

Conflitto, diritto, cliniche legali

Conflict, Law, Legal Clinics

ALDO SCHIAVELLO

Università degli Studi di Palermo.

E-mail: aldo.schiavello@unipa.it

ABSTRACT

L'approccio clinico-legale offre una prospettiva privilegiata da cui osservare il diritto e da cui riflettere sul ruolo del giurista. L'analogia fra diritto e medicina, che è il presupposto da cui nasce l'espressione 'clinica legale', funziona solo in parte. L'idea soggiacente è che il diritto, così come la medicina, entrano in gioco quando si manifesta una patologia. In medicina la patologia si presenta come malattia, come morbo. Nel diritto la patologia è il conflitto: il conflitto fra individui; fra individui e istituzioni; fra una istituzione e un'altra istituzione; fra stati. Tuttavia, in ambito giuridico il legame con il momento patologico non è tanto stringente quanto in medicina. Il diritto (e, conseguentemente, la scienza giuridica) ha una vita "prima del" e "a prescindere dal" momento patologico. Ciò produce alcune conseguenze importanti che riguardano i rapporti tra diritto e morale e il modo in cui il giurista è chiamato a contribuire alla creazione del diritto.

The clinical legal education provides an advantageous viewpoint from which to observe the law and consider the role of the jurist. However, the analogy between law and medicine on which the term 'legal clinic' is based only partially works. The idea is that, like medicine, law comes into play when a pathology manifests itself. In medicine, this presents itself as illness or disease. In law, however, pathology forms conflict between individuals, individuals and institutions, institutions, and states. However, the link with the pathological moment is weaker in the legal sphere than medicine. Law (and consequently legal science) has a life 'before' and 'regardless of' the pathological moment. This has significant implications for the relationship between law and morality, and for the role of jurists in the creation of law.

KEYWORDS

cliniche legali, conoscenza giuridica, giustizia sociale, diritto e morale, conflitto sociale

legal clinics, legal knowledge, social justice, law and morals, social conflict

Conflitto, diritto, cliniche legali

ALDO SCHIAVELLO

*De tribus autem reliquis latissime patet ea ratio,
qua societas hominum inter ipsos et vitae
quasi communitas continetur; cuius partes duae:
iustitia, in qua virtutis splendor est maximus,
ex qua viri boni nominantur, et huic coniuncta beneficentia,
quam eandem vel benignitatem vel liberalitatem appellari licet.*
[CICERONE, *De officiis*, 7, 20]

1. Conflitto – 2. Diritto – 3. Cliniche legali.

1. Conflitto

L'espressione 'clinica legale' è stata coniata per mettere in evidenza una affinità negletta tra l'insegnamento della medicina e l'insegnamento del diritto. Gli studenti di medicina, sin dai primi anni, si formano osservando e curando malati in carne e ossa; gli studenti di giurisprudenza studiano solo, o in prevalenza, su libri, dedicati alla interpretazione delle norme o alla ricostruzione di precedenti e casi giudiziari, a seconda delle caratteristiche del sistema giuridico di riferimento. Questa caratteristica degli studi giuridici è stata considerata una anomalia innanzitutto da Jerome Frank e poi da molti altri giuristi, non necessariamente riconducibili all'ambito del realismo giuridico, tra cui, in Italia, da Francesco Carnelutti. L'idea soggiacente è che il diritto, così come la medicina, entrano in gioco quando si manifesta una patologia. In medicina la patologia si presenta come malattia, come morbo. Nel diritto la patologia è il conflitto: il conflitto fra individui; fra individui e istituzioni; fra una istituzione e un'altra istituzione; fra stati. Riflettere sul diritto significa dunque riflettere inevitabilmente sul conflitto.

Ma davvero l'affinità tra diritto e medicina è, da questo punto di vista, stringente?

Ritengo che la risposta a questa domanda sia negativa per diverse ragioni.

In primo luogo, bisogna riconoscere che non è affatto detto che un corso di giurisprudenza i cui docenti non abbiano mai frequentato le aule dei tribunali non sia in grado formare giuristi di vaglia, sia in ambito teorico che pratico. Inoltre, mentre è difficile immaginare che un buon manuale di pediatria possa essere scritto da un medico che non abbia mai visitato un bambino in tutta la sua vita, è al contrario del tutto plausibile che un buon manuale di diritto penale, ad esempio, venga scritto da un professore di diritto che non si sia mai "sporcato le mani" con la pratica.

Ci sono almeno un paio di ragioni importanti che consentono di comprendere questa differenza.

Innanzitutto, il modo in cui medici e giuristi "operano sull'uomo", per usare una celebre espressione di Carnelutti, è significativamente differente. L'intervento dei medici è diretto, sulla carne e sulle ossa delle persone, come dice Frank. L'intervento dei giuristi è invece mediato dal linguaggio. Che cosa fanno i giuristi? Interpretano disposizioni normative. Non a caso Ronald Dworkin ha definito il diritto una pratica sociale argomentativa. Ciò rende la distinzione tra teoria e prassi in ambito giuridico molto più labile e aleatoria di quanto non sia in ambito medico. Anche la distinzione tra interpretazione in astratto (che è quella che farebbero i professori di diritto nei loro libri) e interpretazione in concreto (che coincide con l'applicazione del diritto da parte

* Riproduco qui, con minimi aggiustamenti, senza l'aggiunta di note e con una bibliografia minima il testo del mio intervento alla tavola rotonda "Il conflitto sociale e il ruolo del diritto" nell'ambito del Convegno "Il ruolo delle cliniche legali nella mediazione giuridica e sociale del conflitto", che si è tenuto all'Università di Roma Tre il 28 e il 29 novembre 2024.

di avvocati e giudici ai casi concreti), data spesso per scontata, non va enfatizzata. L'interpretazione in astratto, infatti, non può non confrontarsi con ipotetiche situazioni concrete con cui una certa disposizione, o un insieme di disposizioni, si troverà ad interagire. Nel diritto, in altri termini, si può dire che l'interpretazione è sempre in concreto e ciò contribuisce ad assottigliare la distanza tra teoria e prassi. Questo è un punto molto caro alle teorie ermeneutiche del diritto.

Inoltre, pur senza sottovalutare l'importanza della medicina preventiva, il legame tra medicina e patologia è effettivamente inscindibile. I medici curano (o tentano di curare) le malattie che affliggono gli esseri umani. Nel caso del diritto, invece, il ruolo del giurista non è circoscritto alla fase patologica. Il diritto vive nei tribunali, certo, ma anche nelle strade, nelle piazze e ovunque gli esseri umani interagiscano fra loro. Come sostengono alcuni autori, tra cui Herbert Hart e Joseph Raz, anche una comunità di angeli avrebbe bisogno del diritto, se non altro per coordinare le azioni. Ciò consente di affermare che non c'è un legame concettuale tra diritto e sanzione e che la "vita del diritto" è più ampia rispetto a quanto certe concezioni del diritto siano disposte ad ammettere. Da questo punto di vista, una prospettiva giusrealista – spesso associata a un approccio clinico-legale – non è esente da critiche: nella misura in cui essa fa coincidere il diritto con le decisioni dei giudici, mette una croce sopra una ampia parte della prassi giuridica e contribuisce a distorcere l'immagine del diritto.

Una prima osservazione, forse controcorrente, è che la postura di un approccio clinico-legale di fronte a un conflitto deve essere costruita a partire da un'idea di diritto come una comunità interpretativa in cui tutti hanno eguale titolo per interpretare i valori intorno ai quali la comunità giuridica si è costituita piuttosto che a partire dall'idea che il diritto sia il prodotto di una autorità la cui legittimità, in ultima istanza, riposa sul monopolio dell'uso della forza. Seguendo Tommaso Greco è possibile distinguere tra un modello "sfiduciario" di diritto, che mette al centro dell'esperienza giuridica la nozione di autorità e, più in generale, quella di potere e guarda ai rapporti giuridici come a rapporti gerarchici e "verticali" e un modello fiduciario che pone invece l'accento sull'intersoggettività e sull'affidamento reciproco e considera il diritto come una pratica sociale prevalentemente costituita da una rete di rapporti "orizzontali". Questo secondo modello è quello che si confà a un approccio clinico-legale.

In estrema sintesi, il diritto non rileva solo quando è violato. Circoscrivere l'esistenza del diritto ai casi di violazione enfatizza l'aspetto della coazione fino al punto di sostenere che vi sia un legame concettuale tra diritto e coazione. Questa impostazione mette quindi in secondo piano altri aspetti interessanti del diritto e rischia di sottovalutare l'aspirazione del diritto alla giustizia; questo è un esito sul quale un approccio clinico-legale dovrebbe almeno riflettere. Mi sembra corretta l'intuizione di Carnelutti secondo cui l'approccio clinico-legale non debba essere costruito soltanto pensando alle figure del giudice e dell'avvocato, ma anche a quelle, tra le altre, dell'amministratore e del legislatore. Questa intuizione, oltre a proporre una visione meno angusta del diritto, può rappresentare un buon punto di partenza per ampliare gli ambiti dell'approccio clinico e per inquadrare in modo meno stereotipato i rapporti tra diritto e conflitto.

Sui rapporti tra diritto e conflitto c'è un altro aspetto che merita di essere quantomeno preso in considerazione. Come rileva Bruno Celano, il diritto *tende* a trasformare ogni questione sostanziale in questione procedurale. Di fronte a una situazione complessa, rispetto alla quale è probabile che non esista un'unica soluzione corretta, il diritto stabilisce chi ha la competenza a dirimerla e attraverso quale procedura e, in questo modo, dissolve o addomestica il conflitto. Celano individua nell'*Oresteia* di Eschilo un caso paradigmatico, quasi un archetipo, del ruolo che il diritto svolge nei confronti della moralità. Come si supera il dilemma morale che contrappone le Furie a Oreste e ad Apollo? Atena propone di affidarsi a una procedura in cui, dopo che le parti in causa hanno esposto le proprie ragioni (e qui, tutti, hanno buone ragioni da spendere!), i componenti del collegio giudicante votano a favore dell'una o dell'altra parte. Qualora i voti risulteranno in numero pari – cosa che, di fatto, avviene, anche con il contributo del voto di Atena – Oreste sarà comunque assolto. Dopo il verdetto, le Erinni esprimono tutta la loro malevolenza

ma, in seguito, si lasciano “persuadere” da Atena, accolgono il verdetto e diventano Eumenidi. E questo, grazie al ruolo svolto dal diritto.

Questa ricostruzione presenta due difficoltà che Celano non sottovaluta. La prima, che egli denomina “paradosso della nomodinamica”, è che il diritto positivo *tende* a trasformare ogni problema sostanziale in procedurale ma non ci riesce mai del tutto. Il gioco del diritto non è il gioco della discrezionalità dell’arbitro e sarà sempre possibile criticare una decisione, anche definitiva, perché contraria al diritto sostanziale o alla giustizia. La seconda è che il modo in cui il diritto risolverebbe il conflitto morale, potrebbe essere, in realtà, un gioco di prestigio (come sostiene il filone giusrealista del positivismo giuridico).

Questo aspetto dei rapporti tra diritto e conflitto meriterebbe un approfondimento che travalica gli intenti di questo breve scritto. Qui è sufficiente evidenziare una lezione per chi adotta un approccio clinico-legale: mantenere un’inclinazione capace di vedere le ragioni dell’avversario. Credere di possedere l’intera verità è sempre pericoloso. Andando un po’ più in profondità, si torna al punto precedente. È un errore fare del conflitto il centro del diritto. E quando ci si trova di fronte a un conflitto, il diritto deve sopirlo non esacerbarlo, lasciando l’applicazione della legge del più forte come *extrema ratio*. Questo non significa accontentarsi di compromessi al ribasso ma impone di essere consapevoli che la sopravvivenza di una società, soprattutto di una società pluralista, non può prescindere dalla disponibilità ad addivenire a compromessi giusti, compromessi, cioè, che non mortificano nessuno e che presuppongono che ogni individui meriti la medesima considerazione e rispetto di tutti gli altri.

2. Diritto

Il diritto è uno strumento il cui obiettivo primario è quello di regolare in modo pacifico e ordinato la vita di una società di individui. Questo obiettivo può essere perseguito in molti modi e, di fatto, nel corso del tempo, il diritto ha assunto forme diverse e ha utilizzato strumenti diversi per perseguire questo obiettivo. Ciò non deve stupire: il diritto è un artefatto umano e, come tutti gli artefatti umani, è soggetto a cambiamenti. A partire da questa considerazione si può assumere che l’efficacia di un approccio clinico-legale sia influenzata dalle caratteristiche della pratica giuridica di riferimento. Le caratteristiche del diritto del secondo dopo-guerra, almeno nel cosiddetto mondo occidentale, sono state a lungo propizie per un approccio di questo genere. Benché adesso le cose stiano cambiando in modo tumultuoso e non certo verso una direzione che lasci presagire nulla di buono, una analisi della evoluzione del *rule of law* nel passaggio dallo stato moderno allo stato costituzionale contemporaneo è utile per comprendere, tra le altre cose il ruolo che le cliniche legali hanno ricoperto negli scorsi decenni e che, auspicabilmente, potranno svolgere nei prossimi, anche come argine al disfacimento di una idea di diritto come strumento di pace e giustizia.

Il modello di *rule of law* dello stato moderno pone l’accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali, che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Una difesa appassionata di questo modello è proposta da Friedrich von Hayek in *The Road to Serfdom*.

In ambito giusfilosofico, la versione più nota di questo modello è quella proposta da Lon Fuller in *The Morality of Law*. Secondo Fuller, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo – che è quello di governare la condotta degli individui tutelandone al contempo la libertà e anche la dignità – deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l’impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è

necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che la legge dichiara e il modo in cui essa viene, di fatto, amministrata.

Una versione di *rule of law* analoga a quella di Fuller è proposta da Raz il quale, però, è meno incline di Fuller a ritenere che un diritto che rispetti queste caratteristiche formali tenda necessariamente anche alla giustizia sostanziale. Così come il coltello serve a tagliare – osserva Raz – il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del *rule of law* procedurale guida meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti. Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del *rule of law* può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

L'altro modello di *rule of law*, storicamente più risalente, è originariamente collegato al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. A differenza del modello precedente, quest'ultimo non individua (soltanto) dei vincoli formali e procedurali al potere sovrano; piuttosto, in base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal parlamento ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale del *gubernaculum* e della *jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi suoi propri i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica”, i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi.

Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immutabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti.

Con il passaggio dallo stato moderno allo stato costituzionale contemporaneo questo secondo modello è stato rivalutato, anche dai giuristi e dai giusfilosofi appartenenti a paesi di *civil law*. Ciò dipende in larga misura proprio dalle differenze socio-istituzionali tra queste due forme di stato. Se infatti la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la “crisi della sovranità” lo è, probabilmente, dello stato contemporaneo. Come rileva, tra gli altri, Luigi Ferrajoli, dopo la fine della seconda guerra mondiale, la sovranità degli stati nazionali viene duplicemente limitata. All'interno, la sovranità del parlamento è negata attraverso l'introduzione di costituzioni rigide, cioè modificabili solo attraverso un procedimento aggravato rispetto a quello previsto per la formazione della legge, e lunghe, contenenti cioè una dichiarazione dei diritti. All'esterno, la fine della sovranità assoluta degli stati è una conseguenza della nascita dell'Onu e dell'approvazione della Dichiarazione universale dei diritti umani.

Se lo stato liberale ottocentesco riconosce come unici limiti alla sovranità statale le procedure che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti sostanziali, di contenuto, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. Nello stato costituzionale, la dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio* appare ineludibile.

Ed è questa dialettica in cui si inserisce alla perfezione un approccio clinico-legale.

3. Cliniche legali

L'adozione di un approccio clinico-legale è, infine, l'esito di una riflessione sul ruolo del giurista nella società. Ai due modelli alternativi di *rule of law* corrispondono due modelli alternativi di giurista e di giudice. In *Dalla struttura alla funzione* Norberto Bobbio distingue due ideal-tipi di giurista.

Il primo modello rappresenta il giurista come il “custode” e il depositario di un corpo di norme già dato. Secondo questo modello l'attività principale del giurista è quella interpretativa. Va

precisato che, secondo questo modello, l'attività interpretativa prevede uno scarso o se possibile nullo esercizio di discrezionalità da parte dell'interprete. Il giurista-custode è l'esito di scelte ideologiche e politiche relative, in generale, al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello stato e così via. Si tratta di una concezione della conoscenza giuridica che considera quest'ultima come ancillare rispetto al potere politico. È significativo che un giurista francese del XIX secolo come Charles Demolombe ci tenesse a precisare che gli non insegnava il diritto civile ma il *Code Napoléon*.

Il secondo modello rappresenta il giurista come "creatore" del diritto: il giurista è a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e contribuisce a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Bobbio sostiene che la principale attività del giurista secondo questo modello è la creazione del diritto. In realtà, anche nel caso in cui il giurista si auto-rappresenti come creatore del diritto, l'attività che lo caratterizza è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Nel primo caso, il giurista adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre nel secondo espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Diverse sono le variabili che incidono sul prevalere di un modello sull'altro.

La prima variabile è collegata al tipo di sistema giuridico entro cui il giurista opera ("variabile istituzionale"). Un sistema giuridico può essere chiuso o aperto. È chiuso se è composto da un corpo sistematico di regole che tendono alla completezza, espresse in un linguaggio determinato; è invece aperto se le regole sono "fluide", vale a dire indeterminate e in continua trasformazione. Il *rule of law* illuminista può essere raffigurato come un sistema chiuso mentre il *rule of law* del costituzionalismo contemporaneo come un sistema aperto.

La seconda variabile dipende dalla situazione sociale generale ("variabile sociale"). Una società può essere stabile o in trasformazione a seconda della minore o maggiore influenza di fattori di cambiamento sui modelli culturali esistenti.

L'ultima variabile scaturisce dalla concezione del diritto prevalente fra i giuristi e dal modo in cui viene "calibrato" il rapporto fra il diritto e la società ("variabile culturale"). Il diritto può essere visto come un sistema autonomo e largamente auto-referenziale ovvero come un sotto-sistema di un sistema globale o come sovrastruttura della struttura sociale ed economica in particolare. Bisogna aggiungere che, nel caso in cui il diritto venga considerato un sotto-sistema del sistema sociale, diviene interessante approfondire il ruolo del diritto all'interno della società. È interessante capire, in altri termini, se il diritto si collochi al centro o ai margini del sistema sociale.

In una realtà in cui prevale il modello del giurista creatore, il compito delle cliniche legali è quello di contribuire a rendere il diritto, in un determinato ambito e in un determinato periodo storico, la migliore versione possibile di sé stesso. E questo significa, innanzitutto, accogliere l'idea che la funzione del diritto non è quella di regolare la vita sociale in un modo o nell'altro, ma di perseguire questo obiettivo in modo giusto. Anche nella consapevolezza del fatto che la giustizia è un ideale verso cui tendere e che non può mai essere realizzato del tutto. E anche essendo consapevoli che giustizia si dice in tanti modi, alcuni dei quali confliggenti tra loro. Con buona pace di Ronald Dworkin, il diritto è il regno delle volpi e non dei ricci ed è bene tenerlo a mente se non si vuole cedere al clangore delle armi che in questo momento infesta il mondo.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO N. 2007. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Laterza.
- CARNELUTTI F. 1935. *Le Cliniche del diritto*, in «Rivista Italiana di Diritto Procedurale Civile», I, 1935, 169-175.
- CELANO B. 2021. *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, diritto naturale, positivismo giuridico. Seconda edizione, ampliata*, Giappichelli.
- DWORKIN R. 1989. *L'impero del diritto* (1986), Il Saggiatore.
- FERRAJOLI L. 1997. *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza.
- FRANK J. 1933. *Why not a Clinical Lawyer-School?*, in «University of Pennsylvania Law Review», 8, 81, 1933, 907-923.
- GRECO T. 2021. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto* (1961; 1994²), Einaudi.
- HAYEK F.A. 1995. *La via della schiavitù* (1944¹), Rusconi.
- RAZ J. 1995. *Authority, Law and Morality* (1985), in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics (Revised Edition)*, Clarendon Press, 210-237.
- SCHIAVELLO A. 2019. *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinicolegale*, in «Etica & Politica», 3, 2019, 255-277.