

ONTOLOGIA, POLARITÀ, RECHTSFREIERAUM. ARTHUR KAUFMANN FU UN PATERNALISTA O UN LIBERALISTA?

Giovanni Marino*

Abstract. Paternalismo e liberalismo sono termini entro, e non solo, il campo del diritto penale. Entro lo scenario dei rapporti tra diritto e morale e a partire dall'idea Kaufmanniana di Rechtsfreieraum e di Polarität quale modo proprio del suo pensare, il presente saggio si interroga su quanto e se lo spazio giuridico vuoto sia modo d'essere del diritto penale in una società libera e plurale.

Paternalismo e liberalismo, sono, oggi, i termini entro il diritto penale, d'un dibattito, i cui punti d'arrivo, le implicazioni e le conseguenze vanno ben oltre il dominio privilegiato della scienza giuridica. Cercherò, per parte mia, di proporre una questione, suggerendo una prima essenziale e parziale risposta. Come è a voi tutti noto Arthur Kaufmann ha imposto all'attenzione della scienza penalistica del suo tempo l'idea d'uno spazio giuridico vuoto. Mi chiedo se e quanto questa idea possa essere riletta alle origini della questione: paternalismo e liberalismo; e se dalla sua riconsiderazione, possano venire notazioni utili al migliore discernimento del nostro tema.

Provo a dar conto del come io sia venuto a questa domanda. D'un Kaufmann ermeneuta in filosofia del diritto, e così di una sua 'terza via', quella 'ermeneutica', appunto, 'oltre' positivismo e giusnaturalismo, non sono stato sempre del tutto convinto. Non a caso - posso confessarlo - intitolai la mia raccolta, di qualche anno fa - senza, peraltro, resistenze da parte di Kaufmann - *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, ('filosofia del diritto', dapprima, e 'ermeneutica', poi, in quegli anni, tra l'altro, l'ermeneutica, da noi, andava alla grande). Non ho mai avuto dubbi, per converso, quanto ad un Kaufmann filosofo dell'ontologia, una ontologia sostanziale, dapprima, secondo le sue formule, e, poi, d'una ontologia c.d. relazionale. Filosofo dell'ontologia; ma forse solo fino al Kaufmann della seconda edizione della sua *Rechtsphilosophie*, 1997. In questa, infatti, a parte corpose stratificazioni, trascinamenti e reiterazioni di *acquis*, Kaufmann ricongiungeva Jonas, l'utilitarismo negativo e la società del rischio, fino al suo 'imperativo della tolleranza'. Su ciò basta. Era solo, e non poteva non essere, una premessa, da più d'un lato indispensabile.

* Università degli Studi di Napoli 'Federico II'.

Piuttosto. C'è – è questa una mia ferma convinzione – nelle sue pagine, fin da *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, come un modo del suo pensare, attivo in tutti i suoi 'esercizi' di ontologia, un modo del pensare che torna, ancora una volta, dopo una qualche pausa, nelle pagine, proprio, della *Rechtsphilosophie* 1997. Vale a dire: il pensiero della 'polarità'; un "pensare secondo la polarità", come Kaufmann aveva scritto in un suo saggio del 1972, *Il diritto tra identità e differenza*. Lascio da parte, e non posso fare qui diversamente, le suggestioni, implicazioni, e tutte le variazioni possibili quanto, in Kaufmann, a 'polarità' e 'analogia').

Vengo, subito, al nostro *Rechtsfreieraum*. Luogo privilegiato del *Rechtsfreieraum* è, per Kaufmann, quello dei rapporti tra diritto e morale, *Recht und Sitte*. Qui ha il suo campo la 'polarità', il pensare secondo polarità. Ho già detto d'una 'riconvocazione' esplicita della *Polarität* nella *Rechtsphilosophie*, 1997: ebbene ciò ha luogo proprio, e solo, nel capitolo dedicato, il 14°, a *Recht und Sitte*. Il capitolo successivo, già in quello tematicamente anticipato, era intitolato, appunto, da Kaufmann, al *Rechtsfreieraum*.

Dicevo della *Polarität* come modo proprio, almeno nella stagione della sua ontologia sostanziale, del suo pensare. A scorrere gli indici, al solo loro scorrere come qui posso fare, *Polarität* è, nei *Sacheregistern* di *Rechtsphilosophie im Wandel* e dei *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, una delle parole-chiave. Di certo è che Kaufmann affidava proprio, a partire da *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, alla *Polarität* la soddisfazione della *Geschichtlichkeit* entro la sua prima ontologia. Lascio da parte l'affascinante tema – *Polarität e Relation, Polarität, Relation e Analogie*, a partire dalle *Überlegungen* del 1986. È, ad ogni modo, fuori di dubbio che la c.d. 'differenza ontologica' del primo Kaufmann, nel suo corpo a corpo con Heidegger, per un verso, e Maihofer, per l'altro, sia stata da lui costruita come *Polarität*.

Sono ora al nostro *Rechtsfreieraum: Rechtsfreieraum e Polarität*. Quando è che Kaufmann riprende, riscrive da una non minore letteratura, e viene al suo disegno d'un *Rechtsfreieraum*? Per quanto ne so ciò accade nelle pagine finali di *Recht und Sittlichkeit*, 1964: *Die Polarität von Recht und Sittlichkeit*. 'Spazio giuridico vuoto' – ma questa traduzione italiana letterale non rende del tutto l'idea del *Rechtsfreieraum* di Kaufmann – qui, nel saggio del 1964, è avvertito come spazio, campo di comportamenti, per i quali non è preordinata una conseguenza giuridica, sebbene essi siano fatti oggetto di una previsione normativa, *rechtsfolgenfrei, wenn nicht schon tatbestandsfrei*.

Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, la raccolta kaufmanniana del 1973, ha due saggi, uno del 1972, l'altro del 1978 (rispettivamente *Rechtsfreieraum und eigenverantwortliche Entscheidung* e *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*), specialmente dedicati al nostro tema. Il saggio del 1972 indicava il campo proprio del *Rechtsfreieraum* negli *existentielle Grenzfälle*. Non ne nasconde, e anzi ne discute le difficoltà giuridico-politiche, dogmatiche, teoretiche e logiche; ne precisa i profili più tragici, e lo mette a prova quanto al problema – uno dei suoi 'chiodi fissi' – dello *Schwangerschaftabbruch*, l'interruzione di gravidanza: il caso limite obbliga l'agente ad una decisione responsabile; dinnanzi ad essa il legislatore non potrà – scriveva – non sospendere la sua potestà punitiva.

Qualche anno dopo, in *Strafrechtliche Rechtspraxis*, Kaufmann avrebbe affidato casi e teoria del *Rechtsfreieraum* alla *Praxis*, ossia alla dottrina e ai giudici. *Recht* e *Sittlichkeit* venivano detti essere tra loro diversi ma non distinti, "polares, oder auch dialektischen Beziungefüge"; *der Mensch als Person*, l'individualità sociale dell'uomo, pareva poter esser detta, essa, *tertium comparationis*. Con Schmoller, contro Jellinek, Kaufmann, quanto ai rapporti tra diritto e morale, concludeva per l'*ethisches Maximum* del diritto.

E, quanto alle ragioni e modi d'essere del *Rechtsfreieraum*: casi di tragica necessità e conflitto, la frammentarietà del diritto penale da tenere nel dominio della semplice e più elementare eticità, l'incompletezza, dacché legge umana, non colmabile della legge, la storicità d'ogni e quale si voglia istanza o sistema di valori. Da ciò non solo la reciproca complementarietà di 'spazio vuoto' e 'principio di responsabilità', ma ancor più: il *Rechtsfreieraum* sarebbe stato da proporre come spia e modo d'essere, quanto a prassi e norme morali, del diritto penale in una società libera e plurale. Che il dispiegarsi della forza etica del diritto penale sarebbe stato da pensare diversamente da quanto era, ancora qualche anno prima, corrente e accreditato da i Tribunali Superiori della nuova Germania, era determinazione conseguita da Kaufmann già nello scritto del 1972.

E vengo, chiudendo questa mia, non so quanto utile, 'introduzione', al *Rechtsfreieraum*, o, meglio, al *rechtswertungsfreien Raum* della *Rechtsphilosophie* 1997. Ancora una volta, e solo qui, quanto a diritto e morale, Kaufmann argomentava e riproponeva, in modi espliciti, l'istanza della *Polarität*. Aggiungo: nella rappresentazione e quanto all'agire in una società che Kaufmann vi assume essere 'aperta', più e prima ancora che 'libera', 'plurale' e, specialmente, in alto grado

'complessa' – da Luhmann, ma 'contro' Luhmann – l'azione, l'agire degli individui non potrà non esser detta, anzitutto, *riskant*.

Arthur Kaufmann ripeteva, qui, un 'luogo', una domanda, di Armin Kaufmann: *Recht sprechen ist auch Recht sagen?* Difficile da rendere in italiano, per la diversa forza che hanno il 'dire' come *sprechen*, e il 'dire' come *sagen*. Un filosofo potrebbe anche pensare al *sagen* di Heidegger! Ma diverso, prima ancora, è il significato che ha il *Recht* di *sprechen* e il *Recht* di *sagen*. Nella, tutto sommato, apparente citazione da Armin Kaufmann c'è, e viene, tutto quello che Kaufmann aveva cercato nell'ermeneutica, e da cui s'era, delusamente, ritratto.

Come confidare che la decisione sia anche, dica la *'ipsa res iusta'*? 'Dire il diritto' – traduco ora – è anche 'dire il giusto'? Come si potrebbe essere certi di ciò, quando e da allora che la nostra società è divenuta 'società del rischio'? Ed intanto: consegnarsi al rischio, e alle sue promesse di *chances*, o 'farsi carico' del rischio? Ho provato a mostrare, in altro luogo, come in questo Kaufmann ogni decisione non possa non esser detta che decisione di equità.

Non posso e non voglio, qui, porre in questione se, e per quale logica, il, o un 'non-vietato', ma anche un 'non-permesso', sia compatibile con il quadrato deontico della contrarietà-contraddizione. Nei casi di *rechtswertungsfrei Raum* – ricordo – si darebbe, dal punto di vista deontico, appunto una figura di *unverboten-unerlaubt*. È così, anche, non posso mettere in questione se '*Rechtsfreieraum*' sia formula meglio adeguata del più semplice *rechtswertungsfrei Raum*, dacché *geregelt aber nicht gewertet*. Certo è che il campo del *rechtswertungsfrei Raum* si è fatto ora, nella *Rechtsphilosophie* 1997, ben più ampio per il moltiplicarsi non dominabile del ventaglio dei conflitti possibili per il loro riversarsi, impietoso, sul diritto. Ancora, certo, l'interruzione di gravidanza; ma, più, ancora, i possibili e tanti, altri e nuovi conflitti aperti nelle questioni dell'ambiente, della bioetica, della manipolazione genetica, della vita e della morte.

Mi fermo e chiudo. Arthur Kaufmann 1997: "*la dottrina del Rechtsfreieraum serve oggi anche ad uno scopo positivo*"; "*essa viene e sta congiunta all'idea d'una società, come quella che oggi ci è data, aperta, plurale e complessa, e, per ciò, tollerante. Non abbiamo alcuna possibilità di sapere, in anticipo, ciò che è falso e ciò che è vero. Siamo esposti sempre più e da ogni lato al 'rischio'. La decisione responsabile, decisione che non è solo quella del giudice, ma di chiunque sia chiamato all'agire, sarà e non potrà non essere che una decisione 'tollerante', secondo l'imperativo della tolleranza*". Kaufmann 'paternalista' o 'liberale'?