una determinata lettura dei valori e di conseguenza dei principi della Costituzione costituisce, in realtà, una semplificazione del lavoro di studio e di ricerca, volta in particolare a spianare le basi e costruire da un terreno assodato ma del quale si può rischiare a volte di ereditare fondamenta altrui.

Attenti al merito, gli studiosi dovrebbero conservare capacità critica al massimo grado. Proprio perché il diritto costituisce sempre più il filtro tra realtà e politica, tra obiettivi e realizzazione, tra potere e sottoposizione al potere, la capacità di intelligenza del diritto, nel senso etimologico di leggere dentro, non può limitarsi né alla mera applicazione delle norme né a uno schiacciamento sulle posizioni valoriali di cui sopra. In altre parole, è opportuno non confondere i piani, non dare per scontato che poiché i valori sono condivisibili o coerenti con gli obiettivi politici il risultato normativo sia sempre e comunque da giustificare. Se rinunciassero a questa indipendenza di giudizio, il diritto insieme alla sua classe di operatori e studiosi

diventerebbe nient'altro che un'appendice di una volontà guidata altrove, sintomo di una totale mancanza di indipendenza della scienza giuridica e una totale sottoposizione del diritto a chi ha il potere di crearlo, oppure – ma forse è lo stesso – da parte di chi comunica (o descrive) la realtà. Nel tramezzino dei filtri descritti sopra il diritto rischia di essere inerte oggetto del contendere che rivendica una centralità, che influisce ed influenza ma che, stretto tra tecnica e politica, tra ideologia e propaganda, non ha alcuna indipendenza. Indipendenza che, invece, è stata da lungo tempo rivendicata. Indipendenza che spetta a chi oggi conosce e studia il diritto, a tutti i livelli, difendere.