

Cliniche legali: insegnare il diritto come spazio conflittuale di giustificazione e non di dominio

Legal Clinics: Teaching Law as a Conflictual Space of Justification, not of Domination

EMILIO SANTORO

Università degli Studi di Firenze.

E-mail: emilio.santoro@unifi.it

ABSTRACT

L'articolo analizza la sfida posta alla concezione tradizionale del diritto, di matrice illuminista e imperativista, dalla crescente complessità sociale, caratterizzata da pluralismo e rapidi cambiamenti tecnologici. Alla concezione della legge come uno strumento di imposizione di un ordine deciso da una maggioranza viene contrapposto un approccio "neocostituzionalista" che vede la Costituzione non solo come un limite al potere, ma come un progetto sociale fondato su principi e diritti fondamentali, il cui garante è il sistema giudiziario. In questa prospettiva il diritto non è un insieme di norme predefinite, ma un discorso che si sviluppa a partire dai conflitti. Si sostiene che le cliniche legali rappresentano lo strumento didattico ideale per insegnare questa concezione del diritto che trasforma il campo giuridico da uno spazio di "dominio" a uno "spazio conflittuale di giustificazione".

The article analyzes the challenge posed to the traditional conception of law, of Enlightenment and imperativist origin, faced to the growing social complexity, characterized by pluralism and rapid technological changes. The conception of the law as an instrument for imposing an order decided by a majority is contrasted with a "neo-constitutionalist" approach which sees the Constitution not only as a limit to power, but as a social project based on fundamental principles and rights, whose guarantor is the judicial system. From this perspective, law is not a set of predefined rules, but a discourse that develops starting from conflicts. It is argued that legal clinics are the ideal teaching tool to teach this conception of law that transforms the legal field from a space of "domination" to a "confrontational space of justification".

KEYWORDS

sovranità, diritti, diritto, dominio, proceduralizzazione del conflitto

sovereignty, rights, law, domination, proceduralization of the conflict

Cliniche legali: insegnare il diritto come spazio conflittuale di giustificazione e non di dominio

EMILIO SANTORO

1. Il diritto di fronte alla sfida della nuova complessità sociale – 2. Una concezione non “imperativista” del diritto – 3. Una didattica diversa per un diritto diverso o un’occasione persa – 4. Il discorso giuridico come spazio conflittuale di giustificazione e non di dominio.

1. Il diritto di fronte alla sfida della nuova complessità sociale

Muovo dalla convinzione che la concezione dell’ordine (democratico), incentrato sulla legge generale e astratta, capace di regolare la vita, nata con l’Illuminismo e affermata tra Ottocento e Novecento, sia di fronte a una sfida che ha gettato nel panico le società occidentali. Gli attori di questa sfida sono la velocità, ipersonica, dell’evoluzione tecnologica e quindi del cambiamento sociale, l’estremo pluralismo sociale, spesso nella percezione comune legato alle migrazioni, ma in gran parte dovuto alla rapidissima circolazione delle informazioni sui comportamenti sociali più disparati che assurgono a modelli, e la complessità che sfugge a qualsiasi teoria che provi a darle una sistematizzazione¹.

Difronte a questa sfida, oggi, la risposta prevalente sembra essere quella di rafforzare le caratteristiche, illuministiche, della legge come strumento di imposizione imperativa di un ordine scelto dalla maggioranza che ha vinto le elezioni. Il “diritto” torna a identificarsi con la “legge” che assurge, come nei piani illuministi del Settecento, a strumento di implementazione coattiva del piano sociale vagheggiato da chi ha ottenuto il mandato a governare. Nel contesto sociale odierno, sempre più spesso questo piano sociale emerge come una difesa dal cambiamento e dalla sua rapidità². Questa linea politica sta prendendo il sopravvento su quella, che sembrava faticosamente articolarsi nell’ultimo ventennio, che vede invece, nei mutamenti sociali, l’opportunità di porre le persone, con le loro specificità e idiosincrasie, con la loro dignità³, al centro del progetto giuridico.

Questo secondo approccio è sempre più percepito come qualcosa che aumenta la complessità sociale invece di produrre una sua tranquillizzante riduzione. A esso, infatti, si imputa di aver portato alla frammentazione delle identità di genere al posto della rassicurante dicotomia

¹ Il dibattito sulla nostra epoca come l’era della post-verità sottovaluta l’insegnamento di Ludvig Wittgenstein (WITTGENSTEIN 1953, § 241) secondo cui «Vero e falso è ciò che gli uomini dicono; e nel linguaggio gli uomini concordano. E questa non è una concordanza delle opinioni, ma della forma di vita» Una volta che perdiamo i riferimenti della “concordanza” abbiamo cambiato la nostra forma di vita: tutto quello che ci guidava, che assumevamo come riferimento fino ad oggi, ha perso valore, la sua capacità di stabilizzare, dare sicurezza a, i nostri comportamenti tende ad essere scarsa se non nulla.

² John Kennet Galbraith (GALBRAITH 1992) aveva sottolineato che gli anni Ottanta del secolo scorso avevano prodotto nel mondo occidentale “la dittatura di una classe soddisfatta” che impediva la mobilità sociale e l’emergere di *elites* legate a nuove classi sociali. Analizzando il manifestarsi dei fenomeni elencati sommariamente in apertura di questo saggio ho sostenuto che in passato che dalla dittatura di una classe soddisfatta stiamo passando alla dittatura di “una classe spaventata” che sta completando, a tappe forzate, la trasformazione delle società democratiche da società caratterizzate dalla progressiva “estensione del potere economico e sociale a chi non lo ha” (DU BOIS 1924, 138) a società caratterizzate dalla progressiva esclusione sociale e politica di larghe fasce di individui. Il ritorno della concezione “imperativista” della legge appare rassicurante per entrambe le “dittature” dato che una parte rilevante della classe media vede profondamente messo in crisi dal mutamento sociale, a un tempo, le basi economiche che assicuravano la sua “soddisfazione” insieme a quelle culturali che garantivano il suo stile di vita.

³ Stefano Rodotà nel 2012 incentra *Il diritto di avere diritti* sul passaggio dall’epoca della libertà a quella della dignità.

dell'identità sessuale⁴, a un radicale pluralismo delle identità culturali⁵ che spesso rende problematica l'interazione sociale, chiedendo alle persone tolleranza, pazienza, e soprattutto strumenti per affrontare ciò che fino a poco prima non era “pensabile”. In altre parole, questa tendenza ha aumentato la sensazione che qualsiasi interazione sociale sia complessa e priva di uno schema prestabilito: le si imputa di aver trasformato quello che sembrava ovvio in qualcosa di inappropriato perché percepito come lesivo della dignità e dei diritti di una parte degli interlocutori. Essa è quindi stata avvertita, invece che come uno strumento per affrontare la sfida dell'iper-mutamento sociale – sfida che soggettivamente appare tanto più insostenibile quanto minori sono le risorse sociali, culturali, economiche, ecc., a disposizione per affrontarla –, come la corrispondente della sensazione di aver perso ogni certezza.

L'affermazione del variegato movimento che va sotto il nome di “neocostituzionalismo”, che, come è noto, ha alla sua origine la distinzione tracciata da Ronald Dworkin (DWORKIN 1977) tra “principi” costituzionali e “regole” legislative, ha contribuito in modo sostanziale a favorire l'emergere della nuova concezione dell'ordinamento giuridico. Il dibattito suscitato da questo nuovo approccio ha enfatizzato la discontinuità del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale portando a vedere la Costituzione non solo, e non tanto come una legge rigida e gerarchicamente sovraordinata, come voleva la concezione positivista e kelseniana, ma soprattutto come un progetto di società basato su “principi”, che include un'ampia gamma di diritti fondamentali (civili, politici, sociali, ecc.) e un sistema di controllo costituzionale. La Costituzione non solo limita il potere dello Stato, e del legislatore in particolare, ma assume la funzione di progetto sociale e politico volto a garantire i diritti e la giustizia sociale. Essendo però, comunque, come la Convenzione europea dei diritti umani e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, un documento giuridico, è al sistema giudiziario che viene affidato il compito di garantirne l'applicazione e quindi di garantire l'effettività dei diritti riconosciuti. È il sistema giudiziario, in Europa regionale e composito, che è chiamato ad assicurare la superiorità del diritto costituzionale, convenzionale e europeo, sulle leggi ordinarie, non (sol)tanto attraverso l'abrogazione o la disapplicazione delle leggi in contrasto con essa, ma soprattutto attraverso l'interpretazione costituzionalmente, conformemente (al diritto UE) o convenzionalmente orientata, delle disposizioni legislative⁶. Il compito principale delle Corti è quello di attribuire ai testi legislativi il significato compatibile con i principi costituzionali e tra più significati compatibili quello che meglio si confà al progetto che esse leggono nelle enunciazioni dei diritti⁷.

In questa luce la Costituzione, e i ricordati documenti europei sui diritti, da strumento precipuamente regolativo, si trasforma in “una specie di promessa rivoluzione nella legalità”, come auspicava Piero Calamandrei (CALAMANDREI 1966 e 1955). La “lotta per i diritti” disegna un campo in cui il giudice cessa di essere lo strumento dell'ordine voluto dal legislatore per assume-

⁴ Queste critiche sono espresse da quella che sui media viene definita retorica anti-woke. Riporto un'esperienza personale che considero emblematica: mi sono trovato, più volte, a spiegare che l'introduzione del neologismo “cisgender” è un'ovvia conseguenza del rispetto della dignità delle persone che si considerano “transgender”: contrapporre infatti la loro identità di genere a una considerata “normale” le qualifica silenziosamente e irrimediabilmente come “anormali”. L'uso di “cisgender” e “transgender” veicola invece l'idea che esistono due identità di genere che hanno pari dignità sociale, per usare l'espressione dell'art. 2 della nostra Costituzione.

⁵ Sul punto mi permetto di rimandare SANTORO 2013.

⁶ Sul piano formale il riconoscimento di questa impostazione nel nostro ordinamento giuridico dovrebbe essere sancito dall'espunzione dell’“intenzione del legislatore” dai criteri di interpretazione della legge sanciti dall'art. 12 delle preleggi. Cfr. mia discussione (SANTORO 2008, pp. 264 e ss.) sulla tesi di Albert Venn Dicey che la tutela dei diritti passa attraverso la convinzione del giudice di dover interpretare il testo delle disposizioni normative senza tenere in alcun conto il lavoro preparatorio e quindi ricostruire la volontà del legislatore.

⁷ La Corte EDU è quella che per prima e più chiaramente affermato questo compito affermando la dottrina secondo cui il punto di riferimento per le legislazioni degli Stati che aderiscono al Consiglio d'Europa (“la grande Europa”) non è “la Convenzione europea dei diritti umani”, ma “la Convenzione così come interpretata dalla Corte”.

re il ruolo di arbitro che aggiudica la “lotta” secondo una interpretazione del piano costituzionale⁸. Come scrive Pietro Costa (COSTA 1995, 33-34), a conclusione del suo saggio (che ogni giurista dovrebbe leggere e meditare):

«Il giudice agisce come risolutore istituzionale di un conflitto alla luce di un ordine (apparentemente) già dato ed immobile, che però dispiega le sue potenzialità progettuali proprio nel momento in cui il giudice lo riformula in funzione di una dinamica intersoggettiva sempre nuova e diversa. L'immaginazione giuridica si dispiega in un racconto programmaticamente sospeso fra la raffigurazione di un ordine che esiste solo in quanto “descritto” (nel mondo possibile del giurista) e la messa a punto di un progetto che esiste solo in quanto attuato (nell'ambito della quotidiana interazione sociale)».

Il momento in cui si comincia a decretare la fine dell'epoca della credenza nell'applicazione meccanica della legge, sostituita dalla sua interpretazione costituzionalmente (conformemente o convenzionalmente) orientata, coincide (direi non casualmente) con il momento in cui emerge la consapevolezza che non si può più contare sulle ideologie, come risorsa critica, e sulla forza dello Stato, come strumento, per il cambiamento sociale. Si apre un'epoca nuova in cui il diritto sembra presentarsi come il principale strumento istituzionale di contestazione dello *status quo*. Assistiamo a un drastico mutamento, come osserva Antoine Garapon (GARAPON 1997, 34),

«mentre, un tempo, si concepiva la giustizia in negativo e come punitiva, con la concezione costituzionale la si connota sempre più in positivo e come costruttiva. Mentre l'istituzione giudiziaria mostrava un certo ritardo rispetto all'evoluzione dei costumi, oggi porta con sé la speranza di cambiamento. Se la si credeva istituita, oggi la si vede, ormai, istituyente».

Le nostre società sono sempre più segnate dalla percezione dell'irrilevanza della partecipazione soggettiva alla competizione politico-elettorale e, ancor prima, della difficoltà di aggregare i “guai privati”, di superare la soglia che trasforma un problema individuale in un problema politico⁹. In questo contesto, non è più il legislatore il destinatario delle rivendicazioni: più diventa plurale la società, meno plausibile appare l'idea che si possa aggregare una maggioranza che trasformi la legge, che, di conseguenza, viene percepita come lo strumento, spesso opprimente, in mano alla minoranza più forte¹⁰.

2. Una concezione non “imperativista” del diritto

La concezione del diritto che mi sembra meglio adattarsi al nuovo quadro “costituzionale”, e al nuovo ruolo di realizzatori del progetto costituzionale che esso affida ai giudici, è quella che emerge dal testo di una conferenza che Karl Llewellyn (LLEWELLYN 1930) tenne nell'autunno del 1929 alla Columbia Law School. In questa conferenza, il giurista statunitense contrappone il paradigma formalista e imperativista del diritto, che aveva dominato la scena fino a quel momento, e che ancora viene considerato il paradigma del diritto occidentale¹¹, a una concezione del

⁸ Come è noto, DWORKIN (1977) pensa che esista l'interpretazione “giusta” del quadro definito dai “principi” costituzionali a cui il “giudice erculeo” deve tendere (“asintoticamente”). Nella mia visione (SANTORO 2008) ciò che toglie arbitrarietà alla scelta del singolo giudice è il continuo vaglio della “comunità degli interpreti”.

⁹ Per la nozione di “guai privati” e la loro trasformazione in problemi politici la famosa discussione dell’“immaginazione sociologica” di WRIGHT MILLS 1959.

¹⁰ Per lo sviluppo di questa tesi rimando ancora a SANTORO 2013.

¹¹ Per la contrapposizione tra concezione normativista e paradigma incentrato sui diritti fondamentali rimando a quanto sostenuto in SANTORO 2024.

diritto in cui i testi normativi possono guidare nell'interpretazione del caso, ma non decidere la controversia. Quella che presenta è una concezione del diritto che sposta il fuoco *dai testi normativi al discorso dei giuristi*. Quello tratteggiato da Llewellyn è un diritto in cui le norme, secondo l'insegnamento giusrealista¹², sono il prodotto del processo decisionale e non l'elemento determinante il suo risultato e i testi normativi non sono le "norme" ma il vocabolario che i giudici usano per organizzare in modo sistematico e definire l'area problematica di cui si occupano. Il diritto consiste, in questa prospettiva, nella discussione su come i giudici risolvono le controversie, discussione che coinvolge gli stessi giudici, gli avvocati che devono impostare i modi con cui proporre la controversia e gli studiosi del diritto.

Le risorse fornite dai testi normativi lasciano sempre la possibilità di escogitare un ottimo argomento giuridico a sostegno di una pluralità di soluzioni anche radicalmente divergenti fra loro. Se gli avvocati fanno il loro dovere, i giudici si trovano sempre di fronte alla scelta tra almeno due opzioni giuridiche ugualmente coerenti e sistematiche e nessuna norma può indicare loro quale opzione scegliere¹³. I testi normativi forniscono ai giudici una scaletta di problemi alla luce dei quali "leggere" la controversia, ma non definiscono la lite. Piuttosto, essi aiutano il giudice enumerando i fattori rilevanti al momento di mettere a fuoco il contenuto giuridico delle pretese. Un giudice valuta i fatti e le circostanze del caso, utilizza i testi fonte del diritto per integrare questi elementi in un quadro, che Llewellyn, con un'espressione che ricorda quella utilizzata sessant'anni dopo da Costa, definisce "immaginario". I quadri che i giudici costruiscono naturalmente, nel sistema costituzionale devono trarre, secondo l'intuizione di Dworkin e del neocostituzionalismo, la loro legittimità dal presentarsi come una concretizzazione plausibile dei diritti costituzionale. Il giudice ha il (nuovo) compito di decidere la lite inquadrando i fatti portati alla sua cognizione nella sua visione delle finalità del progetto costituzionale. Secondo questa prospettiva, che è molto simile alla prospettiva interazionista sulla costruzione del significato, in ogni comunità si può individuare un insieme di testi normativi sulla base del quale giudicare la condotta di volta in volta in discussione, ma questi testi non formulano le norme in modo dettagliato e perspicuo alla complessità dei fatti. Essi non precludono alcuna strada né precondizionano il risultato della controversia. Per comprendere il fenomeno giuridico, come Llewellyn raccomanda, è fondamentale non confondere la "normatività"¹⁴ con le sue forme este-

¹² Il modo con cui Llewellyn espone la sfida realista è a mio parere (probabilmente grazie alla matrice antropologico-culturale delle sue ricerche) ancora oggi, dopo migliaia di pagine scritte da autori realisti, uno dei più convincenti e meno dogmatici, cioè dei più scevri dall'ingenua ideologia neoempirista e scienista che caratterizza molte delle posizioni realiste.

¹³ Questo dato era già evidente a metà del sedicesimo secolo a François Rabelais come mostra l'episodio del giudice Bridoye, narato nel terzo libro (cap. 39) de *La vie de Gargantua et de Pantagruel*: il giudice Bridoye, dopo che gli avvocati delle parti hanno studiato a lungo la causa presentato le loro tesi, si limita a tirare a sorte per decidere chi è il vincitore della causa e copia le motivazioni addotte dalla parte sorteggiata. Rabelais scrive quando il diritto era "l'oscuro diritto comune" oggetto delle future critiche illuministe, per cui la sua satira normalmente non viene accostata al diritto moderno. In essa, in effetti, sembra avere come suo oggetto principale l'idea montesquieuana del "giudice bocca della legge": oggi, in un'epoca in cui si è tornati a vagheggiare la decisione, certa e imparziale della macchina guidata dall'intelligenza artificiale al posto di quello del giudice umano, la corrosiva satira di Rabelais appare ancora attuale. È interessante notare che la decisione del giudice Bridoye è conforme a legge e assolutamente imparziale, ma comunque a Rabelais, e a tutti i lettori che leggano la vicenda come una satira, non appare "giusta". Sull'episodio narrato da Rabelais cfr. V. MARININELLI, *I dadi del giudice Bridoye*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/2002; G. ROSSI, 'Alea iudiciorum'. *Le sentenze (in)appellabili del giudice Bridoye*, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 119-156; K. MEHDI, *L'histoire du juge Bridoye dans Le Tiers-Livre de Rabelais*, in «Les Cahiers de la Justice», 3, 2020, 549-564; G.M. MASTERS, *Rabelaisian Dialectic and the Platonic-Hermetic Tradition*, State University of New York Press, 1969.

¹⁴ L'idea di normatività che sottende le considerazioni di queste pagine è ricavata dal celebre paradosso sull'impossibilità di seguire una regola -- «una regola non può determinare alcun modo d'agire, poiché qualsiasi modo di agire può essere messo d'accordo con la regola» -- enunciato da Wittgenstein nel paragrafo 201 delle *Philoso-*

riori, cioè le leggi o, più in generale, i testi normativi. Come scrive Llewellyn (LLEWELLYN 1949, 1296) in un altro celebre saggio, la rappresentazione corretta è quella di un'interazione «di persone che agiscono sotto il controllo e all'interno della sfera definita da norme, e sotto il controllo e all'interno di una tradizione di buona volontà, che nel nuovo contesto degli ultimi decenni potremmo definire “costituzionale”, e di *expertise* – anch'essa, direi, costituzionale –: ognuno di questi elementi è *costitutivo* di ciò che definiamo “sotto il controllo del diritto”».

3. Una didattica diversa per un diritto diverso o un'occasione persa

È in questo contesto di conflitto tra due concezioni di diritto e di ordine sociale diversi che va inserita la discussione sul metodo clinico legale.

Negli ultimi anni le cliniche legali hanno guadagnato grande popolarità all'interno dei corsi di laurea in giurisprudenza delle Università italiane grazie, soprattutto, al loro configurarsi come un approccio didattico “pratico” volto a integrare l'insegnamento giuridico tradizionale. La diffusione delle cliniche in Italia si inserisce in un più ampio “movimento clinico globale” (BLOCH, MENON 2012) che mira in primo luogo a valorizzare l'aspetto professionalizzante della formazione giuridica.

Sebbene l'approccio clinico sia nato, in ambito statunitense, con una caratterizzazione politica di forte critica alla concezione imperativista del diritto, oggi è visto soprattutto come un passo avanti didattico, capace di allineare l'insegnamento del diritto alle esigenze della società contemporanea e del mercato del lavoro. Come ha sottolineato Duncan Kennedy (KENNEDY 1982; 1983), uno degli autori più influenti dei *critical legal studies*, ripercorrendo la sua carriera da studente di diritto a Yale alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso a docente ad Harvard vent'anni più tardi, le promesse di trasformazione degli studi giuridici che accompagnarono la nascita delle cliniche sono progressivamente scomparse. Sono state relegate al ruolo, di mito fondativo, lasciando spazio a una loro concezione di complemento professionalizzante del tradizionale insegnamento del diritto (cfr. JAMIN 2015, 615).

Sul piano retorico, le cliniche legali spesso si continuano a richiamare all'approccio giusrealista e rivendicano una vocazione alla “giustizia sociale”, intesa come facilitazione dell'accesso alla giustizia per i soggetti considerati “marginali”. Questa retorica si basa sulla contrapposizione tra *law in books* e *law in action*, e si propone di superare la tradizione illuminista e la concezione giuridica europea continentale dominante. L'approccio giusrealista, come ho cercato di mostrare, sarebbe perfettamente compatibile con l'idea di un diritto costituzionalmente orientato che tutela la dignità delle persone. In effetti, però, la concezione tradizionale del diritto e del suo insegnamento ha dimostrato una notevole capacità di resistere e neutralizzare le spinte critico-innovative del movimento clinico, funzionalizzandolo al consolidamento del proprio dominio. Il recupero della retorica realista appare spesso collegato esclusivamente all'esigenza di rispondere alla diffusa percezione dell'astrattezza dell'insegnamento giuridico, incentrato sulla *law in books*. Le cliniche legali offrono la possibilità di spostare il baricentro dell'insegnamento verso la *law in action*, ma questo approccio è spesso ridotto all'obiettivo di far acquisire agli studenti competenze professionali, la “manualità” nell'opera di sussunzione del caso concreto sotto la regola generale¹⁵. È rappresentati-

phische Untersuchungen. Più in particolare esso è basato sulla lettura che di questo paradosso ha dato Saul Kripke in *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Per lo sviluppo di questa tesi rimando a SANTORO 2002.

¹⁵ La dimensione superficiale e retorica della connotazione realistica è resa evidente dalla circostanza che, spesso, l'insegnamento clinico consiste in pratiche di simulazione di attività legali e nello studio di casi giudiziari. In molte esperienze cliniche, il contatto diretto degli studenti con gli utenti è del tutto assente, e il caso attuale oggetto di studio viene presentato agli studenti non come un proprio problema dalla specifica persona che lo avverte, ma come un mero problema legale posto dal coordinatore della clinica. Viene così eliminata dal quadro dell'insegnamento

vo di questa riduzione alla professionalizzazione l'enfasi sul *lawyering*, termine che fa riferimento alla professione legale e alla pratica del diritto. Individuare nel *lawyering* il contenuto didattico delle cliniche significa ridurre la pratica del diritto alla pratica del professionista legale, indentificando le abilità pratiche con "colloqui con i clienti, esame dei fatti, studio delle soluzioni e delle strategie difensive, redazione di istanze, atti processuali e memorie"¹⁶.

La tesi che sostengono è che le cliniche legali, invece che essere concepite come mero strumento professionalizzante, possono rappresentare lo strumento didattico che consente di ripensare l'insegnamento del diritto rendendolo coerente con la sua concezione "costituzionale", incentrata sui diritti e non sulla legge. Il metodo clinico, se utilizzato in modo non ancillare rispetto all'insegnamento tradizionale ma come una radicale alternativa a esso, può essere il perno di corsi di laurea giuridici capaci di insegnare la nuova concezione del diritto inteso come discorso contro-maggioritario volto a dare vita concreta ai diritti. Concepisco le cliniche legali per insegnare una concezione del diritto molto diversa da quella illuminista incentrata su regole generali astratte e rigide, volute dal Parlamento sovrano, rispetto alla formazione delle quali la comunità, una volta che ha scelto il legislatore, non ha alcun ruolo, è chiamata esclusivamente a obbedire, ad applicarle.

È evidente che questa mia tesi non è neutra, ma ha una precisa valenza politica dal momento che siamo di fronte da qualche anno a una potente retorica che è tornata a sminuire, se non annullare, la valenza dei diritti come vincolo del potere dello Stato, e in particolare del *legislatore democraticamente eletto*. Il metodo clinico mi sembra è lo strumento che i professori di diritto hanno per neutralizzare questa deriva e per riaffermare, invece, la centralità della persona, della sua dignità e dei suoi diritti, a discapito di qualsiasi (fantomatica) volontà della maggioranza.

È molto difficile superare la concezione illuminista del diritto, fino a che questo paradigma non sarà messo in discussione nei corsi universitari. Il *revival* del diritto come volontà del legislatore a cui cittadini e, soprattutto, giudici si devono adeguare è, a mio parere, in gran parte favorito dall'incapacità dell'insegnamento del diritto nel primo scorcio del nuovo millennio di fare rapidamente propria la nuova impostazione incentrata sulla persona e i suoi diritti che stava emergendo e sostenerla. L'insegnamento clinico, come dimostrano anche, per fortuna, non poche esperienze anche italiane, se non adattato alla vecchia impostazione, ma reso centrale rappresenta una modalità didattica per sostenere questa concezione. Esso è lo strumento che permette di "insegnare" che il giudice non deve essere visto, non si deve vedere e, soprattutto, non si deve comportare come la "bocca della legge", l'esecutore delle intenzioni del legislatore, ma

giuridico l'idea che parte essenziale dell'esperienza del giurista siano la dimensione relazionale e quella sociale: l'empatia per chi pone il problema e la condivisione dell'interesse che vuole rivendicare. Ma, soprattutto, si elimina il fondamentale problema della traduzione in un problema giuridico di ciò che affligge una persona: come se questa fosse un'operazione dall'esito vincolato che non muta a seconda di chi la compie.

¹⁶ Documento del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università di Milano, *Nascita e diffusione delle cliniche legali*, raggiungibile dalla pagina dedicata alle "Legal Clinics" (<http://www.beccaria.unimi.it/ecm/home/legalclinics>) che sintomaticamente e simbolicamente adotta la denominazione inglese: <http://www.beccaria.unimi.it/extfiles/unimidire/385401/attachment/nascita-e-diffusione-delle-cliniche-legali-1.pdf>. In Italia lo stretto legame che si intende ri-creare tra insegnamento e professione forense è evidenziato dalla recente inclusione nel curriculum di laurea magistrale di un semestre di pratica forense. Con la convenzione quadro siglata il 24 febbraio 2017 tra il Consiglio Nazionale Forense (CNF) e la Conferenza dei direttori dei Dipartimenti di scienze giuridiche è stata data attuazione alla riforma dell'ordinamento della professione forense (Legge n. 247 del 31 dicembre 2012), che a sua volta aveva modificato parzialmente le modalità di svolgimento del tirocinio per l'accesso alla stessa. Ora lo studente di giurisprudenza, iscritto all'ultimo anno, può svolgere un semestre di pratica forense all'interno del corso di studi, anticipando così parte dei 18 mesi di tirocinio che, originariamente, potevano essere svolti solo dopo aver conseguito il diploma di laurea. La convenzione prevede che il professionista presso il quale si svolge la pratica garantisca, sotto la vigilanza del Consiglio dell'Ordine, l'effettivo carattere formativo del tirocinio, favorendo la partecipazione dello studente alle udienze, alla redazione degli atti e alle ricerche funzionali allo studio delle controversie.

come il garante dei diritti fondamentali, e quindi del loro bilanciamento e della loro ponderazione dato che ogni causa è uno scontro tra diritti.

Il compito di una didattica basata sulle cliniche legali dovrebbe essere quello di insegnare ai futuri giuristi ad affrontare le problematiche che gli individui incontrano e i conflitti che essi vivono, mettendoli in grado di fornire loro gli strumenti per proceduralizzarli e vincerli. Il metodo clinico legale è l'occasione, in altre parole, per sviluppare un insegnamento capace di rendere consapevole lo studente che il suo compito non sarà quello di essere un ingranaggio di un imponente meccanismo regolativo, di sussumere un fatto o una condotta sotto una norma. Esso si presenta come lo strumento capace di sviluppare una didattica che insegni che il compito dei giuristi è sviluppare metodi efficaci per giuridificare i problemi delle persone, di proceduralizzare i conflitti individuali e collettivi. Il metodo clinico consente di insegnare un diritto pensato non come un sistema di testi normativi, più o meno ordinato, ma, alla Llewellyn, come un discorso che, utilizzando quei testi e le loro letture, si costruisce dal basso, dal problema e dal conflitto proposto, e si sviluppa costruendo insieme il problema giuridico (il "caso") e la norma che lo regola. È grazie a questa caratteristica che esso può avere una funzione di giustizia sociale, insegnando agli studenti a preoccuparsi di come "costruire" l'accesso alla giustizia per chi non ha mai nemmeno pensato che il suo problema avesse dignità giuridica.

4. *Il discorso giuridico come spazio conflittuale di giustificazione e non di dominio*

Secondo l'impostazione imperativista (sovranista-illuminista), secondo l'idea che il giudice è bocca della legge, la produzione della verità giudiziale è, e deve essere, una conseguenza automatica, scientifica, della volontà fissata dal legislatore nel testo legislativo. I diritti, che le parti si vedono riconosciuti nel giudizio, sono dedotti scientificamente dai testi normativi, come richiede il paradigma della modernità che elegge la scienza a fonte privilegiata di verità. Questa connotazione del diritto sta a fondamento della celebre tesi di Michel Foucault per cui l'epoca dello Stato di diritto, della democrazia liberale, non è stata capace di "tagliare la testa la re":

«In fondo, malgrado le differenze di epoche e di obbiettivi, la rappresentazione del potere è sempre stata ossessionata dalla monarchia. Nel pensiero e nell'analisi della politica non è ancora stata tagliata la testa al re. Di qui l'importanza che viene ancora data nella teoria del potere al problema del diritto e della violenza, della legge e della illegalità, della volontà e della libertà, e soprattutto dello Stato e della sovranità (anche se non è più interrogata nella persona del sovrano ma in quella di un essere collettivo). Pensare il potere a partire da questi problemi significa pensarlo a partire da una forma storica particolare della nostra società: la monarchia giuridica». (FOUCAULT 1976, tr. it. 79)

La concezione dei diritti come forme di *empowerment* della persona funzionali all'ordine sovrano, prendendo le mosse dalle tesi di John Austin, configura il sovrano come colui che li definisce e li fissa. Da essa discende la provocatoria analisi foucaultiana sulla duplicità del termine "soggetto" che in quanto soggetto "giuridico" si vede attribuito i diritti che ne definiscono il potere legale mentre è "as-soggettato" al sovrano. Se il giudizio è nient'altro che la proiezione "scientifica" della volontà del sovrano esso si configura come uno spazio di dominazione:

«The essential role of the theory of right, from medieval times onwards, was to fix the legitimacy of power; that is the major problem around which the whole theory of right and sovereignty is organized ... My general project has been ... to show the extent to which, and the forms in which, right (not simply the laws but the whole complex of apparatuses, institutions and regulations responsible for their application) transmits and puts in motion relations that are not relations of sovereignty but of domination». (FOUCAULT 1980, 95-6)

La concezione imperativista dei “diritti” continua ad avere il proprio fondamento nella nozione del “diritto divino del re”, in una concezione imperativa della legge; ha consentito la democratizzazione del sovrano ma non ha toccato il suo diritto illimitato di comandare. Il discorso moderno è passato dal “diritto” (del re) ai “diritti” (degli individui) “umani”, continuando ad usare la concezione di “diritto” come entità derivante dalla concezione della monarchia giuridica e legando insieme “diritti” e imperatività del diritto, attribuendo ai diritti la funzione di legittimazione del potere. Foucault (1977, 15) sottolineava che «Ciò di cui abbiamo bisogno è una filosofia politica che non sia costruita attorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell’interdizione. Bisogna tagliare la testa al re: non lo si è ancora fatto nella teoria politica».

La concezione costituzionale e il gius-realista del diritto modificano (finalmente) l’impostazione, sovranista del diritto. Il sovrano costituzionale non è il “re” di cui parla Foucault, la sua sovranità è un ossimoro e il testo normativo non è la norma, l’ordine del sovrano, ma il punto di partenza di articolazione di quello che alla fine sarà l’ordine del giudice. In un quadro costituzionale la decisione del caso concreto non è monarchica, ma appunto costituzionale: *il giudizio non è il campo in cui si esplicita il dominio (del sovrano), ma uno spazio conflittuale di giustificazione dove si articolano discorsi giuridici che danno veste ai guai privati a fondo delle pretese delle persone*.

Dentro questo spazio niente è assoluto: anche i diritti delle persone sono tutt’altro che definiti nel loro contenuto, sono “indicali”¹⁷, devono cioè essere definiti nel contesto in base ai fatti e alla ponderazione e al bilanciamento con gli altri diritti con cui si scontrano. In effetti la loro attribuzione configura qualcosa di molto simile all’*actio* dell’antico diritto romano, o al *writ* del paradigma classico di *common law*: configura il potere di rivolgersi a un giudice.

Il giudizio, configurato come il luogo in cui si riversano i guai personali con un vestito giuridico, si presenta inevitabilmente come uno spazio caratterizzato dalla “dispersione” e dal disordine dei discorsi, uno spazio in cui le argomentazioni proliferano, configgono, competono, collidono. Per questo i discorsi in ogni campo e a maggior ragione in quello giuridico, “must be treated as discontinuous practices, which cross each other, are sometimes juxtaposed with one another, but can just as well exclude or be aware of each other” (FOUCAULT 1981, 67). Ogni evento giuridico, ogni decisione è unica, legata al conflitto che decide e alle argomentazioni che vengono addotte.

Nella misura in cui il diritto vigente si compone di norme, il giurista non può fare a meno di studiare la “costruzione giuridica” (cfr. GUASTINI 2011, 105-228 e 2017, 20 ss. e 80 ss.), le formazioni discorsive utilizzate per produrre il significato di un testo normativo, le tecniche utilizzate per argomentare la scelta della norma ricavata da esso. In un ambiente costituzionale quando compie questa opera il giurista si muove sempre tra un piano descrittivo e uno persuasivo/prescrittivo. Il primo piano è quello della “teoria dell’interpretazione” (GUASTINI 2011, 407-32), vale a dire il piano ricognitivo di come, nella prassi giudiziaria e amministrativa, gli operatori giuridici hanno letto e impiegato fino a quel momento i documenti normativi. Il secondo piano è quello dell’“ideologia dell’interpretazione” (GUASTINI 2011, 433 e ss.), cioè di un discorso persuasivo che mira a creare le condizioni di asseribilità per l’interpretazione di un testo normativo, mentre ne raccomanda l’adozione: a spiegare come il modello di ordine costituzionale su cui fonda le sue richieste sia il migliore possibile.

È evidente che questa concezione del diritto inclina il mito della certezza del diritto (e questo è a mio parere la ragione fondamentale delle sue difficoltà ad affermarsi oggi) ma ha il grande

¹⁷ J.L. AUSTIN, in *How to Do Things with Words*, sostiene che le parole “indicali” sono elementi del linguaggio come “io”, “qui” e “ora” il cui significato dipende interamente dal contesto d’uso (chi parla, quando e dove), e la loro funzione è quella di indicare o riferirsi a entità nel mondo circostante, rendendo il linguaggio un’azione che va oltre la semplice descrizione. Garfinkel e gli etnometodologi hanno ripreso il concetto di “indicalità” per indicare che il significato di un’azione o di un’affermazione è indissolubilmente legato al suo contesto e alle circostanze specifiche. Contrapponendosi all’idea neo-positivistica che i termini del linguaggio hanno un significato oggettivo e universale, l’indicalità sottolinea che il significato è una caratteristica socialmente acquisita e sempre presente dell’interazione umana.

merito di trasformare il campo giuridico, *rectius* giudiziale, dal campo di manifestazione del dominio del sovrano in uno spazio conflittuale di giustificazione: uno spazio in cui il conflitto viene proceduralizzato e rimesso a formazioni discorsive, uno spazio che permette alle persone di costruire la loro libertà e dare concretezza alla loro dignità. Questo è particolarmente rilevante in una società che percepisce “l’altro” come una minaccia, come una persona che, quando non si “assoggetta” alla presunta normalità, va limitata nella sua libertà, nella possibilità di rivendicare la sua specifica dignità. Nella sua versione costituzionale il diritto non promette la garanzia della libertà, ma ci ricorda che la libertà è una pratica e ci mette a disposizione lo spazio conflittuale proceduralizzato in cui lottare per esercitarla. Come scrive FOUCAULT (1984, 245):

«The liberty of men is never assured by the institutions of law that are intended to guarantee them. This is why almost all of these laws and institutions are quite capable of being turned around. Not because they are ambiguous, but simply because “liberty” is what must be exercised ... I think it can never be inherent in the structure of things to guarantee the exercise of freedom. The guarantee of freedom is freedom».

Riferimenti bibliografici

- BLOCH F., MENON M. 2012. *The Global Clinical Movement*, in BLOCH F. (ed.), *The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press.
- CALAMANDREI P. 1955. *Discorso sulla Costituzione*, disponibile in: <https://formazione.indire.it/paths/piero-calamandrei-discorso-sulla-costituzione-26-gennaio-1955>.
- CALAMANDREI P. 1966. *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in ID, *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, La Nuova Italia, vol. II.
- COSTA P. 1995. *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in «Diritto pubblico», 1, 1995, 1-34.
- DU BOIS W.E.B. 1924. *The Gift of Black Folk: The Negroes in the Making of America*, Stratford Co.
- DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press; tr. it., il Mulino, 2010.
- FOUCAULT M. 1976. *La volonté de savoir*, Gallimard; tr. it., Feltrinelli, 1978.
- FOUCAULT M. 1977. *La microfisica del potere*, Einaudi.
- FOUCAULT M. 1980. *Two Lectures*, in GORDON C. (ed.), *Power/Knowledge – Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, Pantheon, 78-108.
- FOUCAULT M. 1981. *It is Useless to Revolt?*, in «Philosophy & Social Criticism», 8, 1, 1981, 1-9.
- FOUCAULT M. 1984. *Space, Knowledge, and Power*, in RABINOW P., *Foucault Reader*, Pantheon Books, 239-256.
- GARAPON A. 1996. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob; tr. it., *I Custodi dei diritti: giudici e democrazia*, Feltrinelli, 1997.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- KENNEDY D. 1982. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in «Journal of Legal Education», 32, 1982, 591-615.
- KENNEDY D. 1983. *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, in «Seton Hall Law Review», 14, 1983, 1-16.
- LLEWELLYN K. 1930. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Oceana Publications.
- MILLS C.W. 1959. *The Sociological Imagination*, Oxford University Press; tr. it., Il Saggiatore, 1962.
- JAMIN CH. 2014. *Cliniques du droit: innovation versus professionnalisation?*, in «Recueil Dalloz», 11, 2014, 675-681.
- LLEWELLYN K. 1949. *Law and the Social Sciences – Especially Sociology*, in «Harvard Law Review», LXII, 1949.
- RODOTÀ S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Laterza.
- SANTORO E. 2002. *Stato di diritto ed interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto*, in «Diritto Privato», 7-8, 2001-2002, 97 e ss.
- SANTORO E. 2008. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli.
- SANTORO E. 2013. *Democrazia, migrazioni e società multiculturali*, in MEZZADRA S., RICCIARDI M., *Movimenti indisciplinati*, Ombre Corte.
- SANTORO E. 2024. *The dark side of law 'in context': ex parte populi law as a new paradigm*, in «Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)», 16(1), 2024, 02-28; doi: [10.4013/rechtd.2024.161.01](https://doi.org/10.4013/rechtd.2024.161.01).
- WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell; tr. it., Einaudi, 1967.